

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

AÑO XXVIII—1945

TOMO LV

NUMEROS 352 A 356

REPUBLICA DE COLOMBIA

Anales del Consejo de Estado

Relator y Director de los Anales,

RAFAEL ABELLO SALCEDO

AÑO XXVIII—TOMO LV—Nos. 352 A 356. BOGOTA, JULIO A DICIEMBRE DE 1945

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Electorales—Admisión de la demanda.

(Consejero ponente, doctor Gabriel Carreño Mallarino).

Consejo de Estado—Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos cuarenta y cinco.

El 14 de mayo último el señor Consejero sustanciador, doctor Badel, admitió la demanda electoral formulada por los doctores Agustín Guerrero Enríquez y Agustín Rosero, en que éstos solicitaron, en escrito presentado personalmente al Juez 2º Superior de Pasto, el 26 de abril último, la anulación de los escrutinios hechos por el Consejo Electoral de Nariño, relativos a las elecciones de Representantes al Congreso por el mismo Departamento.

Este auto —que admitió la demanda— se notificó al Fiscal el *17 de mayo*, y *el 21 del mismo mes* se anotó en el estado para efectuar la notificación a las otras partes del juicio.

Antes de todo esto, el señor Ulpiano Rueda La Rotta, en memorial de 11 de mayo, dirigido al Consejo de Estado y presentado personalmente en la misma fecha en el Juzgado 65 de Instrucción Criminal, residente en Ipiales, confirió poder al doctor Guillermo Moncayo para que, a nombre de Rueda La Rotta, actuase en el referido juicio electoral.

El doctor Moncayo, con tal carácter, se presentó a esta corporación, en escrito de 19 de mayo, y pidió que se le reconociese su personería y que oportunamente se practicasen pruebas; y luégo, en memorial entregado en la Secretaría del Consejo *el 22 del mismo mes de mayo*, es decir, tres (3) días después, solicitó que no se le diera curso al negocio mientras no se obviara la irregularidad de no estar "el demandante" inscrito "como abogado en el Consejo de Estado", como puede verse en el informe de Secretaría inmediatamente anterior al auto que admitió la demanda.

Para sustentar este último pedimento, el doctor Moncayo invocó el artículo 71 del Acto legislativo 1 de 1945 (artículo 40 de la Carta vigente), según el cual nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es

abogado inscrito, salvas las excepciones que establezca la ley. No interpuso a la sazón el doctor Moncayo ningún recurso contra el auto que admitió la demanda, porque dijo que ello no era viable al tenor del Código de lo Contencioso Administrativo.

Con todo, el honorable Consejero sustanciador, en atención a la expresada irregularidad, revocó su propia providencia, y en su lugar se negó a admitir la demanda, en auto de 23 de mayo de 1945.

Los demandantes interpusieron, entonces, contra este segundo auto el recurso de súplica.

Tramitado dicho recurso en la forma legal, es ahora oportuno resolverlo, y a ello se procede, mediante las siguientes consideraciones.

Los doctores Guerrero Enriquez y Rosero respaldan la súplica, diciendo:

> "....1º Que de acuerdo con el artículo antes citado —215 de la Ley 167 de 1941—, el auto admisorio de una demanda electoral se ejecutoría al día siguiente de su notificación, y aun cuando ésta no se verifique, *contra ese auto no hay recurso alguno,* de modo que el de reposición solicitado por el doctor Guillermo Moncayo, es ilegal;
>
> "2º Con fecha 19 del cursante mes presentamos ante el Juzgado Segundo del Circuito de la ciudad de Ipiales un memorial solicitando al honorable Consejo de Estado nuestra inscripción como abogados ante esa entidad, y que se agregaran, además, dichas certificaciones que acompañamos al memorial de petición, a la demanda electoral que tenemos propuesta. Este memorial, que comprueba plenamente nuestro carácter de abogados inscritos, por resolución del honorable Tribunal de Pasto, fue entregado en la Secretaria del honorable Consejo de Estado el 21 del mes en curso, de modo que el día 23, en que se dictó el auto en el cual se afirma que no somos abogados inscritos en el Consejo de Estado, debió estar ya hecha nuestra inscripción, por mandato legal;...."

Hasta aquí los recurrentes. El artículo a que ellos se refieren en el punto 1º preinserto, es el 215 de la Ley 167 de 1941, conforme al cual el auto que admite la demanda no se puede reclamar en forma alguna en tratándose de negocios electorales.

Esta disposición no es incompatible con la de la superley en que el doctor Moncayo se fundó para pedir que no se diese curso a la demanda. Admitida como fue ésta, no podía luégo rechazarse. Los problemas de la habilidad o inhabilidad constitucional para litigar en negocios electorales, y de la oportunidad o inoportunidad de la acción no se pueden elucidar ni resolver por el sustanciador, una vez que éste ha admitido la demanda.

Por lo expuesto, se *revoca* el auto suplicado, y en su lugar se dispone que continúe la tramitación del negocio.

Cópiese y notifíquese.

Gabriel Carreño Mallarino.—Luis E. García V., Secretario.

Asuntos municipales—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Gabriel Carreño Mallarino).

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

El doctor Alejandro Albor Manotas, diciendo ejercer la acción popular de que trata el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, demandó ante el Tribunal Administrativo de Barranquilla, en escrito presentado el 17 de marzo de 1944, la anulación de los artículos 4º, 18, 20, 21, 26, 27 y 29 del Acuerdo 41 de 1943, del Cabildo de dicha ciudad.

El actor, en su libelo, instauró también en contra de tales artículos la acción accesoria de *suspensión provisional,* la cual fue resuelta favorablemente por el Tribunal, en cuanto a los artículos 4º, 27 y 29, en providencia que fue confirmada por el Consejo de Estado en auto de 11 de julio de 1944, al decidir la apelación interpuesta por el señor Personero Municipal de Barranquilla.

La Sala, en aquella ocasión, dijo, entre otras cosas, lo siguiente:

"..... ....

"Corresponde al Consejo de Estado resolver de plano el recurso, para lo cual se considera:

"El auto apelado dice así:

....

"...se pide la suspensión provisional de la totalidad del Acuerdo, que se acusa en parte. Como la demanda sólo se refiere a los artículos del Acuerdo, que antes se han enumerado, estos actos solamente serán motivo de estudio por parte del Tribunal, y así se procede.

'Se acusa el artículo 18 del Acuerdo, pero no se dice allí, en forma alguna, qué disposición o precepto superior se viola con este mandato municipal. Por tanto, resulta improcedente la suspensión de este artículo.

'El artículo 20 del Acuerdo se acusa por violatorio del artículo 29 de la Constitución, ya que, dice el demandante, en tiempo de paz sólo el Congreso, las Asambleas y los Concejos pueden establecer contribuciones, y el Concejo de Barranquilla ha delegado esa facultad a una Junta. Tampoco surge a primera vista la violación anunciada, porque esta medida del Concejo merece un estudio especial por parte del Tribunal, ya que, se observa, la delegación apuntada por el demandante no se ha hecho en forma ilimitada, pues allí se expresa el mínimo y el máximo del impuesto que se crea. Tampoco, pues, puede decretarse la suspensión provisional de este artículo.

'Se acusa el artículo 21 del Acuerdo, por las mismas razones expuestas por el demandante sobre el artículo anterior. Por tanto, cabe también el mismo comentario que mereció dicho artículo.

'El artículo 26 se acusa por razones más bien técnicas, ya que se trata de demostrar cuestiones de forma en materia de presupuestos. Esta razón basta para no suspender los efectos de este artículo, toda vez que este reparo.... merece un estudio detenido por parte del Tribunal.

'Cuanto a los artículos 4º y 27 del Acuerdo, el Tribunal considera que es el caso de suspenderlos provisionalmente, pero no precisamente por las tachas que les hace el demandante, sino porque estos mismos artículos del mismo Acuerdo fueron suspendidos ya por el Tribunal, en el juicio promovido por.... Arturo Martínez Aparicio, y por las razones de orden legal expuestas en la providencia respectiva.... No podría desconocer esta corporación sus propias decisiones, máxime cuando se trata de una acción de simple nulidad, y para evitar también incongruencias en los juicios.

'El artículo 29 se acusa por violación del artículo 201 de la Constitución, ya que.... dispone que el Acuerdo.... entre en vigencia desde su sanción, siendo así que por medio del artículo 20 del mismo Acuerdo se crean algunos impuestos y se aumentan otros. Esta tacha sí puede admitirse a primera vista, y por tanto será motivo de suspensión, pero sólo por el aspecto apuntado.

....'

"Hasta aquí el auto materia de la alzada.

"La Sala lo prohija en su integridad, y, en cuanto al artículo 20 del Acuerdo demandado, observa, además, que se trata de punto sobre el cual la corporación ha sentado doctrina. Véase a este propósito el auto de 4 de julio en curso (Consejero ponente, doctor Diógenes Sepúlveda Mejía), dictado en el juicio de nulidad de los artículos 1º, 9º, 10 y 15 del Acuerdo número 34 de 1943, de aquel Cabildo. Allí se dijo:

'Por lo que respecta al artículo 8º.... tampoco se observa violación ostensible de norma superior que justifique una suspensión provisional; porque si bien es cierto que se dispone en él que la Junta de Hacienda fijará el impuesto, es lo cierto que de lo que se trata es únicamente de señalar el respectivo aforo, puesto que en la misma disposición se da la pauta.... para hacerlo, con expresión del mínimo y el máximum que la Junta puede fijar.'

"Por lo demás, cuidadosamente comparado el artículo 26 del Acuerdo 41 con los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 5ª de 1918, sobre presupuestos municipales, no encuentra la Sala, a lo menos *prima facie*, contradicción de ninguna naturaleza...."

El Tribunal de Barranquilla puso fin a la primera instancia del presente negocio, en fallo de 25 de octubre de 1944, declarando nulos los artículos 4º y 27 del Acuerdo número 41 de 1943, expedido por el Concejo Municipal de Barranquilla, y el artículo 29 del mismo acto, en lo que respecta al tiempo del cobro del impuesto de que trata el artículo 20 del propio Decreto. Las demás peticiones de la demanda fueron negadas.

El Personero Municipal de Barranquilla apeló de dicho fallo. Cumplida la tramitación propia de la segunda instancia en esta Superioridad, es oportuno decidir el recurso, para lo cual bastan las siguientes breves consideraciones:

En cuanto a los artículos que no fueron suspendidos ni por el Tribunal ni por el Consejo de Estado, las razones que entonces sirvieron para decidir desfavorablemente la acción accesoria, bastan para negar con carácter definitivo las peticiones principales de la demanda.

Por lo que hace a los artículos 4º y 27 del Acuerdo acusado, debe levantarse la suspensión provisional y declararse que no son nulos, puesto que esta corporación, en otro juicio, ya tuvo oportunidad de examinarlos con detenimiento y de resolver, como en efecto resolvió, que no violan la Constitución, las leyes ni las ordenanzas. (Véase sentencia de 12 de junio de 1945, Consejero ponente, doctor Lamus Girón. Demandante, señor Arturo Martínez Aparicio). En obsequio de la brevedad, no se reproduce lo dicho en aquella ocasión por el Consejo.

Tocante al artículo 29 del Acuerdo número 41 de 1943, la Sala encuentra que no es el caso de anularlo, porque el acto del Cabildo de Barranquilla bien pudo regir desde su sanción. Lo que ocurre es que los impuestos establecidos por el mismo Acuerdo no podían cobrarse antes del 1º de julio de 1944, sino seis meses después de su establecimiento.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, oído el parecer del señor Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *revoca* la recurrida sentencia del Tribunal Administrativo de Barranquilla, y en su lugar *niega* las peticiones de la demanda, con advertencia de que los impuestos creados por el Acuerdo que ha sido materia del juicio no eran exigibles antes del 1º de julio de 1944.

Levántase la suspensión provisional de los artículos 4º y 27 del Acuerdo número 11 de 1943, del Cabildo de Barranquilla.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Uribe Escobar, Gabriel Carreño Mallarino, Jorge Lamus Girón, Tulio Enrique Tascón, Gonzalo Gaitán, Carlos Rivadeneira G., Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

Electorales—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Gabriel Carreño Mallarino).

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

El día 18 de marzo último se llevaron a cabo las elecciones populares de Representantes a la Cámara y de Diputados a las Asambleas. El Consejo Electoral de Cundinamarca efectuó en los días **12, 13, 14 y 15 de** abril siguiente el escrutinio general de los votos emitidos en el Departamento, y declaró electos Representantes, para el período de 1945 a 1947, como principales, a los señores Abelardo Forero Benavides, Jorge Soto del Corral, Julio César Turbay Ayala, Germán Zea Hernández, Agustín Aljure, Julio Tónoz, Jorge Páramo Arias, Napoelón Molina, Miguel Jiménez López, Carlos Echeverri Cortés, Alvaro Gómez Hurtado, José A. León Rey, Jorge Leyva, Fernando Urdaneta Laverde, Bernardo González Bernal, Gilberto Vieira, Augusto Durán y Manuel José Cárdenas; y como suplentes numéricos a los señores Luis Guzmán Blanco, Lucas Prado Arroyo, Guillermo Anzola Toro, Carlos Saúl Hernández, Jorge Anzola Escobar, Luis Rivas, Alfonso Lozano Caballero, Domingo Martínez Zamora, Alberto Niño H., Demetrio Méndez Rozo, Manuel J. Hernández, Jorge Córdoba Ortiz, José Joaquín Medina, Carlos A. Romero, Gonzalo Clopatofsky Ospina, Jesús Villegas Palacio, Filiberto Barrero y Alfonso Albornoz M. Se ordenó también a la sazón expedir a los favorecidos las respectivas credenciales.

El doctor Angel María Clavijo, por medio de apoderado, demandó de esta Superioridad, en escrito presentado el 25 de abril de 1945, es decir, dentro de los diez (10) días de que trata el artículo 209 de la Ley 167 de 1941, la anulación del referido acto del Consejo Electoral de Cundinamarca; la de la declaración de elección originaria de la misma entidad y, además, la rectificación de los escrutinios correspondientes.

Estima el demandante que el Consejo Electoral de Cundinamarca, en aquellos escrutinios debió excluir del cómputo general, en todo, o a lo menos en parte, los votos que aparecen como emitidos en los Municipios de *Anolaima, Cáqueza, Guasca, Arbeláez* y *Bogotá;* y que, en cambio, han debido tenerse en cuenta, al efectuar dicho cómputo, los de los Municipios de *Cajicá, Manta, Paime* y *Usme.* De ahí también la solicitud del actor, de que se anulen las proposiciones que aprobó el Consejo Electoral de Cundinamarca sobre exclusión de los sufragios de los Municipios que, en segundo término, se acaban de citar. Adelante se analizarán los motivos de orden legal que se hacen valer en el libelo en pro de la rectificación pedida.

Como normas superiores quebrantadas por la corporación departamental escrutadora señálanse en la demanda las de los artículos 49, 50, 51,

54, 59, 79, 110, 129, 143 y 155 de la Ley 85 de 1916; las de la Ley 7ª de 1932, y en especial la del artículo 14; las de los artículos 195, 196, 197 y 198 de la Ley 167 de 1941, así como las del Decreto ejecutivo 944 de 1934 y demás pertinentes a esta clase de elecciones.

A la demanda se acompañó copia del acto electoral acusado.

El libelo cumple los requisitos exigidos en esta clase de acciones, en los artículos 206 y 207 de los Códigos Contencioso y Electoral.

El negocio ha pasado por los trámites de rigor. Las pruebas se analizarán en el cuerpo de la presente sentencia.

La Secretaría de la corporación informó el 11 de julio último que "en la actualidad no cursa en el Consejo ningún otro juicio" que deba ser fallado al mismo tiempo y en la propia decisión del presente.

Para resolver, se considera:

I

Municipios que debieron excluírse del cómputo del Consejo Electoral de Cundinamarca, según el actor.

Anolaima.

Alega el doctor Clavijo: A) Que en algunas mesas de votación ésta principió a las 8 a. m. y concluyó a las 5 p. m., y en otras comenzó a las 9 a. m. y concluyó a las 4½ p. m., quebrantándose así "la norma legal que establece que la votación debe durar ocho horas". B) Igualmente, en algunas de las actas de los Jurados de Votación "hay alteraciones en lo escrito", que han debido acarrear nulidad al tenor del artículo 14 de la Ley 7ª de 1932, y la consiguiente exclusión del cómputo de votos.

En cuanto al punto A), no se admite el cargo, porque si bien los artículo 106 y 110 de la Ley 85 de 1916 estatuyen que la votación debe durar ocho horas, el legislador no ha llegado a erigir en motivo de nulidad un exceso o un defecto de una hora o de hora y media. Es claro que si la votación en una mesa se cierra al cabo de cuatro horas o menos, a partir de su comienzo, lo que ocurre es que no ha habido propiamente tal votación, y entonces los respectivos sufragios no podrían computarse. ¿Por qué? Porque pesaría sobre el acto electoral un grave indicio de violencia, o de coacción, o de artería, tendiente a burlar en una o en otra forma el derecho del sufragio. Pero no siendo ese el caso planteado en este punto de la demanda, tampoco hay lugar a la declaración de nulidad solicitada.

Por lo que hace al cargo B), conviene transcribir el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932, que a la letra dice:

> "Artículo 14. Las corporaciones escrutadoras no pueden entrar en la apreciación de cuestiones de derecho, las cuales corresponden, privativamente, a los Tribunales Seccionales de lo Contencioso y al Consejo de Estado. En consecuencia, aquéllas sólo pueden declarar nulidades referentes a exceso de las votaciones, en relación con el número de sufragantes hábiles para la respectiva elección; a alteraciones manifiestas, en que aparezca ostensiblemente que los registros han sufrido modificaciones sustanciales en lo escrito, después de firmados por la corporación que los expidió; a errores aritméticos y a registros que evidente e indudablemente aparezcan como apócrifos o fálsos."

JAIME TOBON VILLEGAS
DONACION

Según se dice en el acta de escrutinios del Consejo Electoral de Cundinamarca, el señor Carlos Prados manifestó "que según informes verbales dados por el doctor Reinaldo Silva, Delegado de la Gobernación para el debate electoral, en *Anolaima,* las elecciones en dicho Municipio se había excedido (sic) de la hora legal y reglamentaria". La Presidencia ordenó entonces el aplazamiento de los escrutinios de *Anolaima,* y que los respectivos pliegos pasasen a una comisión integrada por los honorables miembros Ferro, Mújica, Uribe Cualla y De Narváez, a fin de que rindieran informe sobre el particular. También se dispuso solicitar a la Gobernación los dictámenes de los Delegados departamentales. Siendo las 10 p. m. del día 13 de abril de 1945, se reanudó la sesión (que había principiado el mismo día a las 4 p. m., y entrado en receso a las 8), y el comisionado Uribe Cualla propuso:

> "El Consejo Electoral de Cundinamarca resuelve: Computar como válido el registro de *Anolaima,* porque solamente se ha establecido que las votaciones se terminaron a las cinco de la tarde, por no haber principiado sino a las nueve a m., habiéndose verificado la elección por el término legal, que es el de ocho horas."

Esta proposición fue aprobada, y, en consecuencia, el Consejo Electoral ordenó a los escrutadores tomar nota del registro de *Anolaima.*

En la inspección ocular practicada el 14 de junio de 1945, a petición del actor, en el local del Consejo Electoral de Cundinamarca (Palacio de la Gobernación), se examinaron por los peritos, por los testigos actuarios y por el Consejero sustanciador, los pliegos de los veintidós Jurados de Votación de *Anolaima,* correspondientes a las últimas elecciones para Representantes a la Cámara. El resultado fue, en síntesis, el siguiente:

En casi todas las actas hay enmendaduras en las cifras representativas de la hora en que se dio comienzo a las elecciones, y de la hora en que ellas concluyeron. Como la regla general es la de que el acto debe comenzar a las 8 a. m., esa es la hora que figura en letras de imprenta en los respectivos formularios. Pero de ahí no se deduce que necesariamente, so pena de nulidad, la elección haya de iniciarse siempre a las 8 a. m. Bien puede ocurrir —y tal vez no fue otro el caso de *Anolaima*— que los Jurados se demoren en llegar a las mesas correspondientes, y mientras se les cita y se les apremia para que concurran, va pasando el tiempo y no resulta anormal ni siquiera sospechoso que la formación del quórum legal en las mesas se obtenga apenas a las 9 a. m. Si, como parece, eso fue lo sucedido, no hay por qué sorprenderse de que los Jurados de Votación hubieran tachado la cifra 8 y sustituídola por 9, que con toda verosimilitud fue la indicativa de la hora inicial de las elecciones de ese Municipio. Con esta explicación bien se comprende que, además, hubiera sido preciso enmendar la hora final, o sea la del cierre de la votación.

Es verdad que, según lo vieron los asistentes a la referida inspección ocular, hubo cierta anarquía de tintas y de letras en las distintas actas registros de *Anolaima,* y que alguna persona posiblemente prestó servicios caligráficos en distintos Jurados de Votación.

Como ya se dijo, la duración de las votaciones quizá no fue en todos los Jurados la de las ocho horas reglamentarias; pero la diferencia nunca llegó por exceso o por defecto a más de una hora. Habría, pues, que extremar desmesuradamente el rigor de los términos para deducir de

todo esto una causal de nulidad que, según se vio, no figura de modo expreso ni implícito en la ley.

Por lo demás, los cargos que el demandante les cuelga a los registros de *Anolaima,* versan en realidad sobre cuestiones de hecho, acerca de las cuales tenía amplia incumbencia el Consejo Electoral de Cundinamarca, a la luz de lo dispuesto en el preinserto artículo 14 de la Ley 7ª de 1932. Las enmendaduras anotadas en los registros por esa corporación no fueron de aquellas capaces de afectar la autenticidad de las actas que aparecen respaldadas por no menos de tres (3) firmas en cada caso, ni llegaron a entrañar dudas o problemas de derecho de los que el mismo artículo 14 atribuye a la jurisdicción contencioso-electoral. Tampoco está probado que tales enmendaduras se hubieran producido *después* de suscritas las actas. Propiamente no se trató de *alteraciones* sino de correcciones en obsequio de la verdad de lo ocurrido.

Cáqueza, Guasca y Arbeláez.

Se solicita en el punto 3º del libelo la anulación y correspondiente exclusión de los registros de aquellos Jurados de Votación de Bogotá, que "en el término de pruebas...., se demuestre que carecen de las firmas de los miembros de esos Jurados, o que las firmas.... no acrediten la existencia del quórum legal, o que.... sean de Agentes de Policía.... impedidos para actuar.

En la inspección ocular de que ya se ha hablado, el actor, para no prolongar indefinidamente la diligencia, pidió —y ello fue aceptado por el Consejero sustanciador y por las demás personas que asistieron al acto— que el examen de los pliegos de Bogotá se contrajera a los de 140 mesas, sacados al azar. Como consecuencia de ese examen, resultó que las actas del Jurado número 4 carecen de firmas, y que en cuanto al número 93, no apareció acta de escrutinio.

El señor Fiscal afirma que los votos emitidos en la mesa número 4 deben excluirse del cómputo general, porque el no estar suscrita el acta respectiva por los miembros del Jurado le quita toda autenticidad al documento y da a entender que o no hubo escrutinios, o si los hubo no los presenciaron los Jurados. Esto es así; pero, no habiéndose probado, por otra parte, que también faltaron las firmas en los otros ejemplares de las actas que la ley ordena remitir al Tribunal Administrativo, al Presidente del Jurado Electoral y a otros destinatarios, mal puede inferirse la inexistencia de los respectivos registros o la carencia de autenticidad legal de los mismos. Ahora bien: respecto de la mesa 93, consta en la inspección ocular que entre los documentos enviados al Consejo Electoral de Cundinamarca no están las actas de ese Jurado de Votación; mas el actor tampoco probó la inexistencia o la falla de autenticidad de los otros ejemplares supradichos. Así, pues, no resulta viable la solicitud de exclusión de los sufragios emitidos en las mesas 4 y 93 de Bogotá.

II

Municipios que debieron incluirse en el cómputo del Consejo Electoral de Cundinamarca, según el actor.

Cajicá y Manta.

Para sustentar la inclusión de los votos emitidos en los Municipios de *Cajicá* y *Manta,* en el cómputo general, contra lo hecho por la corporación escrutadora de Cundinamarca, el demandante asevera que el habérsele presentado a dicha corporación unas cédulas sin el sello de que

trata el Decreto 944 de 1934, da lugar a una cuestión de derecho que debe "resolver el Consejo de Estado en juicio controvertido y no.... el Consejo Electoral", porque de otro modo se quebranta el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932. No acepta la Sala esta tesis por la sencilla razón de que para saber si unos ciudadanos han ejercido las funciones del sufragio no hay que ocurrir a lucubraciones jurídicas, sino que basta mirar las cédulas para cerciorarse de si están o nó selladas con la fecha en que se efectuó la elección. No hay en esto un problema jurídico sino un hecho cognoscible con el solo sentido de la vista.

En el acta del Consejo Electoral de Cundinamarca consta que esa corporación escrutadora resolvió "no computar los votos del Municipio de *Cajicá*, porque los cómputos del escrutinio del Jurado Electoral difieren sustancialmente de los cómputos de los Jurados de Votación". Así, pues, el motivo de la exclusión en el caso de *Cajicá* no es el que indicó el demandante. El señalado por el Consejo Electoral de Cundinamarca es también un motivo de hecho y no de derecho; por consiguiente, no se salió de su órbita legal esa corporación cuando, en vista de la sustancial diferencia entre los cómputos de las mesas y el del Jurado Electoral de *Cajicá*, resolvió excluir esos sufragios.

En la inspección ocular se pudo establecer que de las cinco mesas instaladas en *Cajicá*, en las dos primeras no se extendieron actas; y en las otras hay pequeñas diferencias entre las copias de las actas y el número de papeletas. Pero esto no puede influir en pro de la anulación de lo hecho por el Consejo Electoral de Cundinamarca y de la inclusión siquiera parcial de los votos de *Cajicá*, porque, como acaba de verse, el motivo aducido en la demanda nada tiene que ver con estas diferencias.

Por lo que hace al Municipio de *Manta*, según la inspección ocular, "los documentos electorales no fueron encontrados en el Consejo Electoral por haber sido solicitados por un funcionario investigador". El señor Fiscal considera que en este punto tiene razón el demandante, y que se debe rectificar el escrutinio general con el fin de incluir los sufragios de *Manta*, porque —agrega— la resolución del Consejo Electoral de Cundinamarca que mandó excluir esos votos no aparece motivada. La proposición dice así:

> "El Consejo Electoral de Cundinamarca, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932, declara nulo el registro del Municipio de *Manta*, porque evidente e indudablemente aparece apócrifo o falso. La corporación solicitará del Ministerio de Gobierno la investigación penal a que hubiere lugar."

Es verdad que en la resolución no se señaló en concreto qué clase de delitos contra el sufragio se cometieron en ese Municipio; pero es lo cierto que la investigación se está adelantando y que los documentos —desde la época en que se practicó la inspección ocular— estaban en poder del funcionario instructor. Si se hubieran efectuado allí unas elecciones puras, el Consejo Electoral de Cundinamarca no se hubiera visto en el caso de ordenar investigación penal.

La Sala estima que, pendiente, como está, la investigación y castigo de delitos electorales en *Manta*, no es posible acceder a lo pedido en el particular en el libelo, tanto más cuanto el mismo actor no ha desvirtuado en forma alguna la presunción de verdad que ampara la resolución del Consejo Escrutador.

Usme.

El demandante asevera que la corporación escrutadora desechó los votos de este Municipio, en el cómputo general, por las mismas razones que la movieron a hacer otro tanto con los sufragios de *Paime*.

Sin embargo, esta afirmación pugna con lo dicho en el acta del Consejo Electoral de Cundinamarca, entidad que resolvió "no computar el registro de *Usme* porque no viene autorizado por el quórum de los respectivos Jurados Electorales, ya que actuaron a la vez dos (2) principales y sus suplentes personales, no siendo válida la intervención de estos últimos por mandato expreso del artículo 14 de la Ley 31 de 1929".

No habiendo llegado a los autos, a pesar de haberse pedido y decretado como prueba, el acta o registro del Jurado Electoral de *Usme*, es forzoso concluir que la transcrita resolución del Consejo de Cundinamarca está protegida por la presunción legal de veracidad que ampara a todo acto de autoridad. Dicha presunción no ha sido desvirtuada. En consecuencia, resulta intocable por la jurisdicción contencioso-electoral.

Paime.

El Consejo Electoral de Cundinamarca, según el acta general tántas veces citada, resolvió "no computar el registro de *Paime* porque no viene autorizado por el quórum reglamentario, ya que sólo actuaron Eduardo Mendoza y Silvio Cancelado, sin intervención de los minoritarios, y figurando como principal y Vicepresidente Alberto González, quien no es miembro del Jurado. Actuó también —agrega la resolución— Santiago Torres en las mismas condiciones del anterior". El Consejo Escrutador resolvió, además, "que no se trata de un registro fraudulento sino inexistente por falta de quórum...."

El actor, en el punto 6º de la demanda y en algún lugar del libelo, sostiene precisamente lo contrario, o sea que si existió acta o registro del Jurado Electoral de *Paime;* y añade que "la declaratoria de inexistencia es una cuestión de derecho" que incumbe decidir no a las corporaciones escrutadoras sino a la jurisdicción contencioso-electoral.

La segunda parte de este cargo de la demanda no es fundada, en concepto de la Sala, porque ciertamente el haber o no haber quórum en un Jurado Electoral Municipal, es cuestión de hecho, adscrita, como tántas otras, al conocimiento y decisión de la Rama Electoral del Poder Público.

El señor Fiscal dice, entre otras cosas, acerca del caso de *Paime*, lo siguiente:

> "....De la lectura del acta de escrutinios del Jurado Electoral de *Paime*, traído a los autos durante el término de prueba, se desprende que en dicho escrutinio intervinieron como miembros principales, Eduardo Mendoza y Silvio Cancelado (liberales), y los suplentes Santiago Torres (liberal) y Alberto González (conservador). Con las copias de los telegramas del Consejo Electoral dirigidos al Alcalde de Paime, y de las diligencias de posesión de los miembros del Jurado Electoral, copias traídas también en el término de prueba, se acredita que Eduardo Mendoza fue nombrado miembro principal del Jurado Electoral según telegrama de 24 de febrero del año en curso; que tomó posesión el 28 de febrero citado; que Silvio Cancelado fue nombrado miembro principal del Jurado Electoral el 15 de marzo del año que adelanta, y que se posesionó de dicho cargo

el 16 de dicho marzo; que Santiago Torres fue nombrado suplente del Jurado en referencia, como surge del telegrama de 24 de febrero de 1943; que tomó posesión el 2 de marzo del mismo año; y que el señor Alberto González tomó posesión del cargo de miembro suplente del Jurado Electoral el 26 de enero del año de 1943.

"Si se tiene en cuenta que de acuerdo con el artículo 1º de la Ley de 1936, inciso c), el período de los miembros de los Jurados Electorales, tanto principales como suplentes, es de dos años, se impone concluir que encontrándose el acta de escrutinio en estudio autorizada por dos de sus miembros principales y dos suplentes, es inexacta la afirmación del Consejo Electoral en cuanto a que Alberto González y Santiago Torres no son miembros de dicho Jurado, y por lo tanto, no es inexistente el registro y procede tanto la anulación de la proposición preinserta, número 9, como el cómputo de los votos del Municipio de *Paime*, en consonancia con la súplica 6ª...."

No aclara, con todo, el señor Fiscal si Santiago Torres y Alberto González, que tenían el carácter de suplentes, podían actuar o nó, vencido como estaba el período para el cual fueron nombrados. Parece que no podían actuar en esas circunstancias, y porque no es aceptable equiparar a los miembros de las corporaciones electorales con los funcionarios del orden administrativo para el efecto sumamente peligroso de que aquéllos ejerzan extraperíodo, con validez, funciones de índole política. El precepto del artículo 281 de la Ley 4ª de 1913 no es aplicable a los miembros de las entidades electorales. Tal disposición dice:

"Artículo 281. Ningún empleado *administrativo* dejará de funcionar, aunque su período haya terminado, sino luégo que se presente a reemplazarlo el que haya sido nombrado para el efecto, o el suplente respectivo."

¿Por qué no es aplicable esta norma al caso en estudio? Porque los miembros, tanto principales como suplentes, de las entidades electorales no son de suyo empleados administrativos.

Con todo, a la luz de las pruebas que obran en el juicio, no puede negarse que en *Paime* se hizo muy difícil la formación del quórum del Jurado Electoral, porque algunas de las personas nombradas no resultaron vecinas de dicho Municipio.

El problema, pues, da lugar a serias dudas; y el planteamiento de la *litis contestatio* coloca al fallador dentro de un marco demasiado estrecho que impide, a lo menos hasta cierto punto, examinar a fondo y adoptar con entera libertad, una doctrina precisa y neta sobre el particular.

Mas, en la práctica resulta que si se está a lo resuelto por el Consejo Electoral de Cundinamarca no se altera la actual composición de la Cámara de Representantes; y si se agregan al cómputo final acusado los votos del Municipio de *Paime*, que fueron *1.012*, tampoco ocurre alteración o modificación, como pasa a demostrarse:

Votos válidos computados por el Consejo Electoral de Cundinamarca	86.948
Más los votos de Paime	1.012
Total	87.960

Dividido este guarismo por el de 18, que es el número de Representantes al Congreso elegibles por Cundinamarca, se obtiene un cuociente de 4.886. Mitad, 2.443. Llegan a esta cifra los votos emitidos por las listas de:

Forero Benavides	32.926
Jiménez López	29.622
Gilberto Vieira	7.793
Cárdenas (3.638 más 1.006)	4.644
Total	74.985

Dividido este nuevo guarismo por el de 18, arroja el cuociente definitivo de 4.165. De modo que a las cuatro listas que alcanzaron el cuociente definitivo les corresponden los siguientes renglones:

1º A la de Forero Benavides, con 32.926 votos, siete (7) renglones y un residuo de 3.771 votos.

2º A la lista de Jiménez López, con 29.622, siete (7) renglones y un residuo de 467 votos.

3º A la lista de Vieira, con 7.793 votos, un (1) renglón y un residuo de 3.628 votos.

4º A la lista de Cárdenas, con 4.644 votos, un (1) renglón y un residuo de 479 votos.

Ahora bien: como los residuos mayores son los de las listas de Forero Benavides (3.771), y de Vieira (3.628), a cada una de estas listas corresponde un renglón más para completar el número de Representantes.

En consecuencia, no habría variación en el resultado del escrutinio, aunque se computasen los votos del Municipio de *Paime*.

Así, pues, teniendo en cuenta lo previsto en el inciso 2º del artículo 184 de la Ley 85 de 1916, no habrá necesidad de ordenar, por este aspecto, rectificación del escrutinio hecho por el Consejo de Cundinamarca, en lo referente a Representantes a la Cámara, ya que los *1.012* votos de *Paime* no alteran en definitiva el resultado final.

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

Cópiese, notifíquese, envíese copia de este fallo al señor Ministro de Gobierno y al señor Presidente de la Cámara de Representantes, y archívese el negocio.

Ricardo Uribe Escobar, Gabriel Carreño Mallarino, Jorge Lamus Girón, Carlos Rivadeneira G., Gonzalo Gaitán, Tulio Enrique Tascón—El Conjuez, *Diógenes Sepúlveda Mejía.*—*Luis E. García V.*, Secretario.

Electorales—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Gabriel Carreño Mallarino).

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre cinco de mil novecientos ***cuarenta y cinco.***

El señor José Félix Fuenmayor, por medio de apoderado, en memorial presentado el 20 de junio último, pidió al Tribunal Administrativo de Barranquilla, que hiciese las siguientes declaraciones:

1ª Que es nulo el artículo 3º de la Ordenanza número 25 de 1945, que derogó en todas sus partes el artículo 4º de la Ordenanza número 4 de 1945; y

2ª Que es nula la elección efectuada por la honorable Asamblea Departamental, en su sesión del día 15 de junio de 1945, por medio de la cual se eligió al doctor Pablo Emilio Manotas para desempeñar el cargo de Contralor General del Departamento.

Además, el actor solicitó:

a) Que como consecuencia de la nulidad pedida en el aparte 2º, se declare válida la elección efectuada por la misma corporación el día 7 de mayo de 1945, por medio de la cual se designó al señor José Félix Fuenmayor para desempeñar el cargo de Contralor General de ese Departamento; y, que se ordene por parte del Tribunal, el restablecimiento del derecho violado, es decir, se reincorpore al señor Fuenmayor en el referido cargo de Contralor;

b) Que el Tesoro Departamental del Atlántico está obligado a pagar al señor Fuenmayor la suma de $ 480, valor de su sueldo mensual, más los intereses legales que se causen en caso de mora en el pago de los sueldos dejados de devengar, a partir de la fecha en que tomó posesión y entró a ejercer el cargo el doctor Pablo Emilio Manotas, hasta el día en que por sentencia ejecutoriada se decrete el restablecimiento del señor Fuenmayor en su cargo de Contralor Departamental.

El actor, al presentar la demanda, dijo estar dentro "del término consagrado en el artículo 209 de la Ley 167 de 1941 y de acuerdo con los artículos 63, 66, 67, 68 y 189 y siguientes de la misma disposición legal citada....."; y que no acompaña copia del acto —en lo referente a la elección de Contralor— "porque la corporación que hizo el nombramiento.... no me ha expedido oportunamente la copia en referencia....", y, por lo tanto, "suplico muy respetuosamente se le dé cumplimiento a lo establecido en el artículo 127 de la Ley 167 de 1941".

En consecuencia, el Tribunal, en auto de 22 de julio, resolvió —de acuerdo con lo pedido por el demandante—, solicitar de la Asamblea copia debidamente autenticada del acta de aquella entidad, correspondiente a la sesión del día 15 de junio. La copia fue suministrada con oficino del 25, recibido el 26 de dicho mes.

El Tribunal Administrativo, en providencia de 27 de junio, dispuso devolver la demanda a los interesados, a efecto de que señalaran de manera expresa la tramitación que debía dársele al asunto, bien excluyendo la acción electoral, o, por el contrario, excluyendo la acción administrativa, pero en todo caso para que sea aclarada la demanda en el sentido de hacer viable, legalmente, la tramitación.

Conviene reproducir algunas de las consideraciones que sirvieron al Tribunal para disponer la devolución de la demanda a los interesados, a saber:

> "....Para sustentar la primera solicitud (o sea la referente a la nulidad del artículo 3º de la Ordenanza número 25 de 1935)... invoca el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, o sea la acción de simple nulidad. Invoca también el artículo 67 ibidem, o sea la acción de plena jurisdicción, y por último, el artículo 68 ibidem, sobre restablecimiento del derecho, sin necesidad de nulidad. Disposiciones éstas que se acomodan muy bien a la solicitud primera, ya que ésta se relaciona con un acto netamente administrativo, como es una ordenanza departamental.
>
> "Para sustentar su segunda solicitud (la relacionada con la elección del Contralor).... invoca, con buen criterio, el artículo 189 y siguientes de la Ley 167 de 1941, ya que se trata de un acto administrativo electoral.
>
> "Hecha la anterior discriminación de los actos acusados.... el Tribunal encuentra que las acciones que promueve el demandante son de tan diversa índole, que resulta imposible tramitarlas en una sola demanda, pues es bien sabido que las demandas sobre actos esencialmente administrativos, como lo es, por ejemplo, una ordenanza departamental, se tramitan por el procedimiento ordinario —Capítulo XV del Código Contencioso Administrativo—, en tanto que las administrativas electorales tienen una tramitación especial señalada expresamente en el Capítulo XX —de los juicios electorales— de la misma obra citada...."

El actor, en memorial de 28 de junio, solicitó revocatoria del auto del día 27; y en otro memorial del 30 solicitó que en subsidio, del recurso de reposición alegado, interponía el de apelación. El Tribunal, en providencia de 7 de julio siguiente, no accedió a revocar el auto de 27 de junio, ni concedió el recurso de apelación interpuesta contra la misma providencia, dice, por ser improcedente.

El mismo apoderado del señor José Félix Fuenmayor, alegando estar "dentro del término legal", en memorial fechado el 27 de junio de 1945 dice *aclarar* la demanda presentada ante el mismo Tribunal Adminstrativo con fecha 20 de junio anterior, "para que de conformidad con lo establecido por la Ley 167 de 1941, ese honorable Tribunal haga, por medio de sentencia, las siguientes declaraciones:

1ª Que es nula la elección efectuada por la Asamblea Departamental, en su sesión del día 15 de junio de 1945, por medio de la cual se eligió al doctor Pablo Emilio Manotas para desempeñar el cargo de Contralor Departamental, "por cuanto con ese acto se violaron disposiciones legales vigentes";

2ª Que, como consecuencia de la nulidad anterior, la elección efectuada por la Asamblea, en su sesión del día 7 de mayo de 1945, por medio de la cual se declaró elegido al señor José Félix Fuenmayor para

desempeñar el cargo de Contralor Departamental, es válida, y, por lo tanto, se ordene por el Tribunal Administrativo el restablecimiento del derecho violado, es decir, se restablezca al señor Fuenmayor en el cargo de Contralor Departamental; y

3ª Que el Departamento del Atlántico está obligado a pagar al señor José Félix Fuenmayor la suma de $ 480 mensuales, valor de su sueldo mensual, más los intereses legales que se causen en caso de mora en el pago de todos los sueldos mensuales dejados de devengar, a partir de la fecha en que tomó posesión y entró a ejercer el cargo el doctor Pablo Emilio Manotas, hasta el día en que por sentencia ejecutoriada se decrete la restitución del señor Fuenmayor en su cargo de Contralor Departamental.

El actor indicó los hechos constitutivos de la acción, y señaló las disposiciones violadas.

Cabe observar, antes de seguir adelante, que esta última demanda no fue presentada ante el Secretario del Tribunal Administrativo, en las horas hábiles de oficina, sino que lo fue en la casa de habitación del referido empleado, quien al darle curso al día siguiente, lo hizo previo el siguiente informe:

> "Señor Magistrado doctor Vizcaíno:
>
> "Ayer, a las siete menos quince minutos de la noche, se presentó a mi casa de habitación el doctor Argemiro Martínez Vega, para pedirme el favor de recibirle la presente demanda, para que se la entregara a usted en el día de hoy. Así lo cumplo. Barranquilla, junio 28 de 1945...."

El Magistrado ponente solicitó de la Secretaría del Tribunal, en auto del día 30 de junio, y obtuvo en la misma fecha, informe acerca del horario oficial del Tribunal, y de manera especial hasta qué hora había estado abierto el Despacho de la Secretaría en la tarde del día 27 de junio. De ese informe resulta que el Tribunal funciona, de acuerdo con el horario oficial, visible en la Secretaría: por la tarde, de 2 p. m. a 5.30 p. m., y que en la fecha indicada el Despacho había permanecido abierto hasta las 6 p. m., hora en que había salido de la Secretaría el apoderado, doctor Argemiro Martínez Vega.

La demanda *aclaratoria* no fue admitida por el Tribunal, en providencia de 3 de julio de 1945, en la cual se dispuso devolverla al interesado.

Según el Tribunal, se trata de una nueva demanda; y como el acto electoral que allí se acusa fue cumplido el día *15 de junio*, resulta que la demanda debió presentarse, a más tardar, *el día 27 del mismo mes*, excluyendo los días inhábiles, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 209 del Código Contencioso Administrativo. Posiblemente, dice el Tribunal, fue esta la causa para que el apoderado del demandante se hubiera presentado a la residencia del Secretario del Tribunal, en las horas de la noche, para hacerle entrega del libelo.

Como fundamento de este auto, arguye el Tribunal:

> "....Cuanto al segundo punto, parece que éste resulta más claro: ya se vio que la demanda sólo podía ser presentada legalmente hasta el día 27 de junio último, pero, como es natural, debe tenerse en cuenta que se trata del día judicial, que en este Tribunal finaliza a las 5.30 p. m. De donde resulta que como el demandante hizo entrega de su demanda a las siete menos cuarto de la noche, en lugar distinto de la Secretaría, resulta

claro que aun admitiendo que la presentación fuera legal en la casa de habitación del Secretario, tampoco podría admitirse la demanda por extemporánea.

"En relación con el día judicial, el Tribunal transcribe inmediatamente el valioso concepto de la Comisión de Abogados Auxiliares que estudió el proyecto de la Ley 105 de 1931 (Código Judicial), en relación con el artículo 366 de dicha obra:

'En el tratado sobre *términos* llaman la atención algunas disposiciones nuevas, una de las cuales tiene importancia capital: nos referimos a la definición que se da al día judicial, el cual no comprende sino las horas que transcurren desde que el Despacho de la respectiva oficina debe abrirse hasta que pueda legalmente cerrarse, pues, como están las cosas hoy, resulta que, teóricamente, el día termina a la mitad de la noche, pero no se pueden reclamar las providencias judiciales o apelar de ellas sino dentro de las horas de despacho del respectivo Tribunal o Juzgado.'

"Y es que prácticamente —continúa el Tribunal— no es posible admitir otra definición, pues bastaría que el funcionario estuviera ausente de su casa durante las horas de la noche, para que los litigantes quedaran burlados en sus derechos. Por otra parte, no es posible tampoco exigirle a un funcionario que después de haber permanecido en su Despacho hasta la hora legal tuviera que permanecer también en su residencia para seguir atendiendo allí a los litigantes. Si esto fuera así, resultaría más ajustado a la ley que las oficinas judiciales permanecieran abiertas durante las horas de la noche, para que los litigantes presentaran, como debió hacerse en este caso, ante la propia Secretaría, sus libelos de demanda, que por olvido o desidia no pudieron presentar durante las horas hábiles del día...."

Esta última providencia fue apelada por el apoderado del señor Fuenmayor, recurso que se concedió, para ante el Consejo de Estado, en el efecto suspensivo.

Después de habérsele dado la tramitación de rigor al incidente, toca a la Sala fallarlo, previas las siguientes consideraciones:

Lo sustancial está en saber si el recurrente presentó en tiempo su acción. Es verdad que la demanda primitiva se refirió a dos acciones que no podían seguirse por el mismo trámite: una de nulidad contra una ordenanza, y otra contencioso-electoral. Como ya se vio, el Tribunal, en su primera providencia, ordenó devolver la demanda a los interesados, "a efecto de que señalen de manera expresa la tramitación que debe dársele a este asunto, bien excluyendo la acción electoral o.... la acción administrativa...."

Y ¿qué hizo entonces el apoderado del señor Fuenmayor? Pidió al Tribunal que revocara su proveído, por entrañar éste, ya que no de modo expreso sí en forma implícita, el rechazo de la demanda. Pero luégo, en escrito presentado a las 7 menos 15 minutos de la noche del 27 de junio postrero, es decir, el último hábil, el actor dio cumplimiento al auto del Tribunal, aclarando la demanda en el sentido de prescindir, como en efecto se prescindió, de la acción contra la Ordenanza, y de limitarla a la contencioso-electoral.

Así las cosas, no se puede sostener seriamente que ésta fue instaurada fuera de tiempo, sin sacrificar el derecho sustantivo a las palabras y fórmulas del procedimiento.

El artículo 472 del Código Judicial contiene a este respecto un principio aplicable a toda clase de autos y a toda suerte de controversias:

> "Los funcionarios del orden judicial —dice— al proferir sus decisiones deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, y, por consiguiente, con este criterio, han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales...."

Por lo expuesto, se *revoca* el auto de 3 de julio de 1945, del Tribunal Administrativo de Barranquilla, y en su lugar se dispone:

1º Admítese la demanda contencioso-electoral de nulidad de la elección del cargo de Contralor Departamental del Atlántico, efectuada por la Asamblea en su sesión del día 15 de junio de 1945, demanda formulada por el señor José Félix Fuenmayor, por medio de apoderado;

2º Notifíquese al señor Fiscal del Tribunal Superior de Barranquilla; y

3º Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días. Adviértase a las partes que el término anterior es hábil para solicitar pruebas.

Notifíquese y devuélvase.

Ricardo Uribe Escobar, Jorge Lamus Girón, Carlos Rivadeneira G., Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Tulio Enrique Tascón, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

Resoluciones ministeriales—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Gabriel Carreño Mallarino).

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre veintiuno de mil novecientos cuarenta y cinco.

En escrito de 16 de mayo último, el doctor Jorge Isaacs, abogado inscrito, cedulado bajo el número 1002683, en Bogotá, mayor y vecino de esta ciudad, obrando en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, pidió a esta Superioridad que anulase las Resoluciones números 505 de 23 de marzo, y 756 de 30 de abril, ambas de 1945, y originarias del Ministerio de Guerra. Como consecuencia de lo anterior, solicitó el doctor Isaacs que, para el restablecimiento del derecho, se ordenase al Ministerio de Guerra darle de alta por dos (2) meses en la Contaduría Pagadora del mismo Despacho; y que se le reconozca y pague, en la cuantía últimamente devengada por él como Jefe del Departamento Jurídico, el valor de dos meses de sueldo, los cuales deben estimarse de actividad, en orden a la ampliación de la respectiva hoja de servicios.

Como hechos expuso el actor los siguientes:

"Ingresé al servicio en el ramo de Guerra el 1º de septiembre de 1931 como Auditor General de Guerra, y en el desempeño de diferentes cargos y sin solución de continuidad, permanecí desde entonces hasta el 16 de febrero de 1945;

"Por Decreto ejecutivo número 298 de 9 de febrero de 1945, y a partir del 16 de los mismos mes y año, fui retirado definitivamente del cargo de Jefe del Departamento del Ministerio de Guerra.

"En memorial de 4 de octubre de 1944, es decir, varios meses antes de ser retirado del servicio, solicité y obtuve la certificación y liquidación de trece años de servicios, comprendidos entre el 1º de septiembre de 1931 y el último de agosto del año de 1944.

"Con base en la hoja de servicios formada en octubre de 1944, mencionada en el punto anterior, por memorial de 27 de febrero de 1945, y previa reserva del derecho de demandar por separado el reconocimiento de un tiempo adicional de servicios, y la correspondiente prestación, solicité y obtuve la prestación legal por los trece años de servicios liquidados hasta el último de agosto de 1944.

"En memorial de 13 de febrero de 1945 pedí la certificación y liquidación adicionales de mis servicios. Este documento solamente me fue expedido y entregado con fecha 3 del mes y año en curso.

"Por memorial de 10 de marzo de 1945, esto es, cuando estaba en curso la ampliación de mi hoja de servicios, solicité del Ministerio de Guerra los dos meses de alta que para el efecto

concede el artículo 69 del Decreto legislativo número 2402 de 1944, bajo cuya vigencia fui retirado.

"El Ministerio de Guerra, por medio de su Resolución número 505 de 23 de marzo de 1945, me negó el derecho solicitado, y por la Resolución número 756 de 30 de abril siguiente se abstuvo de reponer la anterior.

"Estos actos del Ministerio de Guerra me han privado de los sueldos correspondientes a los dos meses de plazo y del cómputo de ellos en mi hoja de servicios; y

"Con anterioridad, el mismo Ministerio, por el ordinal b) del punto primero de su Resolución número 332 de 26 de febrero de 1945, había concedido al empleado civil señor Rafael Tovar el alta por dos meses en la Contaduría Pagadora que a mí me fue negada."

Tocante a disposiciones infringidas y al concepto en que lo fueron, el doctor Isaacs dice lo que en seguida se copia:

"Las Resoluciones acusadas violan las disposiciones contenidas en los artículos 60, ordinal d); 69 y 74 de las Secciones IV y V del Decreto legislativo número 2402 de 1944, orgánico de la carrera y prestaciones sociales de los Oficiales y empleados civiles de las Fuerzas Militares, que en su orden están concebidas así:

'Artículo 60. ....d) Cuando sean retirados con más de diez años continuos de servicio, por causas distintas de las de mala conducta comprobada, y que al retiro no se hallen amparados por disposiciones sociales de carácter especial, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague por una sola vez una cantidad equivalente a un mes del último sueldo devengado por cada año y fracción mayor de seis meses de servicio prestado, sin que el total pueda exceder de 30 años.'

'Artículo 69. Las normas de retiro que conforme a este estatuto dan derecho a pensión, asignación de retiro o compensación, requieren previamente la formación de la hoja de servicios del actor, y para tal fin el Gobierno concede un plazo de dos meses, durante el cual el interesado disfruta de su sueldo, primas y demás prerrogativas de actividad.'

'Artículo 74. Para demandar cualquiera de las prestaciones de que trata el presente Decreto, con excepción de las establecidas en el artículo 52, los actores deben presentar, además de la hoja de servicios aprobada por el Ministerio de Guerra, los documentos que el Gobierno determine.'

"También las providencias que son objeto de esta acción violan directamente los artículos 25 a 32, inclusive, del Código Civil...."

"El Decreto legislativo número 2402 de 1944, especialmente en lo que se relaciona con los empleados civiles de las Fuerzas Militares, es un estatuto de carácter social que reemplaza para ellos la Carrera Administrativa, y que al propio tiempo les da la seguridad de obtener una compensación o indemnización que coincida con la cesación del pago de sueldos, si son retirados después de 10 años de servicio en buena forma, es decir, por causas distintas a las de mala conducta comprobada.

"Esto se desprende de las tres disposiciones reproducidas, que constituyen un conjunto armónico y dan lugar a una relación ju-

rídica que no puede desvincularse sin causar agravio al empleado que reúne las circunstancias previstas en la norma.

"En efecto, en el ordinal d) del artículo 60 se concede al empleado el derecho a una compensación por razón del tiempo de servicio prestado, cuando sea retirado por el Gobierno sin justa causa, y el artículo 69, primero de la Sección V (disposiciones complementarias), le concede un plazo de dos meses con sueldo y demás prerrogativas de actividad para la formación de la respectiva hoja de servicios, indispensable a la efectividad de su retiro (artículo 74), y que tiene como finalidad social la de mantenerlo en condiciones de atender a sus necesidades y a la subsistencia de su familia durante el tiempo que requiere la formación de la hoja de servicios y el consiguiente reconocimiento y pago de la prestación. De consiguiente, las Resoluciones acusadas, en cuanto me niegan los dos meses de plazo para la formación de la hoja de servicios complementaria, indispensable para demandar la prestación de que hice expresa reserva, con los sueldos correspondientes, violan las disposiciones reproducidas, la segunda de las cuales, lo propio que la tercera, no distingue expresamente entre Oficiales y civiles, ni entre las formas de retiro propias de cada uno de ellos. Al contrario, aquellas disposiciones son comunes para unos y otros, militares y empleados civiles.

"Las providencias acusadas son igualmente violatorias de las disposiciones contenidas en el Capítulo IV (Interpretación de la Ley) del Título preliminar del Código Civil, pues por vía de doctrina establecen una distinción entre militares y empleados civiles, que expresamente no contempla el artículo 69 del precitado Decreto 2402 de 1944, invadiendo así el campo del legislador, porque desatienden al tenor literal del precepto y no dan a las palabras que éste emplea su sentido natural y obvio; porque rompen la debida correspondencia y armonía que existe y debe existir entre las diferentes partes del estatuto, y por último, porque restringen el alcance y modifican el sentido de la norma en consideración a los efectos que puedan provenir de su aplicación exacta...."

El demandante acompañó a su libelo, entre otros documentos auténticos, los que mencionó en los hechos 2º, 3º, 4º, 7º y 9º, ya transcritos.

La acción, como puede verse, fue intentada dentro de los cuatro (4) meses de que habla el inciso final del artículo 83 de la Ley 167 de 1941. La demanda fue admitida en auto de 19 de mayo postrero.

Con citación del señor Fiscal, el actor hizo llegar en tiempo al expediente, a título de pruebas, dos conceptos del Departamento Jurídico del Ministerio de Guerra:

"a) El marcado con el número 239 de 14 de febrero de 1945, emitido por el Jefe de la Sección Primera de dicho Departamento a propósito de una consulta formulada por el Departamento de Personal, sobre aplicabilidad del artículo 69 del Decreto 2402 de 1944, a los empleados civiles del ramo de Guerra; y

"b) El distinguido con el número 472 de 20 de marzo de 1945, referente a mi petición de alta por dos meses en la Contaduría Pagadora del Ministerio, apoyada en la precitada disposición."

Cumplido como está el trámite de rigor en este asunto, se procede a fallar, para lo cual se adelantan las siguientes consideraciones:

El problema no es de hecho sino de derecho.

El demandante fue retirado del puesto de Jefe del Departamento Jurídico del Ministerio de Guerra a partir del 16 de febrero de 1945, al tenor de los artículos 3º y 4º del Decreto número 298 de 9 del mismo mes.

Por Decreto número 438 de 21 de febrero último, es decir, varios días *después* de lo anterior, el Gobierno Nacional levantó el estado de sitio y restableció el orden público que había sido turbado el 10 de julio de 1944.

El señor Fiscal, en su vista de fondo, se pronuncia en contra de la demanda, y a este propósito observa:

> "....Aparte de los fundamentos en que se apoyan las Resoluciones acusadas, aduzco dos razones fundamentales que, en mi concepto, son bastantes para que las súplicas de la demanda sean negadas:
>
> "Primera. Dice el artículo 69 del Decreto extraordinario número 2402 de 1944, que el actor señala como violado:
>
> 'Las formas de retiro que conforme a este estatuto dan derecho a pensión, asignación de retiro o compensación, requieren previamente la formación de la hoja de servicios del actor, y para tal fin el Gobierno concede un plazo de dos meses durante el cual el interesado disfruta de su sueldo, primas y demás prerrogativas de actividad.'
>
> "En este mismo sentido se pronuncia el artículo 57 del Decreto número 1123 de 1942, ratificado por la Ley 43 del mismo año, con la diferencia de que por esta disposición se exige la formación de la hoja de servicios para los *militares* y el tiempo de alta en la Pagaduría del Ministerio es de tres meses; lo que significa que para los empleados *civiles* del ramo de Guerra tales requisitos no son de rigurosa observancia, porque es evidente que entre la disparidad existente entre los dos preceptos corresponde dar preferente aplicación al artículo 57, en vista de que el Decreto extraordinario número 2402 de 1944 fue dictado estando el país en estado de sitio, y que, por lo tanto, es preciso dar cumplimiento al artículo 121 de la nueva Codificación Constitucional, que dice:
>
> 'El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio.'
>
> "Desde este ángulo de observación, me parece claro que el demandante doctor Isaacs, como empleado civil del ramo de Guerra, carecía de derecho para exigir del Ministerio se le diera de alta en la Sección de Caja y Pagaduría por dos meses a efecto de que en la hoja de servicios se le computara ese tiempo como de actividad, y recibir los sueldos correspondientes a su empleo...."

No comparte la Sala los anteriores conceptos del Ministerio Público. Es verdad que aquel Decreto extraordinario dejó de regir una vez levantado el 21 de febrero de 1945 el estado de sitio; y que, en cambio, el Decreto 1123 de 1942 recobró a la sazón su vigencia. Pero esto no quiere decir que el aplicable al caso del doctor Isaacs sea el que se acaba de nombrar, sino precisamente el otro, el extraordinario, o sea el Decreto 2402 de 1944 (artículo 69), que era el que aún regía cuando el propio doctor Isaacs quedó retirado del servicio.

Esta doctrina es incuestionable y se aplica no sólo en el caso de leyes o decretos suspendidos sino también de normas derogadas. En efecto: una ley derogada o que ha dejado de regir por cualquier causa no puede considerarse muerta, puesto que si bien no es aplicable á eventos ocurridos después de la derogación, sin embargo sigue gobernando los hechos cumplidos cuando ella estaba aún en vigor. Al retiro del doctor Isaacs no puede, pues, aplicársele el Decreto 1123 sino el 2402, porque el primero estaba entonces suspendido por causa del artículo 88 del segundo, que aún, como se ha visto, no había dejado de regir.

No existe en realidad el conflicto que la Fiscalía ha creído advertir entre uno y otro Decretos, pues no se trata de disposiciones de vigencia simultánea, ya que el Decreto 1123 sólo recuperó su vigor varios días después del retiro del demandante, es decir, en el momento de restablecerse el orden jurídico.

Pero la Fiscalía aduce otro argumento en contra de la demanda: que el actor, para que sus peticiones fueran viables, ha debido demandar el Decreto que lo retiró del servicio, porque si ahora se despachasen favorablemente las súplicas del libelo, ello equivaldría —dice— a sostener el absurdo de que el Ministro, por medio de una resolución, puede reformar o modificar un decreto ejecutivo.

Sin embargo, es lo cierto que el demandante no pretende volver al cargo del cual fue destituido, ni pone en duda la legalidad del acto de destitución. Lo que él persigue, con perfecto derecho, a juicio de la Sala, es que se cumplan estrictamente las consecuencias legales del retiro a la luz de las normas vigentes cuando éste ocurrió, y no con arreglo a disposiciones que, como el Decreto 1123, estaban entonces suspendidas en virtud del estado de sitio y del Decreto extraordinario 2402 de 1944.

La Sala comparte las apreciaciones del actor en su alegato de conclusión, a saber:

> "....Considero que una cosa es el acto administrativo del Gobierno por medio del cual se dispone el retiro de un empleado, y otra muy distinta los efectos legales de ese mismo retiro. El primero se basa en la facultad constitucional de libre nombramiento y remoción que tiene el Gobierno, y los segundos se producen por ministerio de la ley, ya sea que se contemplen o nó, en el texto del acto administrativo que los origina.
>
> "....Además, el reconocimiento de los derechos originados en el retiro podía demandarlo directamente del Ministerio de Guerra, como lo hice en mi memorial de 9 de abril de este año, que en copia obra en los autos, solicitando que se dictara el acto correspondiente en uso de las facultades presidenciales delegadas en los Ministros, por medio del Decreto número 2730 de 15 de diciembre de 1942.
>
> "En tal virtud, sí es procedente la acción incoada contra las providencias que me negaron un derecho consecuencial a la situación de retiro en que me colocó el Decreto inobjetable del Gobierno, y no es necesario, como lo estima el señor Fiscal, demandar y conseguir la nulidad del citado acto para poder obtener el reconocimiento de los efectos legales, que solamente en firme puede producir.
>
> "....Sostiene igualmente el señor Fiscal que carezco del derecho demandado, porque así se desprende del artículo 57 del Decreto 1123 de 1942.

"A esto me permito observar: a) Que el estatuto vigente en el momento de mi retiro, y regulador de mi derecho, era el Decreto legislativo 2402 de 1944, y además que en ese momento las disposiciones del Decreto 1123 estaban suspendidas y en forma rigurosamente constitucional, por virtud de lo dispuesto en el artículo 88 de aquél; b) Que el citado Decreto 1123 de 1942 no contempla, como así lo hace el Decreto 2402 de 1944, las formas de retiro y consiguientes prestaciones de los empleados civiles del ramo de Guerra, sino únicamente las de Oficiales, y de ahí que, con toda lógica, hable en el artículo 57 de la *hoja de servicios militares,* y que, con igual lógica, el artículo 69 del Decreto 2402 hubiera suprimido la palabra 'militares' al reproducir, casi literalmente, el artículo 57 del 1123 de 1942, para acomodarlo a las nuevas formas de retiro creadas para el personal civil; c) En tal virtud, no solamente por ser anterior y hallarse suspendido en la fecha en que se causó mi derecho, no es aplicable el Decreto 1123, ni siquiera como base de interpretación para situaciones creadas posteriormente, y, por el contrario, su confrontación, con los términos empleados por el artículo 69 del Decreto 2402 de 1944 y con los que trae el 66 de la Ley 2ª de 1945, que, como éste, trata de las formas de retiro de los empleados civiles y sus prestaciones, demuestra claramente la intención del legislador en el sentido de disponer con carácter general el alta por dos meses para todas las formas de retiro de militares y civiles, cuando sean originarias del derecho a prestaciones, que exijan, para su efectividad, la formación de la hoja de servicios (artículos 72 del Decreto 2402 de 1944 y 70 de la Ley 2ª de 1945).

"....Por último, no solamente es doctrina nacional, sino universal, consagrada en las Conferencias Internacionales del Trabajo, que las disposiciones de carácter social deben interpretarse siempre en el sentido más favorable al trabajador, y con el criterio del señor Fiscal, lejos de esto, se busca la manera de aplicarlas en la forma más restrictiva y a todas luces desfavorable...."

El Ministerio de Guerra, en los actos acusados, contra lo dispuesto en forma inequívoca por el artículo 69 del Decreto extraordinario 2402 de 1944, se esfuerza en sostener que dicha norma no se aplica sino *a los militares,* y que los *empleados civiles* del ramo de Guerra, en caso de retiro, no tienen derecho al plazo adicional de los dos (2) meses para la formación de la respectiva hoja de servicios ni a disfrutar durante ese plazo del sueldo y demás prerrogativas sociales.

Pero a todo se observa: El Decreto 1123 es reorgánico de la carrera de Oficiales del Ejército, y en su artículo 57 concede el plazo adicional y el disfrute de sueldo, mientras se le forma al interesado "la hoja de servicios *militares*". Es evidente que éste beneficio no era aplicable a los empleados *civiles* del ramo de Guerra. Con todo, vino después el estado de sitio y luégo, en virtud del artículo 88 del Decreto extraordinario 2402 de 1944, se suspendieron por el Gobierno, en ejercicio de facultad constitucional, aquellas disposiciones; y, en cambio, se puso en vigor una norma distinta en su letra y en su espíritu a la del artículo 57, o sea la 69 arriba transcrita, en la cual ya no se habló de *hoja de servicios militares,* sino simplemente de *hoja de servicios del actor,* y en vez de aludir a sueldo de actividad se habló de sueldo, primas y demás prerrogativas del interesado. En otras palabras: Resulta induda-

ble que el Decreto extraordinario 2402 fue más amplio que el 1123, puesto que. en el beneficio del plazo adicional —no ya de 3 sino de 2 meses— con derecho a sueldo y demás prerrogativas durante la formación de la hoja de servicios, abarcó no sólo a los militares sino a los empleados civiles.

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

Falla:

1º Son nulas las Resoluciones números 505 y 756 de 23 de marzo y 30 de abril de 1945, ambas del Ministerio de Guerra, de que se ha hecho mención en la parte motiva de esta sentencia.

2º En orden al restablecimiento del derecho quebrantado con tales Resoluciones, el Ministerio de Guerra está obligado a pagar al demandante, doctor Jorge Isaacs, el valor del sueldo de dos (2) meses, en la cuantía últimamente devengada por él, como Jefe del Departamento Jurídico de ese Despacho, y a liquidar como de actividad esos dos (2) meses en la ampliación de la respectiva hoja de servicios.

Transcríbase este fallo al Ministerio de Guerra.

Revalídese el papel común empleado en la actuación.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Ricardo Uribe Escobar, Gabriel Carreño Mallarino, Jorge Lamus Girón, Carlos Rivadeneira G., Gonzalo Gaitán, Guillermo Hernández Rodríguez, Tulio Enrique Tascón.—Luis E. García V., Secretario.



Electorales—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Gabriel Carreño Mallarino).

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre veintiséis de mil novecientos cuarenta y cinco.

El Gobernador de Antioquia nombró, por medio del artículo 1º del Decreto 544 de 6 de noviembre de 1944, *publicado el 13 de los mismos mes y año* en la *Gaceta Departamental*, Registradores de Instrumentos Públicos y Privados para el periodo legal que había principiado el 1º de enero, a los siguientes señores:

Abejorral, Pedro Pablo Velásquez.
Amalfi, Eladio Jaramillo.
Andes, José Santos Lemos.
Antioquia, Pedro A. Martínez.
Fredonia, Marco A. Posada.
Frontino, Angel Echeverri.
Girardota, Horacio Gil.
Ituango. Rogelio Tobón.
Jericó, Luis Alfonso Mesa.
La Ceja, Juan P. Vélez B.
Marinilla, Marco A. Zapata.
Rionegro, César Vallejo.
Santa Rosa, Guillermo López.
Santo Domingo, Tulio Restrepo Ochoa.
Segovia, Pedro Nel Posada.
Sonsón, Jesús R. Quintero P.
Sopetrán, Tiberio Macía M.
Támesis, Jorge Juan Orozco.
Titiribí, Eleázar Hernández.
Urrao, Angel Madrid.
Yarumal, Jesús Antonio Hoyos.
Yolombó, Alejandro González G.

Contra el referido Decreto, en lo tocante a su artículo 1º, se presentaron tres (3) demandas electorales ante el Tribunal Administrativo de Medellín, así: una del doctor Octavio Ramírez Alvarez, el 23 de noviembre de 1944; otra, del doctor Luis Javier Velásquez, el 24 del mismo mes; y otra, del Fiscal 2º del Tribunal Superior, el propio día 24.

Demanda del doctor Ramírez Alvarez.

Exceptuó de la acción los nombramientos de Registradores de Abejorral, Fredonia, Frontino, Girardota, Marinilla, Sonsón, Yarumal y Yolombó.

Demanda del Fiscal 2º del Tribunal Superior.

Esta excluyó del cargo de nulidad, en la petición principal: a los Registradores de Abejorral, Fredonia, Frontino, Girardota, Jericó, Marinilla, Sonsón, Yarumal y Yolombó.

En la petición subsidiaria de anulación se refirió nada más que a los Registradores de Jericó, La Ceja, Rionegro, Santa Rosa y Segovia.

El señor Fiscal solicitó también que como consecuencia de los anteriores pedimentos se ordenase al Tribunal Superior de Medellín confeccionara nuevas ternas con arreglo a la ley.

Demanda del doctor Luis Javier Velásquez.

Contiene, como la del señor Agente del Ministerio Público, una petición principal y otra subsidiaria. Aquélla se encamina a obtener la anulación *total* del artículo 1º del referido Decreto 544 de 6 de noviembre de 1944. La subsidiaria, en cambio, se contrae a la anulación de los nombramientos hechos para Registradores de Antioquia, La Ceja, Segovia, Jericó, Rionegro, Santa Rosa, Andes y Támesis.

Agrega el doctor Luis Javier Velásquez que como consecuencia se ordene lo mismo que a este propósito pide el señor Fiscal.

Fundamentos de hecho y de derecho en las tres demandas.

Los hechos en todas ellas no son otros que los constitutivos de los nombramientos acusados y sus antecedentes, así como los que, a juicio de los demandantes, dieron lugar a las respectivas inhabilidades de las personas nombradas para desempeñar los supradichos cargos de Registradores.

Los demandantes estimaron quebrantadas, con los nombramientos cuya nulidad se trata, las normas superiores de los artículos 3º de la Ley 40 de 1932 y 14 de la Ley 62 de 1928 y sus decretos reglamentarios. El doctor Javier Velásquez indicó también el artículo 38 de la Constitución (15 del Acto legislativo número 1 de 1936); y el señor Fiscal el 1º del Acto legislativo número 1º de 1921 y los artículos 66 y 194 de la Ley 167 de 1941.

Las tres (3) demandas llegaron al Tribunal acompañadas de sendos ejemplares auténticos del periódico oficial del Departamento, donde se publicó el Decreto 544 de 6 de noviembre de 1944.

El señor César Vallejo se hizo parte por medio de su apoderado, doctor Obdulio Gómez, para impugnar la demanda del doctor Luis Javier Velásquez; y los señores Tiberio Macía M. y Juan Pablo Vélez Bernal fueron admitidos al juicio como opositores de la demanda del doctor Octavio Ramírez Alvarez. Es también apoderado de ellos el doctor Obdulio Gómez. Por último, el doctor José Santos Lemus también se hizo parte, por medio de su apoderado, doctor Agustín Montes Herrera, para impugnar tanto la demanda del doctor Ramírez Alvarez como la del señor Agente del Ministerio Público.

El Tribunal decidió los tres (3) negocios en una sola sentencia el 25 de abril de 1945, negando las peticiones de la demanda. Contra este fallo interpusieron apelación, que les fue concedida, el señor Fiscal y los otros demandantes.

Llegados ya bajo una misma cuerda los tres (3) asuntos al Consejo de Estado, pasaron por los trámites propios de la segunda instancia. En autos no figuran otras pruebas que las producidas durante la primera.

Para resolver, se considera:

El señor Fiscal del Consejo y el apoderado de los opositores Vélez Bernal, Vallejo y Macía M., pidieron a esta Superioridad que declarase haber sido presentadas las tres (3) demandas fuera del término de diez (10) días hábiles de que trata el artículo 209 de la Ley 167 de 1941.

> "Aplicando dicho precepto al caso de que se trata— asevera el señor Fiscal—, resulta que ninguna de las tres (3) demandas sobre nulidad del nombramiento de Registradores a que se refiere el Decreto acusado fue presentada dentro del término indicado, porque este Decreto fue expedido el *6 de noviembre* del año pasado, y la primera de esas demandas sólo se presentó el 23 del mismo mes, o sea después de transcurrir *14 días hábiles* desde el día siguiente a la expedición del nombramiento, descontados naturalmente los días 11, 12 y 19 que, según el calendario del año pasado, fueron inhábiles...."
>
> "Los nombramientos de empleados —alega por su parte el apoderado de los referidos opositores— están asimilados a los electorales, de que trata el Capítulo XX de la Ley 167 de 1941. En consecuencia, deben tramitarse como electorales; así se ha tramitado el presente; y por tanto, la acción de nulidad debe intentarse dentro de los diez (10) días hábiles, a contar del siguiente en que se verifique el nombramiento; por ello en esta clase de acciones se presenta el decreto de nombramiento en copia auténtica, en tanto que en los otros juicios contenciosos-administrativos se acompaña el periódico oficial donde se publicó el acto; de allí que el artículo 83 de la citada Ley 167 de 1941 habla de la publicación, en tanto que el 209 para nada la menciona, y expresamente ordena que la acción de nulidad se inicie dentro de los diez (10) días siguientes a la del nombramiento...."

No comparte la Sala los anteriores conceptos.

La elección de Registradores es acusable por cualquier persona dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de la "expedición" del nombramiento. Pero ¿cuándo ha de entenderse *expedido*? Lo natural es que el Decreto no rige ni se considera expedido sino a partir de su publicación oficial, porque antes de eso solamente algunas personas lo conocen, y nadie *puede* demandar acto alguno sin conocerlo, ni lo puede conocer mientras no se publique. A no ser así, tales nombramientos podrían, en la práctica, escapar de la acción popular contencioso-electoral, a causa de retardo, más o menos explicable, en la publicación de los respectivos decretos.

En consecuencia, como el plazo de los diez (10) días hábiles principió a correr el 13 de noviembre de 1944, fecha de la inserción del Decreto, resulta que las tres (3) demandas quedaron presentadas en tiempo oportuno, y la excepción de prescripción no puede, en manera alguna, prosperar.

El Tribunal Administrativo, en la sentencia de primer grado, despachó desfavorablemente todas las peticiones de las demandas, porque encontró insuficientes las pruebas presentadas en el juicio. El plantea-

miento del problema complicó, sin necesidad, la solución, y por eso el Consejo de Estado no lo prohija. Sin embargo, dicha sentencia habrá de confirmarla ahora la Sala con base en la siguiente argumentación:

El artículo 3º de la Ley 40 de 1932 exige para ser Registrador de Instrumentos Públicos y Privados "las mismas condiciones que para ejercer la profesión de abogado, o haber desempeñado aquel cargo (el de Registrador) durante diez (10) años en la cabecera de un Distrito Judicial...."

El sentido de esta norma es muy claro. Si el nombrado Registrador cumple siquiera una de aquellas dos (2) condiciones, es obvio que disfruta, para este caso, del *ius honoris*, y la respectiva designación no puede ser tachada de nulidad por tal concepto.

¿Quiénes pueden, según la ley, ejercer la profesión de abogado? La respuesta no es difícil: los que tienen título universitario; los que sin tenerlo completaron los estudios de jurisprudencia y han sido aceptados, y, por último, aquellos que careciendo también de título, presentaron en tiempo, ante los Tribunales Superiores, el examen de que tratan las leyes reglamentarias de la abogacía. No habría por qué limitar la capacidad para el ejercicio profesional a los abogados titulados, o a éstos y a los que se sometieron airosamente a aquel examen. puesto que los otros, es decir, los aceptados, también pueden ejercer, y su ejercicio es válido en todas las ramas del derecho.

Ahora bien: consta en documentos auténticos emanados del Tribunal Superior de Medellín y traídos oportunamente al juicio, como pruebas, por los demandantes y por los opositores, que en el momento de la elección de Registradores tenían derecho a ejercer la abogacía de acuerdo con la ley, entre las personas nombradas, las siguientes: Jorge Juan Orozco (Támesis), Jesús Antonio Hoyos (Yarumal), Marco A. Zapata (Marinilla), Pedro Pablo Velásquez (Abejorral), José Santos Lemos (Andes). Horacio Gil (Girardota), Juan P. Vélez B. (La Ceja), Tulio Restrepo Ochoa (Santo Domingo), Jesús R. Quintero P. (Sonsón), Alejandro González G. (Yolombó). Marco A. Posada (Fredonia), Angel Echeverri (Frontino), Luis A. Mesa (Jericó), César Vallejo (Rionegro), Eleázar Hernández (Titiribí) y Angel Madrid (Urrao).

Las seis (6) personas restantes del artículo 1º del Decreto acusado, o sean los señores Rogelio Tobón (Ituango), Pedro A. Martínez (Antioquia), Pedro Nel Posada (Segovia), Tiberio Macía M. (Sopetrán), Eladio Jaramillo (Amalfi) y Guillermo López (Santa Rosa), no aparecen matriculados, recibidos o aceptados en dicho Tribunal Superior (cuaderno número 3, pruebas, folios 10 y siguientes). Pero bien pudieron esos seis (6) inscribirse como abogados en otro u otros Tribunales del país, a los cuales, desde luégo, no se refiere la documentación que obra en autos.

Además, aun en la hipótesis de que tales personas no reuniesen, en realidad, las condiciones legales para el ejercicio de la abogacía, ello no prueba ni puede probar que tampoco reúnan el otro requisito del artículo 3º de la Ley 40 de 1932, o sea el haber desempeñado el cargo de Registrador en cabecera de Distrito Judicial, por un mínimum de 10 años.

Los actos de las autoridades están amparados por una presunción de legalidad que admite prueba en contrario. ¿Se ha producido esa prueba en el presente juicio? Absolutamente. El caso que en un primer examen del negocio presentó alguna duda fue el del señor Tiberio Macía M. (Sopetrán). Este señor se hizo parte en el juicio para impugnar la de

manda del doctor Octavio Ramírez Alvarez, y adujo, para acreditar el desempeño del cargo de Registrador por más de 10 años, una prueba un tanto discutible pero no desprovista de cierto fundamento. Con todo, al folio 2 vuelto del cuaderno número 3, obra un certificado del Tribunal Superior de Medellín, al tenor del cual el señor Tiberio Macía M. "es idóneo para desempeñar el cargo de Registrador Principal de Sopetrán, según credenciales que se hallan ajustadas a la ley y que reposan en el archivo del mismo Tribunal...." El certificado tiene fecha 9 de abril de 1942.

A mayor abundamiento el mismo Tribunal, el 19 de febrero de 1945, hizo constar en documento que figura a folios 10 y siguientes del propio cuaderno que las personas a que se refiere el artículo 1º del Decreto demandado obtuvieron confirmación de los respectivos nombramientos.

Así las cosas, fuerza es confirmar la sentencia apelada, pero no precisamente por los motivos allí expuestos, sino por los que se invocan en la presente decisión.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, en desacuerdo con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Uribe Escobar, Carlos Rivadeneira G., Jorge Lamus Girón, Tulio Enrique Tascón, Gonzalo Gaitán, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

Resoluciones ministeriales—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Gabriel Carreño Mallarino).

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

Por Resolución ejecutiva número 1256 de 20 de diciembre de 1940, fue aceptado el señor Samuel E. Gómez P. en la Carrera Administrativa, y se ordenó al Consejo Nacional de Administración y Disciplina que lo inscribiese en el Escalafón de Empleados del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, en la séptima categoría.

Por Resolución ministerial 217 de 19 de agosto de 1941, el señor Gómez fue promovido de su cargo de Chofer de las Ambulancias del Departamento de Lucha Antileprosa al de Encargado del Kárdex del Almacén del Ministerio de Trabajo; con lo cual dicho empleado resultó ascendido a la sexta categoría del Escalafón.

Por Resolución 75 de 23 de enero de 1945, el expresado Ministerio nombró al propio señor Gómez, Oficial Mayor de la Jefatura de Negocios Generales del Lazareto de Agua de Dios, "en reemplazo de Eurípides Castro, quien pasa a ocupar otro puesto".

No aceptó el señor Gómez esta última designación, porque dijo que sus condiciones de salud le impedían "residir en clima caliente" a causa "de una afección hepática.... y de otras afecciones digestivas...." Agregó que el puesto que venía desempeñando, o sea el de Oficial de Kárdex "ha quedado con un sueldo de $ 150 mensuales", al paso que el de Oficial Mayor de la Jefatura de Negocios Generales de Agua de Dios "tendría un sueldo de $ 140, suprimida ya la prima, como lo ha sido para todo el personal del Ministerio".

Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio, por Resolución número 370 de 8 de marzo último, nombró Oficial Mayor de aquella Jefatura al señor Jaime Rojas, "con retroactividad al 26 de febrero, fecha desde la cual viene prestando sus servicios, en reemplazo del señor Samuel Gómez, quien no aceptó".

El señor Samuel Gómez P., por medio de apoderado, demandó del Consejo de Estado —en escrito de 6 de julio postrero— la anulación de la referida Resolución 75 de 23 de enero del año en curso; y en orden al restablecimiento del derecho solicitó que se le reincorporase al cargo que venía desempeñando en el Almacén General, y que se ordenara al Ministerio el pago de todos los sueldos que el demandante dejó de devengar, a partir de la supradicha promoción o cambio.

Los hechos aducidos en el libelo no fueron otros que los constitutivos del acto acusado y sus antecedentes; y la norma superior que allí se indicó como violada fue la del artículo 2º, inciso a) de la Ley 165 de 1938, que dice:

"a) A no ser removido del cargo que desempeñe sino por falta de los deberes que en el artículo 7º se determinan, y mediante un procedimiento especial en que sean oídos. El derecho a la inamovilidad no comprende el período de prueba."

El concepto de tal violación lo hizo consistir el actor en haber estado él "cumpliendo a entera satisfacción con las funciones inherentes a su cargo", y en haber sido trasladado sin ningún procedimiento "a otro cargo de imposible aceptación, con la sola apariencia de estar en un lugar más alto en el Escalafón del Ministerio".

Con la demanda vino a esta Superioridad, en forma auténtica, toda la actuación administrativa atrás enumerada.

Se han cumplido los trámites de rigor.

Para resolver se considera:

El señor Fiscal —en su dictamen de fondo— propuso la excepción de prescripción de la acción (artículos 67 y 83 de la Ley 167 de 1941), por cuanto entre la fecha de la demanda y las de notificación o ejecución del acto acusado corrió un tiempo visiblemente mayor que el de cuatro (4) meses.

Es dudosa la fecha inicial para contar respecto del demandante Gómez los cuatro (4) meses.

Pero las súplicas de la demanda no pueden prosperar, porque lejos de haberse probado la *remoción o destitución* del señor Gómez, resulta claro que con el acto ministerial, materia de la demanda, se quiso, por el contrario, *promoverlo ascendiéndolo* a un cargo no ya de sexta sino de cuarta categoría en el Escalafón correspondiente.

Así las cosas, no se ve cómo pudo el Ministerio quebrantar, en modo alguno, la única norma superior señalada como infringida por el demandante. Esa norma se refiere a *remoción* y no a *promoción* del empleado. La Resolución acusada continúa, pues, bajo el amparo de la presunción de legalidad que se aplica a los actos administrativos.

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

Cópiese, notifíquese, envíese copia de este fallo al Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social y al Consejo Nacional de Administración y Disciplina, y archívese.

Ricardo Uribe Escobar, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón, Jorge Lamus Girón, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

Bienes ocultos.—Suspensión provisional.

(Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán).

Consejo de Estado—Bogotá, trece de julio de mil novecientos cuarenta y cinco.

Por venir en su forma arreglada a la ley, se admite la anterior demanda presentada por la Sociedad "Naviera Colombiana", y otras compañías, de navegación fluvial, sobre nulidad de la Resolución fechada el 24 de marzo de 1945, dictada por el Ministerio de Obras Públicas —Dirección General de Navegación y Puertos—.

Comuníquesele al Gobierno por conducto del Ministerio respectivo.

Notifíquesele al señor Agente del Ministerio Público.

Fíjese el negocio en lista por el término de cinco días para que el Ministerio Público o las personas que quieran coadyuvar o impugnar la acción puedan solicitar la práctica de pruebas y hacer valer los demás derechos que la ley les otorga.

Cuanto a la suspensión provisional solicitada en el libelo se observa:

El acto acusado lo forma la Resolución expedida por el Ministerio de Obras Públicas —Dirección General de Navegación y Puertos— el día 24 de marzo del corriente año de 1945, cuya parte dispositiva es del tenor siguiente.

> "....Por lo expuesto, el Ministerio de Obras Públicas, oído el señor Procurador General de la Nación, y de acuerdo con su concepto, *resuelve:*
>
> "Primero. Declarar que es bien oculto del Estado el denunciado en estas diligencias por Arcesio López Narváez, consistente en las sumas que han dejado de pagar por derechos de muellaje en el terminal marítimo y fluvial de Barranquilla a la Nación las empresas de navegación fluvial del río Magdalena que han hecho uso del terminal desde el mes de junio de 1939 en adelante hasta el 29 de septiembre de 1944, fecha de expedición del Decreto 2339, por el tiempo que excediera de las primeras veinticuatro (24) horas contadas a partir del amarre o atraque de sus embarcaciones en los muelles del terminal, incluyendo los recargos a que hubiere lugar por el no pago oportuno de esos derechos.
>
> "Segundo. Declarar que las acciones indicadas por el denunciante son procedentes.
>
> "Tercero. Investir al denunciante de la personería necesaria para hacer efectivos los derechos de la Nación, para lo cual se le otorgará el poder correspondiente. En ejercicio de este poder el denunciante gozará de los privilegios que las leyes reconocen a la Nación cuando litiga...."

Por medio del Decreto 672 de 18 de marzo de 1937 se aprobaron por el Presidente de la República y los Ministros de Hacienda y Crédito

Público y de Obras Públicas las tarifas para el servicio del puerto terminal marítimo y fluvial de Barranquilla. En la parte pertinente al presente litigio dice el aludido Decreto:

> "*Derechos de muellaje para las naves fluviales y de cabotaje.* Los buques fluviales, los de cabotaje y los bongos o planchones pagarán derechos de muellaje como sigue: por las primeras 24 horas o fracción, diez pesos por unidad; y dos pesos por cada hora subsiguiente. Esta tasa comenzará a correr desde el momento en que la unidad atraque para el cargue o descargue."

Desde un principio se presentaron divergencias entre las compañías de navegación del río Magdalena y la administración del puerto en cuanto a la aplicación del preinserto pasaje del Decreto 672. Sostuvieron y sostienen las compañías que la tasa o impuesto se denomina "de muellaje", y que por tanto, sólo deben pagarlo los dueños de embarcaciones que hagan uso del muelle; y agregan que como en general las compañías demandantes no hacen uso del muelle sino de las dársenas, no están obligadas a satisfacer la tasa. Estas divergencias ocasionaron la intervención del Ministerio de Obras Públicas, Ministerio entonces a cargo del doctor Abel Cruz Santos. El Ministro, estudiada la situación de hecho existente, y oído el concepto del Asesor Jurídico del puerto, doctor Edgardo Manotas Wilches, lo mismo que las informaciones del Administrador del Terminal y de la Junta Consultiva del mismo, arribó a la conclusión de que evidentemente, en la mayoría de los casos, los barcos fluviales no atracaban en el muelle, no hacían uso de sus ventajas y facilidades para practicar las operaciones de cargue y descargue, y sólo por excepción las aprovechaban. Comúnmente, dichos barcos y unidades fluviales cargaban y descargaban en las dársenas, que son completamente distintas del muelle. Pero como las dársenas implicaron necesariamente gastos del Gobierno en su construcción, justo era que las embarcaciones que las aprovechaban pagaran una tasa. En esas condiciones, el Ministro verbalmente autorizó para que solamente se cobrara la tasa de diez pesos por el uso de las dársenas, mas no la adicional de dos pesos por cada hora subsiguiente a las primeras veinticuatro, como lo establece el Decreto 672 en relación con el muelle.

Se trata, pues, de saber si los bienes denunciados por el doctor Arcesio López Narváez tienen el carácter de ocultos a la luz de las disposiciones legales que presiden la materia. Aunque se trata ahora de una simple suspensión provisional y no de una resolución en el fondo, cabe transcribir aquí los siguientes conceptos tomados de la sentencia pronunciada el 10 de marzo de 1943 en el juicio promovido por el doctor Ignacio Rodríguez y referente a bienes ocultos:

> "En varias ocasiones ha tenido oportunidad el Consejo de Estado de estudiar a espacio la institución *sui generis* de los bienes ocultos, empezando desde la Ley de 22 de mayo de 1826 y siguiendo las transformaciones de la institución hasta la Ley 27 de 1935, que es la última que gobierna la materia. Dice el artículo 1º de esta Ley:
>
> 'Son bienes ocultos de la Nación, de los Departamentos y de los Municipios, y pueden denunciarse como tales, aquellos que además de estar simplemente abandonados en su sentido material por la entidad dueña de ellos, estén en condiciones tales, que su carácter de propiedad pública se haya hecho oscuro hasta el punto de que para que entren de nuevo a formar parte efectiva del patrimonio común de la Nación, de los Departa-

mentos o de los Municipios, respectivamente, haya necesidad de ejercer acciones en juicio.'

"Se ha pretendido por algunos que para que un bien encaje dentro de la definición legal bastan estas tres condiciones: a) que esté abandonado en sentido material; b) que su carácter de propiedad pública se haya hecho oscuro, y c) que para reincorporarlo al patrimonio común sea preciso iniciar acciones en juicio, pero que no es necesario que el bien sea ignorado, desconocido u oculto porque tal condición no la exige la ley.

"En verdad, la ley no dijo que para que un bien tuviera el carácter de oculto debía ser oculto en primer término, seguramente por no incurrir en tamaña redundancia. Oculto conforme al Diccionario es lo escondido, ignorado, que no se da a conocer, ni se deja ver ni sentir. Mal puede decirse que un bien que se conoce, que no se ignora, sea oculto. El legislador no podía incurrir en semejante contrasentido. Si así no fuera, otra sería la denominación que le hubiera dado la ley a la institución, v. gr.: 'bienes abandonados'; bienes de la Nación, de los Departamentos o de los Municipios, cuyo dominio se ha hecho dudoso, pero en ningún caso se habrían llamado bienes ocultos, a los bienes conocidos.

"Esta tesis fue ya sostenida por el Consejo de Estado en sentencia de 13 de agosto de 1940, cuando dijo:

'Si en la nueva definición se prescindió del término *oculto*, que acaba de subrayarse, no fue porque se considerara que debiera prescindirse de ese factor, lo que no aparece en ninguno de los pasajes de la historia de la ley, sino porque seguramente se consideró superfluo que, tratándose de bienes ocultos, se estableciera como primera condición la de que el bien fuera *oculto* o *ignorado*.

'La inclusión de tal vocablo carecería de objeto, si se considera que la condición relativa a la ignorancia del bien, es esencial tratándose de bienes ocultos, como se demuestra en el concepto que sobre ellos ha tenido toda la legislación colombiana a través de la historia. Cuando el bien es conocido, y, a pesar de ello, no se procura su recuperación, podría haber un abandono, un renunciamiento, la falta del cumplimiento de la obligación. Pero en ningún caso podría hablarse de que es bien oculto aquel de cuya existencia tiene conocimiento el Estado. Lo que el Congreso quiso innovar al respecto queda sintetizado en los siguientes apartes de las respectivas Comisiones:

'Hemos creído —dice la Comisión del Senado— que la eliminación total de la institución a que nos referimos, no responde a una necesidad manifiesta de los intereses públicos, ya que no obstante las razones consignadas en la exposición de motivos, creemos que tal institución brinda a la iniciativa particular los medios de coadyuvar a reivindicar en beneficio del Estado aquellos bienes que por distintas razones hayan podido permanecer en manos extrañas. Pero como las disposiciones cuya derogatoria se propone sí pueden dar y han dado origen a abusos por parte de los denunciantes, hemos creído que lo más conveniente sería conservar la institución con las reformas del caso para corregir las deficiencias que tenga, y, especialmente, para evitar los abusos que puedan presentarse a la sombra de ella.'

'Por estas razones —dice la Comisión de la Cámara de Representantes— creemos que las modificaciones hechas por el

honorable Senado al proyecto primitivo del Ministerio de Hacienda, consultan el interés del Estado y corrigen los abusos a que las disposiciones del Código Fiscal daban lugar.... Podemos poner un ejemplo para aclarar este concepto. Cuando un individuo muere sin dejar parientes, hasta determinado grado (según el proyecto que ahora cursa, hasta el 4º grado), el Municipio respectivo es heredero. ¿Cómo hace hoy la entidad municipal para saber, por más acuciosa que ella sea, que ha muerto un individuo sin dejar parientes que le sucedan y por tanto ella hereda? Hasta hoy no puede tener dato alguno al respecto. Indudablemente esto se modificará en parte, mediante las disposiciones consagradas en otro proyecto del señor Ministro, siempre que dicho proyecto sea ley de la República. Casos como el que trae el ejemplo citado no son raros, y es por esto que insistimos en que las disposiciones sobre denuncio de bienes ocultos que trae nuestro Código Fiscal no deben suprimirse, sino modificarse para evitar y corregir los inconvenientes que atrás dejamos apuntados. Dentro de estas ideas está muy bien el proyecto que viene del Senado. En efecto: en el artículo 2º de dicho proyecto queda prohibido para la Nación, los Departamentos y los Municipios celebrar contratos sobre denuncio de bienes ocultos que tengan por objeto recuperar bienes que estén en poder de las entidades de derecho público o de las empresas de carácter oficial. Con esta disposición se suprime uno de los defectos que habíamos anotado al sistema anterior del Código. Con el artículo 3º del proyecto se establece un porcentaje equitativo para el denunciante, y que evita así que queden en manos de éste cantidades fabulosas, como a anotado el señor Ministro. Y, por último, el artículo 4º del proyecto da una mayor intervención al Ministerio Público dejando al denunciante cuando así convenga a los intereses de la respectiva entidad como simple coadyuvante en la acción.'

"Ni se arguya que con esta interpretación se llegaría al extremo de que derechos patrimoniales surgidos para el Estado por el medio jurídico de actos o contratos, no podrían nunca ser materia apta para una denuncia de un bien oculto, porque tales actos implican la presunción de ser conocidos de todos y de modo particular de quienes los profirieron', por la sencilla razón de que una cosa es el conocimiento de ciertos actos o contratos desde el punto de vista objetivo o formal y otra el conocimiento de determinadas circunstancias, vicios o irregularidades en los mismos, que modifiquen el concepto sobre el presunto titular del derecho, conocimiento este último que es inseparable de la noción de bien oculto y de las características legales para tomarlo como tal."

"Ahora bien: el Estado, como persona moral que es, actúa por medio de los correspondientes Organos representativos, o sea por conducto de las personas físicas de los funcionarios competentes.

"En el caso de autos, el Gobierno, es decir, las personas físicas del Presidente de la República y del Ministro del ramo respectivo, no ignoraban, sabían perfectamente que los intereses que debían pagarse a la Andian en razón del mutuo eran materia gravable del impuesto sobre la renta. También sabían que el contrato estaba afectado por algunos otros impuestos, como el de timbre y papel sellado. Tanto es así, que esos im-

puestos fueron materia expresa de la contratación. Si, pues, el derecho a percibir los tributos dejados de cobrar en virtud del contrato constituyen precisamente los bienes denunciados como ocultos, fuerza es concluir, en virtud de lo ya dicho, que tales bienes no tienen el carácter de ocultos que les atribuye el actor en el juicio.

"Cosa distinta es que el Gobierno haya procedido sin autorización, que el contrato esté afectado de nulidad, cuestiones éstas que escapan a la competencia del Ministerio y del Consejo de Estado. Sólo corresponde a esta corporación examinar si los bienes denunciados existen y si tienen el carácter de ocultos, y ya se demostró, que aunque los bienes existen, carecen del requisito sustancial que pudiera darles la fisonomía de ocultos. Una cosa es que un contrato esté afectado de nulidad, y otra, bien distinta, que los bienes que han sido materia de ese contrato tengan la calidad de ocultos. Así, por ejemplo, si el Estado vende una finca raíz y el contrato queda afectado de un vicio que lo invalide, podrá ejercitar las acciones correspondientes para reincorporar al patrimonio nacional la finca que ilegalmente fue vendida, pero ello no autoriza a los ciudadanos para denunciar esa finca como bien oculto, ni siquiera los provechos que de la acción pudieran resultar al Estado, sencillamente porque los bienes son o deben suponerse conocidos.

"El abandono a que se refiere la ley implica el desconocimiento del Estado y, se repite, en el caso que se contempla en este juicio los derechos de la Nación, sobre los cuales versa el denuncio, eran ampliamente conocidos por el Gobierno.

"En consecuencia, no adolece de nulidad esta parte de la Resolución acusada y sobra estudiar si las acciones elegidas por el demandante son pertinentes."

Ahora bien: en el caso de autos, igualmente, los bienes denunciados no eran desconocidos, no eran ignorados, no eran ocultos para la Nación. Por el contrario, le eran perfectamente conocidos. Como ya se vio, toda la cuestión estriba en la interpretación y alcance que deba darse a la disposición que creó la llamada tasa, derecho o impuesto de muellaje. Y en esa interpretación intervinieron el entonces Ministro de Obras Públicas doctor Cruz Santos, el Administrador del Terminal, el Abogado Asesor y la Junta Consultiva del mismo. La conclusión que derivaron de que los barcos que no atracaran en el muelle sino que practicaran sus operaciones de cargue y descargue en las dársenas no estaban sujetos al impuesto de muellaje establecido en el Decreto 672, sino a una tasa fija de diez pesos, puede ser discutible, puede ser ilegal, pero en ningún caso las sumas dejadas de recaudar tienen el carácter de bienes ocultos, desde luégo que el problema era conocido por la Nación.

También ha dicho el Consejo de Estado (sentencia de 7 de septiembre de 1944, *Anales* números 341 a 346, páginas 307 y siguientes) que una interpretación —acertada o equivocada— y las consecuencias que de esa interpretación se deduzcan, no da margen para considerar que los bienes que en virtud de tal interpretación dejaron de entrar al patrimonio de la Nación, de los Departamentos o de los Municipios, tengan el carácter de ocultos.

Finalmente, el libelo sostiene que la Resolución acusada violó los artículos 8º de la Ley 63 de 1923 y 2º del Decreto extraordinario 968 de 1940, puesto que no aparece en autos la decisión del Consejo de Ministros sobre calificación de la causal de impedimento manifestada por

el Ministro de Minas y Petróleos, impedimento por el cual se le adscribió el conocimiento al Ministro de Obras Públicas. Empero, sobre el particular cabe advertir que a primera vista no aparece esa violación puesto que los actos administrativos deben presumirse legales mientras no se demuestre lo contrario, y en virtud de ello, hay que suponer en el estado actual de las cosas que dicho impedimento se tramitó y decidió de acuerdo con las normas legales.

Por lo expuesto, *se decreta la suspensión provisional* de la Resolución acusada, de fecha 24 de marzo del año en curso, proferida por el Ministerio de Obras Públicas —Dirección General de Navegación y Puertos—. Háganse las comunicaciones a que haya lugar.

El doctor Eduardo Serna R. es apoderado de las Sociedades "Naviera Colombiana, S. A.", "Empresa de Vapores Julio Montes, S. A." y "Empresa de Navegación Marvásquez, Limitada", conforme a los poderes presentados.

Notifíquese.

Gonzalo Gaitán.—Luis E. García V., Secretario.

Pensiones y recompensas.—Apelación.

(Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán).

Consejo de Estado—Bogotá, veintisiete de julio de mil novecientos cuarenta y cinco.

El señor Wenceslao Bolaños ingresó al Ejército Nacional en 1896, como Oficial Subteniente; con interrupciones prestó servicios como Oficial hasta 1910, en que ya había alcanzado el grado de Teniente, y en esa fecha quedó excedente por reorganización. Posteriormente prestó servicios en el Ejército como soldado y como Suboficial; en 1916 fue dado de alta en su grado de Teniente para hacer estudios en la Escuela Superior de Guerra, mediante beca otorgada por el Gobierno; en esa situación duró 11 meses, hasta que le fue cancelada la beca por no haber aprobado los estudios; posteriormente y en distintas ocasiones, prestó servicios en el Ejército como enfermero, practicante, Suboficial y asistente, hasta 1931, año en que fue dado de baja. Estos servicios aparecen de la hoja de servicios que le fue formada por el Departamento de Personal del Ministerio de Guerra y aprobada luégo por el propio Ministerio, y que obra en este proceso. Conforme a tal documento el señor Teniente Bolaños sirvió en el Ejército 17 años 6 meses y 10 días.

Con fundamento en los hechos de que da cuenta la hoja de servicios, el Teniente Bolaños, por medio de apoderado, solicitó de la Comisión de Sueldos de Retiro del Ejército, el reconocimiento en su favor de un sueldo de retiro correspondiente a su grado de Teniente, y en la cuantía conforme al sueldo de actividad que devengaba un Oficial de esta graduación en el año de 1931.

Además de la hoja de servicios de que se ha hecho mérito, el demandante trajo a los autos documentos que comprueban lo siguiente:

a) Que no aparece que durante la prestación de sus servicios en el Ejército hubiera incurrido en causales de inhabilidad para recibir pensión o recompensa;

b) Que no ha recibido pensión ni recompensa del Tesoro Nacional ni es deudor moroso del mismo;

c) Que en el año de 1931 el sueldo de actividad de un Teniente era de $ 140 mensuales.

La Comisión de Sueldos de Retiro, por Resolución número 1712 de 27 de noviembre de 1944, negó la solicitud del señor Bolaños, Resolución que fue confirmada por la número 000364 de 28 de febrero último, proferida por el Ministerio de Guerra. Contra esta última, el demandante interpuso apelación, y por virtud de ello vino el exepediente al Consejo de Estado. Como aquí se ha surtido la tramitación peculiar del recurso, se procede a resolver.

Considera el Ministerio, para fundar su negativa, que entre los servicios prestados por el demandante los hay de carácter civil, los cuales descontados reducen el total de servicios a menos de 15 años, mínimum que se requiere para tener derecho a sueldo de retiro, y, por consiguien-

te, el demandante no tiene derecho a ese reconocimiento. Además, señala el Ministerio el hecho de que tales servicios no fueron continuos ni las funciones del demandante correspondieron siempre al grado respectivo de aquél.

A estos argumentos del Ministerio observa el Consejo de Estado, en primer lugar, que la hoja de servicios, confeccionada por el Departamento de Personal del Ministerio de Guerra, y aprobada por el Ministro, es el documento auténtico, la prueba específica que demuestra los servicios militares prestados por un individuo en el Ejército Nacional, prueba que a su vez lo habilita para exigir los derechos que surjan en su favor del hecho mismo de la prestación de los servicios. Así se desprende de las disposiciones de los artículos 31 y 32 de la Ley 71 de 1915, y 9º del Decreto 1187 de 1917. Siendo, por otra parte, la aprobación de la hoja de servicios de un militar, un acto de una autoridad administrativa como es el Ministerio de Guerra, tal acto puede ser atacado oportunamente para que sea reformado o anulado, mediante las vías que la misma Ley establece para ir contra los actos de la Administración. Pero mientras ello no ocurra, ese acto oficial tiene en su favor la presunción de legalidad que ampara a todos los actos administrativos mientras por las vías legales no se declare lo contrario.

Si, pues, la hoja de servicios del señor Teniente Bolaños expresa que sirvió 17 años 6 meses y 10 días en el Ejército, tales servicios han de tenerse como militares mientras ese documento no sea desvirtuado legalmente.

Por lo que toca a la continuidad de los servicios que echa de menos el Ministerio, se advierte que conforme a los artículos 4º de la Ley 75 de 1925 y 28 del Decreto 251 de 1926, para los efectos del cómputo en relación con pensiones, no es indispensable que los servicios sean continuos.

Finalmente, el hecho de que el señor Teniente Bolaños, en el último cargo que desempeñó en el Ejército no hubiera tenido las funciones correspondientes al grado de Teniente, no afecta el derecho del demandante para que se le reconozca el sueldo de retiro que en la fecha de la baja debía llevar un Oficial de esa graduación en vista de lo que dispone el artículo 16 de la Ley 88 de 1935.

En consecuencia, el demandante tiene derecho a sueldo de retiro porque sirvió más de quince años en el Ejército (Leyes 75 de 1925 y 15 de 1929). Ese sueldo de retiro, conforme a las mismas disposiciones, debe ser del 30% del sueldo de actividad —último sueldo devengado—, más 3% del mismo por cada año que exceda de los quince, o sean tres años por aproximación para el caso.

Por tanto, la liquidación será:

Por los primeros quince años, 30% de $ 140, sueldo de un Teniente en 1931	$ 42.00
3% por cada uno de los tres años de exceso	12.60
Total	$ 54.60

En tal virtud, el Consejo de Estado, en desacuerdo con el concepto del señor Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *resuelve:*

1º *Se revoca* la Resolución apelada, de que se ha hecho mérito en este fallo.

2º Reconócese en favor del señor Teniente Wenceslao Bolaños y a cargo de la Caja de Sueldos de Retiro del Ejército, un sueldo de retiro

de cincuenta y cuatro pesos con sesenta centavos ($ 54.60) mensuales, desde el 28 de febrero de 1945, fecha de la Resolución apelada.

3º El señor Teniente Wenceslao Bolaños queda con las obligaciones inherentes a esta clase de reconocimientos, y en caso de que ocupe cargo público remunerado dejará de devengar la prestación que se le reconoce.

4º Por la oficina del conocimiento del negocio se harán las comunicaciones del caso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Anibal Badel, Tulio Enrique Tascón, Gonzalo Gaitán, Carlos Rivadeneira G., Gabriel Carreño Mallarino, Jorge Lamus Girón, Guillermo Hernández Rodriguez.—Luis E. García V., Secretario.

Decretos de los Alcaldes.—Suspensión provisional.

(Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán).

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

Ante el Tribunal Administrativo de Ibagué los señores doctor Enrique Mejía Henao e Inés Caicedo de Mejía Henao, por medio de apoderado, demandaron la declaración de nulidad del Decreto número 53 de 1945 (abril 5), de la Alcaldía Municipal de Ibagué, y el restablecimiento del derecho que se estima violado. Asimismo, han solicitado la suspensión provisional del Decreto acusado.

El texto del acto demandado es como sigue:

"DECRETO NUMERO 53 DE 1945

(5 de abril)

por el cual se ordena el ensanche de una calle.

"El Alcalde de Ibagué,

en uso de sus atribuciones legales, y

"CONSIDERANDO:

"1º Que el Ingeniero Auxiliar Municipal, doctor Francisco Díaz C., en oficio número 200 de 4 de los corrientes ha informado a la Alcaldía lo siguiente:

'La carrera 3ª, en el sector comprendido entre la calle 10 y el paramento occidental del Parque Murillo Toro, tiene un ancho medio de 10.20 metros, entre paramentos, y un ancho medio libre de 5.83 metros entre las líneas exteriores de los andenes (paramentos norte y sur). De acuerdo con los trazos hechos por esta Oficina, la calle tendrá un ancho total, entre paramentos, de 15.95 metros, o sea un ensanche medio de 7.56 metros. Actualmente está sin edificaciones y en estado de abandono todo el paramento norte del sector atrás mencionado';

"2º Que el artículo 224 del Código de Policía vigente establece:

'A las calles en que no haya edificios o en que éstos estén ruinosos o sean de poca solidez e importancia, se les dará la mayor anchura posible, no debiendo ser en ningún caso menor de 12 metros';

"3º Que es urgente y necesario el ensanche de la mencionada calle en las dimensiones y especificaciones señaladas por la ingeniería, a fin de proteger al público de los graves peligros que la actual calle, debido a su angostura ocasiona, y, además, por el estado de insalubridad en que se encuentra el sector que ha de ser ocupado por la nueva vía, y

"4º Que la Dirección de los Centros de Higiene del Tolima se ha dirigido también a esta Alcaldía solicitando se tomen las

medidas convenientes a fin de liquidar el grave problema de salubridad pública que se presenta con el estado actual de la zona a que se refieren los puntos anteriores,

"DECRETA:

"Artículo 1º Ordénase a la Ingeniería Municipal proceder al ensanche de la calle a que se refiere el considerando 1º de este Decreto, en las dimensiones allí especificadas, y a su adecuada pavimentación, haciendo a costa de los interesados los andenes que la referida ampliación demande.

"Artículo 2º Las personas dueñas de predios que se beneficien con el ensanche de esta calle, pagarán el impuesto de valorización conforme lo disponen el artículo 268 de la Ley 167 de 1941 y los Acuerdos municipales números 18 y 39 de 1943.

"Artículo 3º Las empresas de energía eléctrica procederán a retirar los postes que hoy invaden el sector que va a servir de calle, y los colocarán en los sitios que la Ingeniería Municipal señale.

"Artículo 4º Este Decreto regirá desde el quince (15) del presente mes...."

Como disposiciones violadas por el acto acusado, el libelo señala los artículos 15 y 31 de la Constitución; 5º del Acto legislativo número 3 de 1910; 10 del Acto legislativo número 1 de 1936; la Ley 1ª de 1943, y los artículos 669, 2341 y 2356 del Código Civil, por cuanto el Decreto demandado expropia de hecho, sin indemnización previa ni intervención judicial.

El Tribunal, luégo de admitida la demanda, por auto de fecha 30 de mayo postrero, decretó la suspensión provisional solicitada. Contra dicho auto, el señor Personero Municipal de Ibagué interpuso apelación, y, concedido el recurso, vino el expediente al Consejo de Estado. Como es oportuno, se procede a resolver.

Considera el Tribunal que el Decreto acusado viola manifiestamente los artículos 26 de la Codificación Constitucional y 1º de la Ley 1ª de 1943, así como los Acuerdos 18 y 39 de 1943.

Establece el artículo 94 del Código de lo Contencioso Administrativo que pueden suspenderse los efectos de un acto o providencia, cuando la suspensión sea necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave y cuando el acto implica una manifiesta violación de una norma positiva de derecho.

El artículo 26 de la Codificación Constitucional establece:

"Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.... Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa. Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara."

En el juicio está establecido que el Decreto acusado se está poniendo en ejecución y que se trata de un predio urbano del cual los de-

mandantes aparecen como poseedores inscritos. De otra parte, no aparece que en relación con los predios urbanos de los demandantes sobre los cuales se están ejecutando las obras para el ensanche de la vía pública en desarrollo del Decreto acusado, se haya decretado expropiación por la autoridad competente, mediante la indemnización previa.

A su vez, la Ley 1ª de 1943 reglamenta de manera especial los casos como el que ocurre en autos, definiendo los motivos de utilidad pública y señalando el procedimiento. Al efecto, el artículo 1º de dicho estatuto dispone:

> "Son motivos de utilidad pública o interés social para decretar la expropiación de predios urbanos, fuera de los determinados en las leyes vigentes, las obras de ornato, embellecimiento, seguridad, saneamiento, construcción, reconstrucción o modernización de barrios, apertura o ampliación de calles, edificaciones para mercados, plazas, parques y jardines públicos en las ciudades capitales de Departamentos y en aquellas otras ciudades cuya población sea o exceda de 25.000 habitantes."

Aquí se trata de una ciudad capital de Departamento y del ensanche de una calle pública. Según eso, "para los efectos del artículo anterior —dice el artículo 2º ibidem—, podrán los expresados Municipios decretar la expropiación de los bienes raíces que requieran para las obras allí indicadas...." Asimismo, conforme al artículo 3º de la misma Ley, son los Municipios los que deben promover las demandas de expropiación respectivas; y en la misma sentencia (artículo 5º ibidem), es decir, en la que decrete la expropiación, se dispone el avalúo de la indemnización,

Empero, es claro que las disposiciones que se acaban de transcribir y comentar de la Constitución y de la Ley 1ª de 1943, tienen su función protectora de los intereses de los ciudadanos, cuando las extensiones de terreno que se pretende ocupar con las vías públicas, o las otras obras aludidas, no queden comprendidas dentro de aquellas que conforme a disposiciones legales deben tener esas vías u obras. Las dimensiones establecidas por mandatos legales para vías u obras públicas le imprimen al terreno en ellas comprendido el carácter de bien de uso público; y es obvio que no siendo los bienes de esta clase materia de apropiación por parte de los particulares, cuando una vía pública, verbigracia, no alcance las dimensiones previstas en las disposiciones legales, es manifiesto que las entidades de derecho público, al ocupar las zonas respectivas dentro de las dimensiones legales para regularizar la vía, no cometen atropello ni infringen preceptos legales.

Ahora bien: en el caso de autos ocurre que conforme al artículo 224 del Código de Policía del Tolima "a las calles en que no haya edificios o en que éstos estén ruinosos o sean de poca solidez e importancia, se les dará la mayor anchura posible no debiendo ser en ningún caso menor de 12 metros." Por otra parte, tanto en los considerandos del Decreto acusado como en la propia demanda se expresa que el terreno que antes estaba ocupado por particulares, y que fue invadido para el ensanchamiento de la calle, para darle a ésta una anchura de 15.95 metros, "actualmente está sin edificaciones". Es verdad, que en la demanda se dice que por virtud de otra resolución de la Alcaldía que ha sido acusada también de nulidad, fueron demolidas las edificaciones existentes en el terreno que luégo fue ocupado para el ensanchamiento de la calle de acuerdo con el Decreto, aquí demandado. Pero ello está diciendo claramente que cuando sobrevino el Decreto no había edificaciones en el terreno, y que las consecuencias de la demolición de las edificaciones son materia de la acción que el mismo demandante dice

se está ventilando contra la resolución en virtud de la cual se llevó a cabo.

Sobre el particular es pertinente citar la disposición del artículo 208 del Código de Régimen Político y Municipal, que establece:

> "Las vías, puentes y acueductos públicos no podrán enajenarse ni reducirse en ningún caso. Toda ocupación permanente que se haga de estos objetos es atentatoria de los derechos del común, y los que en ello tengan parte serán obligados a restituir, en cualquier tiempo que sea, la parte ocupada y un tanto más de su valor, además de los daños y perjuicios de que puedan ser responsables."

Finalmente, esta corporación, en casos como el que aquí se estudia, ha sostenido la improcedencia de la suspensión provisional, como puede verse del pasaje que a continuación se va a transcribir, del auto de 26 de mayo de 1944, proferido en el juicio promovido por la señora Margarita Jaramillo de Gálvez ante el Tribunal Administrativo de Manizales, en que se pidió la suspensión provisional del artículo 4º del Acuerdo número 39 de 30 de agosto de 1943, expedido por el Concejo Municipal de aquella ciudad, así como de la Resolución de 28 de febrero de 1944, de la Alcaldía del mismo Municipio, aparte que dice así:

> "No encuentra el Consejo que el artículo 4º del Acuerdo número 39 de 1943 viole las normas de orden superior que la demanda invoca. En efecto: desde los tiempos de la legislación española se fijó la anchura mínima que debían tener las calles y demás vías públicas, y se dispuso que dichas calles y vías eran bienes de uso público, y, como tales, no susceptibles de apropiación ni de prescripción. Estos mismos principios han regido bajo la legislación de la República, y disposiciones legales y de Policía vigentes previenen que los particulares que ocupen o hayan ocupado zonas correspondientes a las calles o vías públicas están obligados a desocuparlas si en las zonas respectivas no existieren edificaciones o cuando fueren demolidas las que existieren para levantar en ellas construcciones nuevas. De acuerdo con estos principios, en las principales ciudades de la República se han expedido acuerdos que obligan a los propietarios a soltar las zonas de terreno necesarias para darles a las calles la anchura que deben tener conforme a disposiciones legales y de Policía vigentes. De modo que, *prima facie*, no ve el Consejo que la disposición del Acuerdo número 39 sea violadora de normas superiores de derecho ni lesiva de la propiedad privada y, *por tanto, no resulta procedente la suspensión provisional.*"

Conforme a lo expuesto, se sigue que a primera vista no aparece que el Decreto acusado implique una violación de normas positivas de carácter superior, y, por lo mismo, la suspensión provisional no es procedente.

En tal virtud, el Consejo de Estado *resuelve:*

Se revoca el auto apelado, de que se ha hecho mérito en esta providencia, proferido por el Tribunal Administrativo de Ibagué con fecha 30 de mayo último, y en su lugar *niega* la suspensión provisional solicitada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gonzalo Gaitán.—Luis E. García V., Secretario.

Resoluciones ministeriales—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán).

«Consejo de Estado—Bogotá, diez y siete de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco.

Por Resolución número 1338 de 16 de diciembre de 1943, el Ministerio de Educación Nacional concedió licencia al doctor Ignacy Pinés, natural de Polonia, y médico graduado en la Universidad de Varsovia, para ejercer la medicina en Colombia.

La Federación Médica Colombiana, luégo de acreditar su personería jurídica, demandó, por medio de apoderado legítimamente constituido, la nulidad de la expresada Resolución, por considerarla en abierta pugna con las leyes y reglamentos vigentes que se refieren al ejercicio de esta profesión por profesionales extranjeros titulados en Facultades extranjeras también.

La suspensión provisional que se solicitó en el libelo fue negada por auto de 15 de abril de 1944, por considerar que la cuestión debatida entrañaba un problema de fondo que únicamente podía resolverse en la sentencia definitiva.

El juicio se trámitó legalmente. El Fiscal de la corporación emitió concepto favorable a las pretensiones del demandante.

El Consejo, por providencia de 19 de septiembre postrero, advirtió una causal de nulidad, consistente en que no se había citado a juicio al doctor Pinés, y puesta en conocimiento del interesado, tal causal fue allanada expresamente por el doctor Hernando Devis Echandía, apoderado del doctor Pinés.

Agotados como están los trámites de rigor y subsanado el vicio procesal que afectaba la actuación, se procede a fallar, previas las siguientes breves consideraciones.

Cuestión de hecho.

A la solicitud elevada ante el Ministerio, el doctor Pinés acompañó el diploma que lo acredita como doctor en medicina general, expedido por la Universidad de Varsovia; el pasaporte de cortesía visado por la Embajada de Colombia en Venezuela, que suple el certificado de la Policía exigido a los extranjeros; un certificado expedido por el señor Ministro de Polonia acreditado ante el Gobierno de Colombia, según el cual el doctor Pinés fue Jefe del Instituto Cardiológico en el Hospital del Niño Jesús, en Varsovia, y de la Sección de Patología General y Experimental de la Universidad de la misma ciudad. Certifica, además, el Ministro, que el doctor Pinés es autor de varios descubrimientos científicos relacionados con enfermedades del corazón, y que, por sus méritos científicos, fue condecorado por el Gobierno polonés con la Cruz del Mérito; un certificado expedido por el Embajador de Venezuela en Colombia, según el cual el doctor Pinés regentó en la Universidad Central de Venezuela la cátedra de Clínica Cardiológica y la da Fisiología

Cardiovascular, en la Escuela Superior de Veterinaria de Caracas; un concepto emitido por la Academia Nacional de Medicina, conforme al cual la Facultad de Medicina de Varsovia es de reconocida competencia. Agrega dicho certificado que el doctor Ignacy Pinés, "médico distinguido, graduado en dicha Facultad, no es eminente"; varias certificaciones de profesionales nacionales y extranjeros que afirman que el doctor Pinés es autor de varios opúsculos científicos relacionados con su especialidad, y, además, un notable investigador científico.

El diploma y demás documentos, escritos en lengua extranjera, fueron convenientemente traducidos al idioma castellano.

Cuestión de derecho.

Colombia, como casi todos los pueblos cultos, ha establecido restricciones para el ejercicio de la medicina y demás profesiones liberales, por parte de profesionales extranjeros graduados en el Exterior, no tanto con el fin de proteger a los profesionales colombianos y ampararlos contra la competencia de los profesionales extranjeros, sino con el fin primordial de cerciorarse de la competencia de tales profesionales en bien de los asociados. El país, dada su intervención en la enseñanza profesional, puede garantizar la competencia o idoneidad de los profesionales titulados en sus universidades, públicas o privadas, pero mal puede hacer lo propio respecto de los graduados en universidades foráneas, y, por ello, les exige, en conformidad con el precepto constitucional, ciertos requisitos para concederles la correspondiente licencia.

El artículo 38 de la Codificación Constitucional permite a la ley exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones.

En desarrollo de este precepto de la Superley, se dictó la Ley 67 de 1935, que reglamentó íntegramente la materia, y derogó varias leyes anteriores, que se referían al mismo tópico, y para la cumplida ejecución de dicha Ley se expidieron los Decretos reglamentarios 2736 de 1936 y 27 de 1938.

En lo tocante al ejercicio de la medicina por individuos graduados en el extranjero, se atiende en primer término, como es natural, a los tratados públicos o convenios sobre validez de títulos académicos, que, como leyes especiales que son, deben aplicarse de preferencia, y en defecto de tratados y convenios se acoge el principio de Derecho Internacional llamado *de la reciprocidad legislativa.*

En ausencia de una norma expresa, dispone el parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 67 de 1935:

> "Pueden igualmente ejercer la medicina en Colombia los médicos extranjeros graduados en facultades extranjeras de países que no tengan tratados con Colombia, siempre que presenten en la capital de la República, ante un Jurado de examinadores nombrado por la Facultad Nacional de Medicina, un examen en idioma español, compuesto de las siguientes pruebas:
>
> "1ª Teórica: desarrollar por escrito, durante una hora, cada uno de los cuatro temas sacados a la suerte entre nueve, propuestos por el Jurado examinador, sobre patología médica o quirúrgica, y terapéutica médica o quirúrgica.
>
> "2ª Práctica: ejercicio de anfiteatro, de una hora de duración, sobre anatomía topográfica y medicina operatoria.
>
> "3ª Práctica: ejercicio de laboratorio en sus aplicaciones a la clínica.

"4ª Práctica: examen en un hospital, de hora y media de duración, sobre clínica médica, clínica quirúrgica y clínica obsterical; y

"5ª Práctica: examen en un hospital, de una hora de duración, sobre dos clínicas de especialidades, escogidas por el candidato entre las siguientes: clínica dermatológica y sifilográfica; clínica de órganos de los sentidos; clínica de las vías urinarias; clínica ginecológica; clínica de enfermedades mentales y nerviosas; clínica de enfermedades tropicales; clínica médica infantil, y clínica quirúrgica infantil, y ortopedia."

A su vez, el inciso final del artículo 5º ibidem, se expresa:

"El Ministerio de Educación podrá autorizar el ejercicio profesional de la medicina, sin el requisito previo del examen, a profesores eminentes que vengan al país en misión oficial del Gobierno colombiano, o con propósitos de investigación y divulgación científicas."

En el inciso inmediatamente transcrito apoyó el Gobierno la Resolución demandada.

El Decreto número 27 de 1938, al reglamentar el inciso preinserto dice:

"....el interesado hará su petición al Ministerio, acompañará los siguientes documentos debidamente legalizados: diploma de médico y cirujano, expedido por una facultad extranjera de reconocida fama; certificado expedido por el Consulado o Legación de Colombia en el lugar de origen del respectivo título; certificado de la Dirección de la Policía Nacional (Sección de Extranjeros), en el cual consten los antecedentes del peticionario; certificado del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia acerca de la misión que vaya a desempeñar el peticionario, y el pasaporte o cédula de identidad personal.

"Parágrafo. El Ministerio estudiará estos documentos y los pasará a la Academia Nacional de Medicina para que esta entidad emita concepto acerca de la universidad que expidió el diploma, y de la eminencia profesional."

Del texto y del contexto de las disposiciones transcritas, vigentes en la actualidad, alrededor de cuya interpretación gira este pleito, se deduce: a), que los profesionales extranjeros, graduados en universidades extranjeras, y que no se hallen en los casos del inciso c) del artículo 1º de la Ley 67 de 1935, para poder obtener licencia de ejercer la profesión en Colombia, deben presentar y aprobar el examen de que trata el parágrafo 1º del mismo artículo. Esta es la regla general. El examen es condición indispensable, esencial, *sine qua non*, para poder obtener la licencia correspondiente.

Sólo por excepción —y las excepciones son de estricta interpretación— se puede eximir del examen, pero sólo en los casos expresamente contemplados en el inciso final del artículo 5º de la Ley 67 de 1935, es decir, cuando se trata de *"profesores eminentes"*, que vengan al país en *"misión oficial del Gobierno colombiano o con propósitos de investigación y divulgación científicas."*

Disociando los términos de la disposición, se concluye que para que ella sea aplicable se necesita: a), que se trate de un profesor eminente, y b), que venga al país, bien en misión oficial del Gobierno, o bien con propósitos de investigación y de divulgación científicas.

Conforme al Decreto número 27 de 1938, reglamentario de la Ley 67 de 1935, la Academia Nacional de Medicina debe emitir previamente

concepto sobre la "eminencia del profesor". No se exige concepto favorable de la Academia, lo cual quiere decir que el Ministerio de Educación puede acoger o desechar el concepto, pues desde que es concepto u opinión no es obligatorio. Sin embargo, los llamados a calificar la eminencia de un profesional de la medicina son los propios médicos, y en tratándose de una asociación científica tan prestante como la Academia Nacional de Medicina, no puede suponerse que sus miembros procedan con criterio utilitarista de evitar competencias, sino guiados por el interés social, que es el mismo interés de la ley, que los llama en su auxilio, y por ello el concepto tiene un gran valor, y sólo debe rechazarlo el Gobierno con serios fundamentos. En el caso de autos, la Academia conceptuó que el doctor Pinés "no es eminente". Uno de los Académicos informantes —el doctor Calixto Torres Umaña— explicó así su concepto en carta dirigida a la Federación Médica Colombiana:

> "Con mucho gusto informo a usted que, al firmar yo, como miembro de la Academia de Medicina, el informe según el cual no se consideraba al doctor Pinés como médico eminente, lo hice, entre otras, por las siguientes razones: Eminente, dice la Academia de la Lengua, es el que descuella entre los demás, y para que un médico descuelle, con méritos efectivos, se necesita que haya hecho una obra de trascendencia, de esas que sirven en las universidades adelantadas para llevarlo hasta el profesorado. Un individuo puede ser buen médico sin ser eminente, y si el doctor Pinés es buen médico —yo no lo sé— no es eminencia, porque su labor científica se reduce a algunos pocos trabajos publicados en algunas revistas —como los que publican aquí muchos de nuestros jóvenes médicos— que están muy lejos de hacerlo catalogar como eminencia, porque ninguno de estos trabajos ha sentado doctrina en el mundo científico, y su autor no ha ocupado puesto alguno que lo destaque en la carrera del profesorado, fuera de uno que le concedieron en Venezuela como profesor de veterinaria, sin previo concurso y sin haber seguido carrera alguna."

Y el doctor José del Carmen Acosta, también Académico informante, dice, en carta igualmente dirigida a la Federación Médica, lo siguiente, luégo de afirmar que su concepto lo derivó de todos los documentos que el doctor Pinés presentó al Ministerio para obtener la licencia:

> "En nuestro concepto, la calidad de eminente se debe dar a un profesional especialmente por la trascendencia su (sic) obra científica, puesta de manifiesto en las publicaciones que haya hecho y en sus actividades en las cátedras que haya desempeñado.
>
> "Estudiada con este criterio sano la documentación del señor doctor Pinés, sólo encontramos cuatro o cinco artículos, publicados en distintas revistas, sobre temas de su especialidad, pero que no traen en realidad novedades o modificaciones sustanciales a los conocimientos que ya existían sobre la materia; su obra científica escrita, indudablemente la más importante para valorar los méritos de su autor, no lo coloca en situación destacada entre el común de los profesionales médicos competentes y estudiosos. Sus labores en la cátedra apenas comienzan, pues consta en la documentación que hace muy poco tiempo que fue nombrado profesor en la Escuela de Veterinaria de la Universidad de Caracas, y sólo dos o tres meses que figura como adjunto de cardiología en la Escuela de Medicina de la misma Universidad: es demasiado breve su actuación docente para que

se pueda juzgar de su trabajo en ella, y en los documentos allegados no hay constancia ninguna de la importancia de sus actividades en este cargo.

"Fundados en las consideraciones expuestas, llegamos a la conclusión de que el señor doctor Pinés es médico graduado, que ha ejercido honorablemente la profesión, pero que no tiene títulos para declararlo eminente."

El Ministerio, en la Resolución acusada, hace mérito del concepto de la Academia Nacional de Medicina únicamente en cuanto dicha Academia expresa que la Facultad de Medicina de Varsovia es de reconocida competencia, pero nada dijo en relación con el carácter de eminente que debe tener el doctor Pinés para obtener la licencia de ejercer la medicina sin previo examen.

En estas condiciones, el Consejo estima, acogiendo el concepto de la Academia Nacional de Medicina, que sin desconocer los méritos científicos del doctor Pinés, no puede dársele el calificativo de eminente, primero, porque el que puede apreciar el valor científico de un trabajo es un especializado en la misma ciencia y no un profano en ella, y segundo, porque, como ya se dijo, jurídicamente una excepción a la regla general debe interpretarse restrictivamente, con criterio severo, sin que sea dable prodigar títulos y honores, sin un previo y detenido examen.

Pero hay más: no basta que el profesor sea eminente. Es preciso que haya venido al país, conforme a los textos transcritos, o en misión oficial del Gobierno colombiano, o con propósitos de investigación y divulgación científicas.

Quiere la ley que cuando un científico extranjero viene al país contratado por el Gobierno, bien para regentar una cátedra, para hacer una investigación científica determinada, en fin, con una mira a la cultura general del país, los asociados puedan beneficiarse o aprovecharse de los servicios del profesional durante su permanencia en Colombia, sin mayores trabas. Igualmente, cuando un profesor eminente viene al país con propósito de investigación científica, v. gr., a estudiar determinada enfermedad del trópico; en jira científica por varios países; y no propiamente a ejercer su profesión, permite la ley, que, sin previo examen, pueda prestar sus servicios a los particulares. Pero el caso del doctor Pinés es distinto: él no vino al país con el fin principal de enriquecer la ciencia mediante investigaciones científicas, sino a explotar comercialmente —desde luégo ajustándose a la ética profesional— su profesión. Es verdad que un profesional en ejercicio contribuye al desarrollo de la ciencia. Pero el móvil principal es derivar de una profesión la subsistencia, Y que ello es así, lo predican las mismas palabras del apoderado del doctor Pinés, cuando, en su memorial que obra a folios 37 y siguientes del expediente, dice:

"En el caso del profesor Pinés existió una absoluta imposibilidad para proceder al lleno de esas formalidades (autenticación del diploma), por la contundente razón de que su salida de Varsovia y de Polonia fue ocasionada por el súbito y repentino colapso del Estado polonés ante la fulminante penetración alemana, que originó el comienzo de la presente conflagración mundial. El doctor Pinés desempeñaba los altísimos cargos profesionales en Varsovia en esos momentos, sin que tuviera la menor intención de abandonar su patria y menos de venir a Colombia. Cuando llegó el momento de huir, para él, como para centenares de personas, no existía representante nin-

guno de Colombia ni de ninguna nación amiga, pues en general la vida de la ciudad y de toda la República polonesa se encontraba completamente trastornada, por razones obvias."

Queda, pues, demostrado que el doctor Pinés pretendía únicamente ejercer su profesión de médico, lisa y llanamente, en el pais, y no se proponía primordialmente desarrollar investigaciones científicas abstractas, y en estas condiciones quedaba comprendido bajo las reglas generales, es decir, debía presentar el examen que como garantía de idoneidad y en bien social exige la ley.

Finalmente, dice el Ministerio "que el interesado ha venido a Colombia con propósitos de investigación y de divulgación científicas, como lo demuestra el hecho de haber dictado ya varias conferencias de carácter científico en esta ciudad".

Si se aceptara como argumento que la circunstancia de dictar conferencias de carácter científico fuera bastante para concluir que un profesional viene con ánimo de investigación y divulgación científicas, sería muy fácil hacer fraude a la ley para evitar el examen. Dictar una conferencia sobre un tópico científico previamente elegido y estudiado no tiene mayor dificultad, y, en cambio, si la tiene presentar un examen ante un Jurado de examinadores nombrado por la Facultad de Medicina, sobre temas sacados a la suerte. Cualquier profesional extranjero podría dictar unas cuantas conferencias para eludir el examen, con notorio quebranto de la ley.

Como en las discusiones orales de la Sala se presentaran algunas argumentaciones tendientes a refutar los fundamentos del entonces proyecto de sentencia, quiere el Consejo referirse brevemente a las tesis muy respetables, pero no acogidas por la mayoría, de los Consejros disidentes.

I. *La presunción de legalidad de los actos administrativos.*—Es indiscutible, y así lo ha sostenido el Consejo en una reiterada jurisprudencia, que los actos administrativos están amparados con una presunción simple de legalidad, y que es al actor a quien incumbe el peso de la prueba, de acuerdo con principios de general aceptación en derecho probatorio; el obligado a contraprobar, es decir, a desvirtuar los hechos que sirvieron de base al acto administrativo. Pero la sentencia no desconoce esa presunción de legalidad. Considera, tan sólo, que es ajena al caso de autos. En efecto: la presunción es uno de los medios de prueba expresamente catalogados en el Capítulo VI, Libro II, Título XVII del Código Judicial, y sabido es que las presunciones dispensan de la carga de la prueba a quienes están favorecidos con ellas, y que toda prueba se encamina a demostrar la existencia o inexistencia de *un hecho* y no del derecho, porque, como dicen los doctrinantes, el derecho se muestra y no se demuestra. En el caso de autos no hay discusión sobre los hechos en que se apoyó la Resolución acusada. Y, por tanto, no juega la presunción de legalidad. La cuestión estriba en la interpretación y alcance de dos textos legales en su aplicación a un caso particular, y en la interpretación de la ley no opera el concepto de presunción.

II. Arguyen los Consejeros disidentes que al referirse la sentencia al concepto que debe dar la Academia Nacional de Medicina incurre en contradicción, porque sostiene que tal concepto no es obligatorio para el Gobierno, y sin embargo la sentencia lo acoge como obligatorio. La contradicción es aparente y no real, como se deduce de la lectura cuidadosa de la parte pertinente. El Gobierno evidentemente no está ligado por el concepto de la Academia, pero para asentir o disentir de él debe

JAIME TOSON VILLEGAS
DONACION

dar razones. El concepto de la Academia tiene dos partes: a) Estima que la Facultad de Medicina de la Universidad de Varsovia es de reconocida fama. Esta parte la acoge el Gobierno, y hace expresa mención de ella cuando dice:

> "Que, según el concepto emitido por la Academia Nacional de Medicina, en el oficio número 211 de 4 de septiembre último, dirigido a este Ministerio, la Facultad de Medicina de Varsovia es de reconocida competencia."

Considera el Ministerio, acogiendo el concepto de la Academia, que está satisfecha una de las exigencias legales. Es decir, se apoya en el concepto. b) Pero la misma Academia conceptúa que el doctor Pinés "no es eminente", o sea que no reúne el otro de los requisitos esenciales exigidos por la ley. Y a este respecto nada dice la Resolución acusada; hace caso omiso, dislocando el concepto integral de la Academia, de esta cualidad, que debe reunir el profesional. Bien ha podido rechazar el concepto, pero dando la razón. El Consejo, de su parte, estima que el concepto de la Academia es fundado y que la circunstancia de que el doctor Pinés haya escrito algunos artículos relacionados con su especialidad y dictado algunas conferencias no es bastante para darle el calificativo de eminente, ni tampoco para deducir que vino al país con propósitos de divulgación científica. Vino, se repite, a ejercer su profesión, como es manifiesto, y por tanto debe sujetarse a la regla general establecida en la ley.

III. Se arguye que en el temario que debe proponerse al aspirante no está incluída la cardiología, que es la especialidad del doctor Pinés. Este temario lo da la ley, y a lo sumo querría decir que la ley es incompleta. Pero no lo es en realidad, desde luégo que entre los cuatro temas que deben someter los examinadores conforme al parágrafo del artículo 2º de la Ley 67 de 1935, puede incluirse uno relacionado con la especialidad del aspirante. De otro lado, lo que la ley busca es que el aspirante tenga una cultura general en su profesión, porque la licencia no se otorga para ejercer en una rama única de la medicina, sino para ejercer la medicina en general. Por lo demás, para llegar a una especialización se requiere conocer las bases de la ciencia, dada la relación íntima que existe entre todas las partes del organismo humano.

IV. Por último, arguyen los disidentes que estos países jóvenes deben ser el recipiente de la vieja cultura europea, y que es preciso facilitar la inmigración que vendrá a mejorar las condiciones del país. Esta sería una política legislativa, pero no jurisprudencial. Mientras la ley haya puesto un filtro a ese recipiente de que habla la minoría, es preciso mantenerlo.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, *declara nula* la Resolución número 1338 de 16 de diciembre de 1943, por medio de la cual el Ministerio de Educación Nacional concedió licencia al doctor Ignacy Pinés, natural de Polonia, y médico graduado en la Universidad de Varsovia, para ejercer la medicina en Colombia.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Uribe Escobar, Gonzalo Gaitán, Gabriel Carreño Mallarino, Jorge Lamus Girón, Carlos Rivadeneira G.—Firmo con salvamento de voto: *Tulio Enrique Tascón*—Firmo con salvamento de voto: *Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

de los Consejeros doctor Guillermo Hernández Rodríguez y doctor Tulio Enrique Tascón, en la sentencia que falló en contencioso de nulidad contra la Resolución del Ministerio de Educación que concedió al médico polonés doctor Ignacy Pinés licencia para ejercer su profesión en Colombia.

Procedo a presentar las razones por las cuales disiento de la sentencia proferida en el juicio de nulidad adelantado por la Federación Médica Colombiana contra la Resolución número 1338 del 16 de diciembre de 1943, dictada por el Ministerio de Educación Nacional, y por medio de la cual se concedió al médico polonés doctor Ignacy Pinés licencia para ejercer su profesión en el país.

I

El problema jurídico.

En desarrollo del precepto constitucional según el cual la ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones, el Parlamento colombiano ha expedido varios textos reglamentarios del ejercicio de la profesión de medicina y cirugía. Las disposiciones vigentes y fundamentales al respecto están consagradas en la Ley 67 de 1935.

El artículo 2º de este estatuto dice:

> "A partir de la vigencia de la presente Ley sólo podrán ejercer la medicina y la cirugía generales en Colombia los médicos graduados, entendiéndose por tales, para los efectos de la presente Ley, los que a continuación se expresan:...."
>
> "Parágrafo 1º Pueden igualmente ejercer la medicina en Colombia los médicos extranjeros graduados en Facultades extranjeras de países que no tengan tratados con Colombia, siempre que presenten en la capital de la República, ante un Jurado de examinadores nombrado por la Facultad Nacional de Medicina, un examen en idioma español, compuesto de las siguientes pruebas:...."

El artículo 5º de la misma Ley dice:

> "Los médicos extranjeros que actualmente ejerzan su profesión en el territorio del país, y que hayan llenado todos los requisitos exigidos por la legislación actual, continuarán disfrutando de este derecho.
>
> "El Ministerio de Educación podrá autorizar el ejercicio profesional de la medicina, sin el requisito previo del examen, a profesores eminentes que vengan al país en misión oficial del Gobierno colombiano, o con propósitos de investigación y divulgación científicas."

El problema jurídico planteado consiste en determinar si la Resolución acusada, del Ministerio de Educación Nacional, se ajusta o nó a las disposiciones legales transcritas.

II

La presunción de legalidad de los actos administrativos.

Antes de examinar, en cuanto sea posible, el fondo del problema, conviene, como cuestión previa, sentar la tesis de que el acto acusado lo ampara la presunción de legalidad que existe en relación con los actos administrativos. En el caso presente, la controversia se sitúa en su mayor parte sobre una cuestión de apreciación de hechos para establecer si el doctor Pinés es o nó un profesor eminente. En consecuencia, el actor está obligado a destruir la presunción de legalidad que ampara la Resolución en referencia, demostrando que el acto condición que entraña está basado sobre hechos que la Administración ha apreciado en forma violatoria del texto legal.

Pero acontece que en el presente caso el juicio no fue abierto a pruebas, por lo cual el mismo demandante, en su alegato de conclusión, pone en descubierto las debilidades de respaldo probatorio de sus pedimentos, y dice textualmente así:

> "Desafortunadamente para mí, por motivo de enfermedad, no pude solicitar que el juicio se abriera a prueba, para acreditar cada uno de los hechos señalados en la demanda, y demostrar así superabundantemente las violaciones expresas de textos legales que sirven de base para sustentar mi solicitud de que se declare la nulidad total de la Resolución citada. Si el señor Magistrado lo considera necesario, y teniendo en cuenta que cuando se trata de una demanda sobre nulidad de un acto oficial, por violación expresa de la ley, el mismo honorable Consejo de Estado se halla interesado en que tales violaciones no sean cometidas y que el derecho no sea vulnerado por actos oficiales, sería muy conveniente, para mayor información, que su Despacho dictara un auto para mejor proveer, y en virtud del cual se solicitara al Ministerio de Educación Nacional copia auténtica de la documentación que acompañó a su solicitud el doctor Ignacy Pinés, así como también copia de las comunicaciones cruzadas entre el señor Presidente de la República y el señor Cónsul de Colombia en Nueva York, sobre las actividades del mismo señor Pinés, comunicación que lleva fecha 18 de junio de 1943; así como también la comunicación de nuestra Legación en Venezuela, sobre el mismo doctor Pinés, de fecha 22 de junio de 1943."

Teniendo sabido por el propio demandante que existe en el Ministerio de Educación una copiosa documentación que sirvió de base al acto acusado, y cuyas copias no han venido al expediente por la grave ausencia de debate probatorio, es preciso concluír que la presunción de legalidad que ampara los actos de la Administración continúa gravitando y defendiendo con su fuerza de inercia la Resolución que ha dado lugar a estas diligencias contencioso-administrativas.

III

Las consideraciones anteriores bastan para que el Consejo no acceda a declarar y fallar de acuerdo con las peticiones de la demanda. No obstante, conviene analizar el problema de fondo por haberlo hecho así la sentencia, con base en la documentación deficiente que obra en autos.

A.—Graduación del calificativo de "eminente".

De conformidad con los textos legales antes citados, el Ministerio de Educación Nacional podrá autorizar el ejercicio profesional de la medicina, sin el requisito del examen previo, a profesores eminentes. Dicho texto legal fue reglamentado por el Decreto 27 de 1938, que en la parte respectiva dice:

> "....el interesado hará su petición al Ministerio y acompañará los siguientes documentos debidamente legalizados:....
> "Parágrafo. El Ministerio estudiará estos documentos y los pasará a la Academia Nacional de Medicina, para que esta entidad emita concepto acerca de la Universidad que expidió el diploma y de la eminencia profesional."

La Academia Nacional de Medicina, consultada de conformidad con el parágrafo antes transcrito, sobre el caso del señor Pinés, conceptuó que la Facultad de Varsovia, donde dicho médico estudió y se graduó, *es de reconocida competencia.* Pero agregó: "El doctor Ignacy Pinés, médico distinguido, graduado en dicha Facultad, no es eminente." Como no hubo en el juicio debate probatorio la resolución o dictamen de la Academia Nacional de Medicina no aparece con sus antecedentes, y las referencias sobre que se basa la sentencia, y las cuales se acaban de transcribir, son tomadas de las alusiones que contiene el acto acusado.

La sentencia reconoce que el dictamen de la Academia de Medicina no es obligatorio para el Gobierno, pero no obstante, dice lo siguiente:

> "No se exige concepto favorable de la Academia, lo cual quiere decir que el Ministerio de Educación puede acoger o desechar el concepto, pues desde que es concepto u opinión, no es obligatorio. Sin embargo, los llamados a calificar la eminencia de un profesional de la medicina son los propios médicos, y en tratándose de una asociación científica tan prestante como la Academia Nacional de Medicina no puede suponerse que sus miembros procedan con criterio utilitarista de evitar competencias, sino guiados por el interés social, que es el mismo interés de la ley que los llama en su auxilio, y por ello el concepto tiene un gran valor, y sólo debe rechazarlo el Gobierno con serio fundamento."

Basta la transcripción antecedente para demostrar que el fallo a que se refiere este salvamento de voto sienta una tesis jurídica contradictoria; dice:

1º El dictamen de la Academia Nacional de Medicina no es obligatorio para el Gobierno, que puede acogerlo o desecharlo.

2º El valor científico del concepto lo hace prácticamente obligatorio para el Gobierno, que sólo puede "rechazarlo con serios fundamentos".

La sentencia, pues, obliga al Ministerio a que en esos casos éntre en controversia científica con la Academia de Medicina, cuyo concepto lo obliga mientras no presente fundamento, razones y alegatos que le permitan evadirse de la opinión de esa respetable entidad. Lo que es discrecional para la Administración, la sentencia lo hace condicionado, extralimitando el sentido y el texto claro y preciso de la Ley y del Decreto.

La sentencia destaca el concepto de la Academia de Medicina, que no conocemos en su integridad y fundamentos, y lo complementa con dos cartas de los Académicos informantes, doctores Calixto Torres Umaña y José del Carmen Acosta, eminentes profesionales, pero cuya especiali-

zación es distinta a la del doctor Pinés. En cambio, los doctores Ramón Atalaya y J. Salcedo Salgar, especialistas, como el doctor Pinés, en cardiología, dicen lo siguiente:

> "Los suscritos, médicos diplomados, certificamos que el distinguido profesor Ignacy Pinés, quien visita actualmente la ciudad, *es una notable personalidad científica*, y que en atención a *sus grandes méritos de investigador y de hombre de ciencia*, consideramos de gran conveniencia para el desarrollo de la medicina en Colombia el vincularlo a las actividades científicas del país...."

De esta cita se desprende que los conceptos de los médicos colombianos sobre el caso de autos no son concordantes y ofrecen sensibles discrepancias. Esto tiene su origen en que la apreciación de cuándo es *eminente un profesor* depende de la combinación de dos premisas: la una, de su experiencia y calidades en el campo científico, más fácilmente apreciables por los médicos; la otra, del alcance gramatical y jurídico que se le da al carácter de eminente, lo cual compete más directamente a los abogados.

Si por eminencia se entiende una persona que haya descollado mundialmente por sus descubrimientos y obras fundamentales de carácter científico, quizás el señor Pinés no quede comprendido dentro de ese calificativo. Con tal interpretación la ley sería de difícil aplicación práctica, porque sería extravagante que las eminencias de la medicina mundial, como los profesores Mayo, por ejemplo, hubiesen escogido para ejercer su profesión la República de Colombia y no los Estados Unidos de Norte América. La ley colombiana debe ser ajustada con la realidad. Al redactar el artículo pertinente nuestros legisladores no debieron estar pensando que las grandes eminencias de la medicina internacional se vendrían a ejercer a Colombia. El legislador, ubicado dentro de un criterio práctico y racional, debió considerar la posibilidad de que ciertos personajes destacados dentro de su especialización médica, pudieran venir a ejercer la medicina en Colombia. Estas condiciones se comprueban en el caso del señor Pinés, entre otros documentos, con la certificación de los cardiólogos doctores Atalaya y Salcedo Salgar, quienes dicen del médico polonés que es una *notable personalidad científica*, de *grandes méritos de investigador y hombre de ciencia.*

En todo caso, es el Gobierno, con la mejor documentación de que dispone, quien puede apreciar, mejor que el Consejo de Estado, con escasísimos elementos de juicio, cuál es el carácter de la personalidad profesional del doctor Pinés.

B.—Condiciones de investigación y divulgación científicas.

Dice además la sentencia que la autorización para el ejercicio profesional, en el caso de médicos eminentes, está sujeta también a la condición de "que vengan al país en misión oficial del Gobierno colombiano, o con propósito de investigación y divulgación científicas."

Esta condición debe entenderse también en forma práctica. ¿Cómo investiga un médico? De manera principal examinando sus pacientes. La investigación y la divulgación científicas, en el caso de la medicina, están vinculadas a la práctica de la profesión. El médico investiga sobre el organismo animal o humano, y de otra manera no hubiera podido progresar tan importante rama del saber.

El texto legal, acertadamente, habla del propósito de investigación y divulgación científicas, de tal manera que se refiere a un estado de ánimo anterior al otorgamiento de la licencia para ejercer la medicina.

Sólo las condiciones en que se desarrolla la práctica profesional podrán demostrar si en realidad se está ejerciendo con esos propósitos ya indicados.

C.—Exámenes para los médicos extranjeros.

Podría argumentarse que al doctor Pinés le queda el recurso, en caso de anulación del acto acusado, de someterse al examen de que trata el artículo 2º de la Ley 67 de 1935, para médicos extranjeros, graduados en facultades extranjeras y deseosos de ejercer la profesión en Colombia. Acontece que las materias sobre que versa ese examen no son propiamente las relativas a la especialización del doctor Pinés. El examen práctico, por ejemplo, versa, según el texto del ordinal 5º de ese artículo, sobre lo siguiente:

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

"Examen en un hospital, de una hora de duración, sobre dos clínicas de especialidades, escogidas por el candidato entre las siguientes: clínica dermatológica y sifilográfica; clínica de órganos de los sentidos; clínicas de las vías urinarias; clínica ginecológica; clínica de enfermedades mentales y nerviosas; clínica de enfermedades tropicales; clínica médica infantil, y clínica quirúrgica infantil y ortopédica."

El cardiólogo señor Pinés tendría que presentar su principal examen de clínicas sobre materias relacionadas pero no identificadas con su especialización médica. Sería, en materias de derecho, como si un especialista en Derecho Penal, para poder ejercer en los estrados, tuviera que presentar exámenes sobre dos de las ramas de la profesión, menos sobre asuntos criminales.

IV

Política colombiana de inmigración.

Los casos de extranjeros, como el del señor Pinés, no pueden analizarse con un criterio exclusivista y huraño, que no tiene antecedentes históricos en Colombia. Nuestro país, por circunstancias de su nacimiento y constitución, se viene formando al través de los siglos por absorción sobre la esponja autóctona de elementos forasteros. A un ritmo más rápido los Estados Unidos de Norte América, con la misma orientación, han llegado a formar una poderosísima nacionalidad en que se han sintetizado la pujanza y las características de muchas razas. Nuestra política de *jus soli* en materia de nacionalidad no es sino la expresión jurídica de estas situaciones de hecho, que nos hacen un recipiente democrático para absorber y fundir en las matrices patrias a los hombres que llegan lanzados por las mareas políticas de otros continentes a buscar libertad y paz en estas repúblicas en formación, bajo los símbolos de autoridad y libertad que les dieron sus fundadores.

Estos principios generales, que palpitan en nuestra historia jurídica desde la constitución de la República, no pueden olvidarse al aplicar las leyes en casos especiales.

Desde los tres aspectos en que ha sido examinado el problema, se concluye que el Consejo no podía por ningún motivo despachar de manera afirmativa las súplicas de la demanda.

Guillermo Hernández Rodríguez—Adhiero al anterior salvamento de voto: *Tulio Enrique Tascón.—Luis E. García V.*, Secretario.

Resoluciones ministeriales—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán).

Consejo de Estado—Bogotá, seis de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

El Municipio de Duitama, debidamente representado por el señor doctor Pedro A. Gómez Naranjo, ha demandado ante esta corporación la nulidad parcial de las Resoluciones distinguidas con los números 48 y 4, fechadas el 16 de abril de 1943 y el 14 de enero de 1944, emanadas ambas del Ministerio de la Economía Nacional —Departamento de Aguas y Meteorología, Sección de Concesiones—. Igualmente, demandó la nulidad total de la Resolución número 37 de 11 de abril de 1944, aclaratoria de la segunda de las nombradas, y que tuvo origen en el mismo Ministerio.

El juicio se ha tramitado convenientemente, y ha llegado el momento de proferir la sentencia de única instancia. En él se ha reconocido como parte opositora a la demanda, previa la demostración de su interés para intervenir en la actuación, al señor Juan B. Pérez, mayor y vecino de Duitama, que ha sido representado en el juicio por el señor doctor Valerio Botero Isaza.

La suspensión provisional que se solicitó en la demanda fue negada por el sustanciador en providencia de 28 de julio del año próximo pasado, y aunque el actor interpuso el recurso de súplica, posteriormente desistió de él.

Ambas partes presentaron pruebas en el término correspondiente. También alegaron de bien probado.

El Fiscal de la corporación, en su concepto de fondo, conceptúa que la demanda debe prosperar en parte.

Antecedentes.

En la serranía que queda hacia el norte de la población de Duitama nace una quebrada o pequeña corriente de agua, conocida con el nombre de *Buyacogua,* y aproximadamente a cinco kilómetros de distancia del poblado, y mediante un tambre o muralla, construído de piedra rústica y palizada, se hace una desviación de las aguas en forma que por el cauce artificial se capta aproximadamente un ochenta por ciento del caudal, y el veinte por ciento restante continúa por el cauce natural. Tanto las aguas que discurren por el cauce natural como por el artificial, atraviesan una región bastante poblada, y en el trayecto son utilizadas por los moradores para los menesteres domésticos y la agricultura. El cauce artificial, abierto hace más de cincuenta años, entra al predio del señor Juan B. Pérez, donde existe también desde hace más de cincuenta años un molino de trigo que se conoció primitivamente con el nombre de *Molino de Piedra Parada,* y hoy se denomina *El Invencible.* En el año de 1894 dicho molino era de propiedad del señor

Antonio Cárdenas, quien lo vendió el 2 de abril de dicho año al señor Pompilio Martínez, y luégo de varias enajenaciones, ya por venta, ya por sucesión, en el año de 1930 fue adquirido por su actual dueño, señor Juan B. Pérez, según escritura pública número 679 de 7 de noviembre de dicho año, pasada ante el Notario 2º del Circuito de Sogamoso. Todos los dueños del molino se han servido de las aguas que se captan de la quebrada, para las necesidades domésticas, y han aprovechado la fuerza hidráulica para mover las maquinarias.

Salidas las aguas del predio de Pérez, y utilizadas, como se ha dicho, siguen en dirección a la población de Duitama, donde alimentan el acueducto de la población.

Los actos acusados.

Queriendo el Municipio mejorar su servicio de acueducto, proyectó la construcción de uno más moderno, que ofreciera mayores garantías higiénicas, y al efecto, el Personero Municipal respectivo, en memorial fechado el 3 de octubre de 1942, se dirigió al Ministerio de la Economía Nacional en solicitud de una concesión de aguas por el término de veinte años. El Ministerio exigió al Municipio la presentación de algunos datos y comprobantes, tales como el aforo de la quebrada; un croquis de la acequia, una memoria descriptiva de las obras de arte que se hayan construído o sea necesario construir, y algunos datos acerca de la población urbana actual de Duitama y de su crecimiento probable en un lapso de 25 años. Dadas las informaciones solicitadas por el Ministerio, éste comisionó a los doctores Luis E. Ríos Aponte, Abogado Auxiliar de la Sección Primera del Departamento de Aguas, y Alberto Leongómez, Ingeniero Consultor del mismo Departamento, para que practicaran una inspección ocular en el terreno y rindieran luégo un informe detallado de sus observaciones y apreciaciones. El señor Juan B. Pérez, desde un principio, se hizo parte en el Ministerio, no para oponerse a las aspiraciones del Municipio, sino para poner de presente su condición de usuario de las aguas a que se refería la solicitud.

Rendido por los comisionados del Ministerio el informe correspondiente, se expidió la primera de las Resoluciones acusadas, distinguida con el número 48, como ya se dijo, y que en su parte dispositiva reza:

> "En virtud de lo hasta aquí expuesto, el Ministerio de la Economía Nacional *resuelve:*
>
> "Primero. Conceder permiso al Municipio de Duitama, Departamento de Boyacá, para captar hasta la cantidad de cuarenta litros de agua por segundo (40 l/s) de la corriente de uso público de la quebrada *Buyacogua,* con destino al acueducto público de la población y, en general, para los usos y menesteres domésticos de sus habitantes;
>
> "Segundo. La merced de aguas otorgada en el artículo anterior tiene un término de veinte (20) años, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, término que puede ser prorrogado durante el año anterior al vencimiento del plazo;
>
> "Tercero. La captación y conducción de las aguas se hará en un todo de acuerdo con el plano y memoria técnica presentados, adoptando la variante aconsejada por el Ministerio, conforme se explica en el aparte tercero de los considerandos de esta providencia, a fin de que las aguas beneficien el molino *Piedra Parada,* variación indicada en el plano con las letras 'A' y 'B'. La adopción de esta variante es condición esencial del permiso concedido;

"Cuarto. El Municipio concesionario prestará el servicio de acueducto urbano en las condiciones de regularidad, continuidad y eficacia que determine el Ministerio de Obras Públicas, por intermedio del Departamento de Servicios Públicos;

"Quinto. Asimismo, y de conformidad con lo dispuesto por la Ley 109 de 1936, las tarifas y reglamentos de la empresa del acueducto municipal de Duitama deberán ser aprobadas por el Ministerio de Obras Públicas, por intermedio del Departamento de Servicios Públicos, e igualmente el citado Ministerio concederá los permisos necesarios para ocupar los bienes nacionales de uso público, como calles, plazas, caminos, etc., con las redes y tuberías del mismo;

"Sexto. Otorgar permiso al señor Juan B. Pérez para usar las mismas aguas concedidas al Municipio para dar movimiento a su molino *Piedra Parada*, con la condición esencial de que el aprovechamiento se haga en la forma indicada en el aparte tercero de los considerandos de esta Resolución, y de que el señor Pérez construya a su costa las obras que allí se especifican y determinan, lo mismo que cualquier otra que se considere necesaria para conservar la mayor pureza de las aguas;

"Séptimo. Este permiso se otorga por el mismo término de que habla el artículo segundo de esta providencia, y podrá ser prorrogado, también, durante el año anterior al vencimiento del plazo;

"Octavo. El no cumplimiento de lo ordenado en el artículo sexto de esta Resolución será causal de caducidad del permiso otorgado al señor Pérez;

"Noveno. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 57 del Decreto 1382 de 1940, las condiciones señaladas en sus Capítulos III, IV y V se entenderán incorporadas en esta providencia;

"Décimo. Esta Resolución deberá publicarse en el *Diario Oficial* en la forma indicada por el artículo 35 del citado Decreto 1382 de 1940, sin causar por ello costo alguno, de conformidad con lo dispuesto por la Resolución número 2 de 1935, originaria del Ministerio de Gobierno;

"Décimoprimero. Contra esta providencia únicamente procede, por vía gubernativa, el recurso de reposición, para que se aclare, modifique o revoque, recurso que debe interponerse dentro de los diez (10) días útiles a partir de la notificación personal, o de treinta (30) días útiles contados a partir de la fecha de la publicación del respectivo edicto en el *Diario Oficial*. La Secretaría, en el acto de la notificación, deberá dejar constancia expresa de que se puso en conocimiento de los interesados el presente artículo."

No satisfizo completamente al Municipio la Resolución del Ministerio, por lo cual su apoderado, doctor Gustavo Hernández Rodríguez, antes de pedir reposición solicitó que por medio de un comisionado del mismo Despacho Ejecutivo se procediera a un nuevo estudio del terreno, a efecto de esclarecer ciertos puntos que consideraba importantes para la causa que defendía. El Ministerio, en providencia de 27 de julio de 1943, accedió a lo solicitado, y en tal virtud comisionó al señor Ingeniero Jefe de la Comisión de Irrigación y Desecación del Valle de Sogamoso "para que practique una visita ocular a la quebrada *Buyacogua*, en el sitio en que se pretende hacer la derivación del acueducto, lo mismo que al proyecto de ruta de conducción y al molino del señor Juan

B. Pérez, verifique cada uno de los hechos a que se refiere el memorial últimamente citado, e informe luégo a este Despacho sobre el resultado de su visita". Igualmente, el Municipio presentó varias declaraciones de testigos, todo en orden a demostrar que el aprovechamiento previo de las aguas por el molino era gravemente perjudicial para el Municipio, ya porque las aguas se contaminaban en el molino, ya porque se alteraba el plan general para la conducción de las aguas a la población.

Rendido el informe por el comisionado del Ministerio, señor ingeniero Jorge Obando Plata, y practicadas algunas otras investigaciones, en Resolución número 4 de 14 de enero de 1944 el Ministerio resolvió el recurso de reposición así:

> "Por las consideraciones anteriores, el Ministerio de la Economía Nacional *resuelve:*
>
> "Artículo primero: Confirmar los artículos primero, segundo, cuarto, quinto, noveno y décimo de la Resolución número 48 de 1943 (abril 16).
>
> "Artículo segundo. Modificar el artículo tercero de la citada providencia, que quedará así:
>
> "Tercero. La captación y conducción de las aguas se hará en un todo de acuerdo con el plano y memoria técnica presentados, pero será condición previa para que el Minicipio pueda iniciar los trabajos, el arreglo de los posibles perjuicios que se ocasionen al señor Juan B. Pérez con la privación de las aguas, o la iniciación del respectivo juicio de expropiación, si el acuerdo amigable no fuere posible.
>
> "Artículo tercero. Revocar los artículos sexto, séptimo y octavo de la Resolución número 48 de 1943 (abril 16).
>
> "Artículo cuarto. Por estar agotada la vía gubernativa, por ella no procede contra esta providencia recurso alguno.
>
> "De esta circunstancia debe dejar constancia la Secretaría en el acto de la notificación...."

Como se ve, la reforma consistió en que, conforme a la primera Resolución, el señor Pérez podía utilizar las aguas para mover el molino por un lapso de 20 años, con la condición de construir varias obras tendientes a obtener la pureza de las aguas que luégo iba a aprovechar el Municipio en el nuevo acueducto, y por la segunda Resolución se privó totalmente a dicho señor Pérez del uso de las aguas, imponiendo, eso sí, la obligación al Municipio de indemnizarlo previamente, o de nó, advirtiéndole que debía iniciar el correspondiente juicio de expropiación.

De esta última Resolución solicitó aclaración el señor Pérez, porque, en su concepto, y acogiéndose al tenor literal de la Resolución, bien podía el Municipio iniciar el juicio de expropiación, para abandonarlo luégo, y mientras tanto llevar a cabo la obra del acueducto, con mengua de los derechos del señor Pérez.

Por medio de la Resolución número 37, de 11 de abril de 1944, el Ministerio aclaró su anterior providencia así:

> "Artículo único. Aclárase el artículo segundo de la Resolución número 4 de 14 de enero de 1944, en el sentido de establecer que para la iniciación de las respectivas obras el Municipio concesionario debe previamente pagar al señor Juan B. Pérez el valor de los posibles perjuicios que se le ocasionen con la privación de las aguas, bien sea por medio de arreglo amigable o bien por el juicio de expropiación respectivo...."

La demanda.

Tampoco se conformó el Municipio con lo dispuesto por el Ministerio en las dos últimas Resoluciones. Sostiene que el señor Pérez no tiene derecho a usar el gua, y, por consiguiente, no hay obligación de indemnizarlo.

Estas apreciaciones del Municipio originaron el presente juicio. En la demanda que lo encabeza se hacen las siguientes peticiones:

"Primera. Que se declare nulo el artículo segundo de la Resolución número 4, dictada por el Ministerio de la Economía Nacional, Departamento de Aguas y Meteorología, Sección de Concesiones, con fecha catorce de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro, artículo que modifica el tercero de la Resolución número 48 de 16 de abril de 1943, y dispone que la captación y conducción de las aguas para el acueducto del Municipio de Duitama se hará en un todo de acuerdo con el plano y memoria técnica presentados, nulidad que se debe declarar en cuanto por dicha disposición se establece que es condición previa para que el Municipio pueda iniciar los trabajos del acueducto, el arreglo de los posibles perjuicios que se ocasionen al señor Juan B. Pérez con la privación de las aguas, o la iniciación del respectivo juicio de expropiación, si el acuerdo amigable no fuere posible.

"Segunda. Que, como consecuencia de la declaración anterior, se declare igualmente nulo el artículo tercero de la Resolución número 48 de 16 de abril de 1943, dictada por el Ministerio de la Economía Nacional, en cuanto se ordena adoptar la variante aconsejada por el Ministerio, conforme se explica en el aparte tercero de los considerandos de esa providencia. a fin de que las aguas beneficien al molino de *Piedra Parada,* y se establece que la adopción de la variante es condición esencial del permiso concedido.

"Tercera. Que se declare nulo el artículo único de la Resolución número 37, dictada por el Ministerio de la Economía Nacional el 11 de abril de 1944, disposición que aclara el artículo segundo de la Resolución número 4 de 14 de enero de 1944, en el sentido de establecer que para la iniciación de las respectivas obras el Municipio concesionario debe previamente pagar al señor Juan B. Pérez el valor de los posibles perjuicios que se le ocasionen con la privación de las aguas, bien sea por medio de arreglo amigable o bien por el juicio de expropiación respectivo.

"Ejercito la acción especial de plena jurisdicción que establece el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, y pido, en consecuencia, que se restablezca en su derecho al Municipio de Duitama, es decir, que, declaradas las nulidades de los actos demandados, se decida que el Municipio nombrado tiene derecho conforme a las disposiciones vigentes de la providencia del Ministerio de la Economía Nacional, a que se ha hecho alusión, a usar las aguas de la quebrada *Buyacogua,* de esa jurisdicción, para su acueducto, sin indemnización de ninguna clase a particulares, y que puede reanudar los trabajos de la obra del acueducto sin necesidad de adelantar previamente ninguna actuación judicial ni perfeccionar arreglos amigables."

Los hechos básicos de la acción se hallan expuestos en el libelo así:

"Primero. En memorial de fecha 4 de diciembre de 1942, el Personero de Duitama pidió al Ministerio de la Economía Nacional la legalización del aprovechamiento que hace el Municipio de las aguas de uso público de la quebrada llamada *Buyacogua*, de esa jurisdicción, con destino al acueducto público de la población.

"Segundo. El señor Juan B. Pérez se opuso a la concesión alegando derechos adquiridos al uso de las aguas por un uso de tiempo inmemorial; solicitó permiso para usar de las aguas como fuerza motriz, en cantidad de cincuenta y cinco litros por segundo, y que al concederle permiso al Municipio para usar las aguas se le impusiera la obligación de conducirlas por la ruta que siga pasando por su predio, en forma que pueda aprovecharse de ellas.

"Tercero. La quebrada *Buyacogua* es la única fuente de abasto con que cuenta la población de Duitama para su acueducto, y su caudal está aforado en cincuenta y cuatro litros por segundo, es decir, menos de lo solicitado por el señor Juan B. Pérez para su molino.

"Cuarto. Los comisionados del Ministerio pudieron constatar que el señor Juan B. Pérez utiliza para su molino la mayor parte de las aguas de la quebrada *Buyacogua*, en épocas de invierno, y no en veráno, debido a la escasez; en verano la maquinaria se mueve con un motor que los comisionados pudieron observar.

"Quinto. Se acreditó que el Municipio de Duitama necesita cuarenta litros por segundo para el acueducto, no quedando, por tanto, sino una cantidad de catorce litros. con la cual se beneficia la derivación llamada *El Tirano*.

"Sexto. En la Resolución número 48 de 16 de abril de 1943, el Ministerio de la Economía Nacional concedió permiso al Municipio de Duitama para captar las aguas de *Buyacogua* para el acueducto, en cantidad de 40 litros por segundo, por el término de 20 años; por los numerales sexto, séptimo y octavo, concedió permiso al señor Juan B. Pérez para usar las mismas aguas para dar movimiento al molino de *Piedra Parada*, por el mismo término de 20 años.

"Séptimo. El apoderado del Municipio de Duitama pidió reposición de la Resolución número 48, para que no se sujetara a aquella entidad a conducir las aguas por determinado cauce para que pudiera usarlas el señor Juan B. Pérez. Por Resolución número 4 de 14 de enero de 1944, el Ministerio de la Economía Nacional confirmó los artículos primero, segundo, cuarto, quinto, noveno y décimo de la Resolución número 48 de 1943; modificó el artículo tercero en el sentido de establecer que será condición previa para que el Municipio pueda iniciar los trabajos, el arreglo de los posibles perjuicios que se ocasionen al señor Juan B. Pérez con la privación de las aguas, o la iniciación del respectivo juicio de expropiación si el acuerdo amigable no fuere posible, y revocó los artículos sexto, séptimo y octavo que concedían a Pérez el uso de las aguas.

"Octavo. El señor Juan B. Pérez pidió al Ministerio de la Economía Nacional aclaración del artículo segundo de la Resolu-

ción número 48, en el sentido de disponer que en caso de que no sea posible un arreglo amigable entre él y el Municipio de Duitama, en cuanto al monto de los perjuicios que puedan ocasionársele por la privación de las aguas, es condición previa para que se puedan iniciar las obras de desvío de la corriente, la terminación del respectivo juicio de expropiación y no su simple iniciación. El Ministerio, por Resolución número 37 de 11 de abril de 1944, accedió a lo pedido, estableciendo que el Municipio, para la iniciación de las respectivas obras, debe previamente pagar al señor Juan B. Pérez el valor de los posibles perjuicios que se le ocasionen con la privación de las aguas, bien sea por medio de arreglo amigable o bien por el juicio de expropiación respectivo.

"Noveno. Las aguas de que hace uso el Municipio de Duitama para su acueducto son aguas contaminadas y llenas de toda clase de basuras, por el uso que de ellas hace el señor Juan B. Pérez en su molino, lo cual constituye un perjuicio para la salud de los habitantes de la población.

"Décimo. El señor Juan B. Pérez no es riberano de la quebrada de *Buyacogua*, ni ha tenido ni tiene finca alguna sobre la referida quebrada, como se comprueba con las declaraciones de ocho testigos, que se acompañan a la demanda; tampoco ha legalizado debidamente el uso de las aguas, como lo reconoce el mismo Ministerio en la Resolución número 48; de manera que está haciendo de las aguas de la quebrada un uso arbitrario, con perjuicio del Municipio de Duitama, que tiene derecho preferencial para el uso de dichas aguas para su acueducto.

"Undécimo. El uso arbitrario de las aguas no da derecho a indemnización de perjuicios de ninguna clase, cuando por virtud de la facultad de reglamentación del servicio de las aguas de uso público el Gobierno las destina para aprovisionamiento de las poblaciones; por consiguiente, no está obligado legalmente el Municipio de Duitama a reconocer perjuicios al señor Juan B. Pérez por la privación del uso de las aguas ni a iniciar expropiación de un derecho que no tiene dicho individuo.

"Duodécimo. Aun en el supuesto de que el señor Juan B. Pérez tuviera derecho al uso de las aguas de la quebrada *Buyacogua*, con la privación del uso de las aguas no sufriría perjuicio inmediato, porque tiene la instalación para mover el molino con con un motor.

"Décimotercero. Las providencias que obligan al Municipio de Duitama a reconocerle y pagarle perjuicios al señor Juan B. Pérez, le causan a aquella entidad perjuicios cuantiosos, que afectan su patrimonio, que retardan considerablemente la ejecución de una obra primordial para la vida y la salud de sus habitantes, y quebrantan sus derechos civiles y administrativos reconocidos por las leyes para usar de las aguas públicas preferencialmente.

"Décimocuarto. El Municipio de Duitama, por medio del Acuerdo número 7 de 16 de febrero de 1907, destinó el agua de la quebrada *Buyacogua* para el uso del acueducto del Municipio, y declaró que nadie podría tomar derivaciones de esa corriente sin previo permiso y mediante el pago de determinado impuesto.

"Décimoquinto. Las obras necesarias para aprovechar las aguas de la quebrada *Buyacogua* fueron construídas a sus ex-

pensas por el Municipio de Duitama desde hace muchos años, y su conservación la atiende el Municipio con sus propios recursos.

"Décimosexto. Durante varios años el molino del señor Juan B. Pérez no se pudo servir de las aguas de la quebrada *Buyacogua* por la prohibición del Municipio, ya que no es riberano de la quebrada, y el uso que hace de ellas actualmente, no siendo riberano y valiéndose del cauce de propiedad del Municipio, es completamente arbitrario y no está respaldado con la autorización de las autoridades competentes.

"Décimoséptimo. Las aguas de la quebrada *Buyacogua* corren por un cauce natural, y las aguas de la derivación de que hace uso el señor Juan B. Pérez corren por un cauce artificial."

Las pretensiones de las partes.

Para el demandante el uso que venían haciendo el señor Pérez y sus antecesores, de las aguas de la quebrada, era completamente ilegal, arbitrario, y por tanto la privación de las aguas no le acarrea ningún perjuicio jurídico que deba indemnizársele, dado que el predio donde se levanta el edificio del molino no es riberano de la quebrada. En cambio, es innegable el derecho de la población de Duitama de dotarse de un acueducto moderno que ofrezca garantías a los habitantes.

El señor Pérez no niega el derecho de la población de Duitama, y tan sólo aspira o a que no se le prive del uso de las aguas o a que se le indemnice, en caso contrario. Así lo demuestra la circunstancia de no haber interpuesto recurso alguno contra la primera Resolución que lo obligaba a construir algunas obras, a efecto de que una vez aprovechadas las aguas como fuerza hidráulica en el molino, prosiguieran su curso hacia la población de Duitama, a surtir el acueducto y en buenas condiciones higiénicas. Cuando la segunda Resolución lo privó del uso de las aguas, tampoco se opuso. Unicamente reclamó que se le indemnizara previamente, y por ello se ha constituído en parte opositora a la demanda del Municipio, en atención a que el Ministerio ordenó la previa indemnización.

La posición del Municipio ha sido contradictoria en la actuación gubernativa y en la acción contencioso-administrativa. En efecto: cuando en la primera Resolución dispuso el Ministerio que el agua primero debía pasar por el molino del señor Pérez, antes de entrar al acueducto, el Municipio se opuso a esta determinación, porque, en su concepto, el agua se contaminaba al pasar por el molino; y, además, porque se desquiciaba el plan de la obra de conducción, y en memorial visible a folios 95 de la actuación ministerial, y para lograr su intento, el mismo Municipio, por boca de su Personero, manifestó al Ministerio que "no tendría inconveniente en pagar el valor que a los perjuicios reclamados le dieran los peritos". Seguramente en vista de esta oferta, el Ministerio accedió al reclamo del Municipio, y no obstante ello, inició la presente acción, para sostener, con visible contradicción, la ausencia de la obligación de indemnizar.

De su parte, el señor Fiscal de la corporación no desconoce la obligación que tiene el Municipio de indemnizar al señor Pérez. Sostiene que dicho señor puede hacer valer sus derechos ante los Jueces competentes, y pide que se anulen los actos acusados, únicamente en cuanto exigen que la indemnización sea previa, porque "si para hacer uso de ella (el agua) fuera indispensable el pago previo del valor de los perjuicios que reclame un tercero que dice tener derechos adquiridos,

el Gobierno situaria al Municipio en la disyuntiva de someterse al precio excesivo que diera à los perjuicios el tercero, o a soportar las dilaciones de la controversia judicial que se promoviera para fijar el precio de ellos, soportando, entretanto, los habitantes la carencia de agua, lo cual sería manifiestamente contrario a los intereses sociales que priman sobre los particulares."

Las tesis del Consejo.

Graves y delicadas son las cuestiones que corresponde resolver al Consejo de Estado, no tanto por la importancia de los intereses que se debaten en el presente litigio, muy valiosos por cierto, cuanto por la trascendencia jurisprudencial de las tesis que se adopten, a saber: a) ¿Tiene facultad el Gobierno, y consiguientemente el Consejo de Estado, al estudiar la legalidad de sus actos, para reconocer derechos a quienes se presenten a reclamarlos con motivo de la reglamentación de las aguas de uso público o concesión de mercedes, y para decretar indemnizaciones a su favor? b) En caso afirmativo, ¿esas indemnizaciones deben ser previas? c) En el caso de autos, y supuesta la contestación afirmativa al primer interrogante, ¿el señor Juan B. Pérez tiene derecho a usar de las aguas de la quebrada *Buyacogua*, el cual debe ser indemnizado en virtud de lo dispuesto en la Resolución número 4, que lo priva del uso de esas aguas?

Meditadas a espacio las respuestas que se darán a las anteriores preguntas, y de las cuales depende la suerte de este litigio, pasa el Consejo a sustentar sus puntos de vista.

Primera tesis.

Si puede el Gobierno, y consiguientemente el Consejo de Estado, resolver las cuestiones que se susciten con ocasión de un reglamento de aguas o de la concesión de una merced y proceder de conformidad.

Desde luégo, es indiscutido e indiscutible el derecho del Municipio de Duitama a servirse de las aguas de la quebrada *Buyacogua* para el acueducto que proyecta, como se ha venido sirviendo de ellas en el acueducto que surte actualmente la población. Ese derecho se lo otorga muy claramente el artículo 893 del Código Civil y las demás disposiciones que posteriormente se han dictado sobre la materia. En efecto: en conformidad con dicho artículo, el uso legítimo que pueden hacer los particulares de las aguas de propiedad nacional está limitado por las necesidades de los habitantes de un pueblo. Al efecto, se expresa así la disposición citada:

> "El uso que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren por ella se limita: ....3º cuando las aguas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino...."

Pero la cuestión debatida es otra: como ya se vio en la parte narrativa de este fallo, el opositor a la demanda, señor Juan B. Pérez, y sus antecesores en el dominio del molino llamado *Piedra Parada* o *El Invencible*, han venido haciendo desde hace más de cincuenta años uso de las aguas que hoy pretende captar el Municipio con exclusión del señor Pérez. Este hecho está plenamente demostrado en el juicio, y ni siquiera ha sido controvertido.

El artículo 918 del Código Civil dispone:

"Las mercedes de aguas que se conceden por autoridad competente se entenderán sin perjuicio de derechos anteriormente adquiridos en ellas."

De su parte, el artículo 8º de la Ley 113 de 1928 se expresa:

"Corresponde al Gobierno Nacional la concesión de las licencias para sacar los canales a que se refiere el artículo 683 del Código Civil. Estas licencias o permisos los concederá el Gobierno con conocimiento de causa y sin vulnerar derechos de terceros."

Igualmente, el inciso 3º del artículo 7º del Decreto extraordinario número 1381 de 17 de julio de 1940, se expresa:

"En todo caso, las mercedes se entenderán otorgadas sin perjuicio de derechos adquiridos. Cualquier persona que tenga interés en ello podrá oponerse a que se otorgue permiso para utilizar aguas de uso público."

De las disposiciones preinsertas y del espíritu general de la legislación se deduce rectamente que siempre que el Gobierno proceda a reglamentar el uso de las aguas que pertenecen a la Nación, o a conceder mercedes, debe respetar los derechos adquiridos, y esta obligación comporta necesariamente la facultad de examinar en cada caso concreto si existe o nó un derecho adquirido que deba respetarse. Sería absurdo que se exigiera el respeto de los derechos adquiridos, y sin embargo fuera vedado examinar la existencia de esos derechos. Por tanto, obró bien el Gobierno al resolver las cuestiones suscitadas por el señor Pérez. Y el Consejo de Estado, al estudiar la legalidad de las Resoluciones del Gobierno, está también ampliamente facultado para elucidar la cuestión.

Segunda tesis.

Si tenía el señor Juan B. Pérez derecho a usar, para mover su molino, las aguas de la quebrada *Buyacogua.*

Antiguamente, hace más de cincuenta años, cuando se fundó el molino que hoy es del señor Pérez, el aprovechamiento de las aguas de uso público no estaba tan severamente reglamentado como lo está hoy. Existía mayor libertad entonces, pero el aumento de población, la escasez de aguas en algunas regiones, las necesidades cada día crecientes de la agricultura y de la industria impusieron la necesidad de cercenar en favor del pro común las antiguas libertades, y mediante una saludable y moderada intervención de Estado se han venido imponiendo algunas restricciones en el uso de las aguas. No era frecuente en esos tiempos la concesión de mercedes de agua, y por ello ni los antecesores del señor Pérez en la propiedad del molino, ni el mismo Municipio de Duitama, *tenían a su favor concesión alguna. Cuando vinieron los nuevos reglamentos* sobre aguas, que imponían la obligación de legalizar el uso, ni el Municipio de Duitama ni el señor Pérez lo legalizaron. Ambos se servían de las aguas de la quebrada de *Buyacogua* sin haber obtenido la concesión o merced correspondiente. Al solicitar el Municipio de Duitama la concesión que originó los actos acusados, tropezó con el uso que de las aguas venía haciendo el señor Pérez, y quien también pretendía legalizar su situación. En presencia de estos dos intereses en choque, primero optó el Gobierno porque ambos —Pérez y el Municipio— prosiguieran sirviéndose de las aguas, en la forma en que lo venían haciendo, con la obligación a cargo del primero de construir algunas obras en orden a evitar la contaminación de las aguas. Mas luégo, y como el Municipio insistiera en obtener la concesión, excluyendo al señor Pérez del uso, el Gobierno así lo decidió, pero imponiendo al Municipio la obligación de indemnizar previamente al damnificado.

Sostiene el Municipio demandante que el opositor carece en absoluto de derecho para usar las aguas de la quebrada, y que el uso que ha venido haciendo es ilegal y arbitrario, puesto que el predio donde está edificado el molino no es riberano. Efectivamente, el predio del señor Pérez no es riberano de la quebrada, como tampoco es riberano el Municipio, pero incurre en grave error el demandante al creer que solamente la riberanía es la base del derecho de servirse de las aguas de uso público. Muchos son los textos legales que consagran derechos a los no riberanos. Así lo tiene ya decidido la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 11 de junio de 1935 *(Gaceta Judicial* número 1897, tomo XLII, páginas 34 y siguientes), doctrina que posteriormente fue ratificada por la misma Corte en sentencia de 10 de agosto de 1937 *(Gaceta Judicial* número 1924, tomo XLV, páginas 421 y siguientes). Sostuvo la Corte: a) Que el derecho de los riberanos al uso de las aguas es un derecho real, de naturaleza especial; b) Que este derecho puede cederse tanto en favor de los riberanos como de los no riberanos; c) Que puede modificarse, limitarse y aun extinguirse por prescripción de un tercero, riberano o nó, y d) Que la cesión de tal derecho o la adquisición de él por prescripción no afecta a los demás riberanos. De la primera de las sentencias mencionadas son estas palabras:

> "Por lo demás, la prescripción puede, en las condiciones que acaban de ser indicadas, cumplirse, tanto en favor de un tercero no riberano como en provecho de los riberanos."

Y en la última de dichas sentencias se lee:

> "La citada Ley 113, en su artículo 9º, por su lado, también autoriza implícitamente el concepto de cesibilidad, al referirse, en contrastes con los riberanos: 'A los demás predios que lo necesiten', para hablar de la reglamentación del uso de las aguas derivadas por acequias o canales en predios riberanos, cuyo sobrante no sea restituído a dichas corrientes o depósitos dentro de los límites de tales predios.
>
> "El Gobierno tiene, según advertencia de ese artículo 9º, con la suprema administración de los bienes de uso público, la de las aguas de esta calidad, y sobre este pie procederá, dice esa disposición, a la reglamentación de las aguas en referencia. Y el inciso 2º dice que 'reglamentará la distribución de las aguas sobrantes a la salida de los predios.'
>
> "¿Cuáles son *los predios* a que se refiere este inciso? Los de que acaba de hablar el inciso precedente del mismo artículo, que son tanto los riberanos como los no riberanos, siendo así que ese inciso primero habla cabalmente de las aguas cuyo sobrante no es restituído a la corriente o depósito inicial dentro de los límites riberanos."

Por lo demás, la persona que necesite de aguas de uso público para usos industriales, puede hacerlo, aun cuando no tenga la condición de riberano. Es claro el texto del artículo 1001 del Código Civil:

> "El que quisiere construir un ingenio o molino, o una obra cualquiera, aprovechándose de las aguas que van a otras heredades o a otro ingenio, molino o establecimiento industrial, y que no corren por un cauce artificial construído a expensa ajena, podrá hacerlo en su propio suelo o en suelo ajeno con permiso del dueño, con tal que no tuerza o menoscabe las aguas en perjuicio de aquellos que ya han levantado obras aparentes con el objeto de servirse de dichas aguas, o que de cualquier otro modo hayan adquirido el derecho de aprovecharse de ellas."

No menos explícito es el inciso final del artículo 7º del Decreto 1381 de 1940, cuando dice:

> "Las licencias concedidas no serán obstáculo alguno para que el Gobierno, con posterioridad, regule la distribución de las aguas entre propietarios riberanos o no riberanos."

Queda, pues, establecido que aun cuando la riberanía es la base principal del derecho de usar las aguas de propiedad nacional, no es la única. La diferencia, conforme a los últimos decretos, estriba en que el riberano no ha menester de permiso del Gobierno para servirse de las aguas, y el no riberano sí necesita de ese permiso, conforme al artículo 12 del Decreto que acaba de citarse, así concebido:

> "Los dueños de heredades no riberanas necesitan permiso para utilizar aguas de uso público."

Mas este requisito, impuesto hoy a los no riberanos, no era de rigor en los remotos tiempos en que se construyó el molino que hoy pertenece al señor Pérez.

Y este derecho a utilizar las aguas de uso público puede ganarse por prescripción. Así se infiere lógicamente del artículo 893 del Código Civil, cuando dice:

> "El uso que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren por ella se limita: 1º En cuanto el dueño de la heredad inferior haya adquirido, por prescripción u otro título, el derecho de servirse de las mismas aguas; la prescripción, en este caso, será de ocho años, contados, como para la adquisición del dominio, y correrá desde que se hayan construido obras aparentes, destinadas a facilitar o dirigir el descenso de las aguas en la heredad inferior."

También lo ha sostenido así la Corte Suprema de Justicia. Precisamente en la primera de las nombradas sentencias se reconoció a favor del demandado en ese juicio, señor Leonidas García, la prescripción adquisitiva del uso de las aguas de la quebrada *La Honda,* no obstante carecer de la condición de riberano. La Corte expuso la situación de hecho en que se hallaba dicho señor García:

> "c) En el mes de agosto de mil novecientos veintidós, el señor Leonidas García, demandado en este juicio, desvió el curso de las aguas de *La Honda* por un cauce artificial, construido en la finca de *La Argelia,* con permiso que le otorgó el señor Daniel Cabal, arrendatario de tal hacienda; d) Debido a eso, las aguas de *La Honda,* después de pasar por su cauce natural, de la finca de Ciro Tascón a *La Argelia,* continúan por ese mismo cauce natural, **ya dentro del predio últimamente** mencionado, en una extensión de unos ochenta metros, y en seguida entran a la acequia construída en agosto de mil novecientos veintidós, por Leonidas García, y van por esa acequia hasta el predio de éste, *que no es riberano de la quebrada de "La Honda",* después de atravesar una parte de *La Argelia* y la finca del señor Tascón."

Como se ve, el caso contemplado por la Corte guarda innegable similitud, casi pudiera decirse identidad, con el que se presenta ahora respecto del señor Pérez. La Corte casó la sentencia que había sido proferida por el Tribunal Superior de Buga, y dispuso:

> "Primero. Está probada la excepción perentoria de prescripción propuesta por el demandado, al contestar la demanda en estos términos:

'Propongo y alego la excepción perentoria de prescripción, basado en haber transcurrido un lapso de tiempo más que suficiente, desde que construí las obras necesarias y aparentes para la conducción de las aguas de *La Honda* a mi predio, para haber adquirido por ese medio *el derecho de servirme de ellas en beneficio de mi predio,* de conformidad con la ley civil'."

Para arribar a esta conclusión la Corte hizo un largo y erudito razonamiento, cuya transcripción omite el Consejo en obsequio a la brevedad.

Ahora bien: es innegable que los dueños del molino de *Piedra Parada* desde hace más de cincuenta años se vienen sirviendo de las aguas de la quebrada *Bugacogua,* las cuales se conducen mediante obras aparentes, de ostensible antigüedad, al cuidado de los dueños de dicho molino; luego es innegable que el señor Juan B. Pérez tiene adquirido con creces el derecho a servirse de esas aguas por el modo de la prescripción.

Y no se alegue que lo dicho va contra lo dispuesto en el artículo 2519 del Código Civil, según el cual "los bienes de uso público no se prescriben en ningún caso", porque no se está hablando de la prescripción adquisitiva del dominio, sino de la del uso, entre las cuales hay sustanciales diferencias, como ya lo tiene advertido la Corte, y en todo caso la prescripción no va contra el Estado, sino que ella se predica respecto de los demás usuarios del agua, entre los cuales se halla, en el presente caso, el Municipio de Duitama.

Tercera tesis.

Sí tiene el señor Juan B. Pérez derecho a que se le indemnice previamente de todo perjuicio inmediato que la privación de las aguas le ocasione. Ello es así por expreso y terminante mandato del artículo 893 del Código Civil:

"El uso que el dueño de una heredad —dice el Código— puede hacer de las aguas que corren por ella, se limita: ....3º Cuando las aguas fueren necesarias para los menesteres domésticos de un pueblo vecino; pero en este caso se dejará una parte a la heredad, y se la indemnizará de todo perjuicio inmediato. Si la indemnización no se ajusta de común acuerdo, podrá el pueblo pedir la expropiación del uso de las aguas en la parte que corresponda."

Y que la indemnización debe ser previa no admite duda en presencia de los textos constitucionales que se remiten a la expropiación desde 1886 hasta la Carta en vigor. El texto del artículo 893 quiere decir que o el pueblo que necesita el agua arregla previamente con el usuario el monto de la indemnización, o procede a instaurar el juicio de expropiación, caso en el cual la indemnización también debe ser previa.

Parecen escritas para el caso de autos estas palabras de la Corte, tomadas de la sentencia de 25 de marzo de 1936 *(Gaceta* número 1904, tomo XLIII, página 32):

"El uso que de las aguas pueden hacer los propietarios de predios riberanos, además de sufrir restricciones en cuanto a las personas y en cuanto a la extensión del mismo uso —restricciones de que no se trata en este caso— está limitado por las necesidades de los habitantes de un pueblo vecino. Es una ejemplar subordinación del interés privado al interés general, que tiene su origen, antes que en el ordinal 3º del artículo 893 del Código Civil, en la Carta Fundamental de la República, y si, como toda excepción, es de estricta interpretación, como norma es de preferente y no eludible aplicación.

"La Carta autoriza la expropiación por graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador, con indemnización del valor antes de verificarse la expropiación (artículo 5º, Acto legislativo número 3 de 1910). El legislador tiene como grave motivo, al efecto, el de adquisición de las aguas necesarias para el abastecimiento de las poblaciones o caseríos (Ley 67 de 1926, además de los casos que enumera el artículo 21 de la Ley 21 de 1917).

"Si la indemnización no se ajusta de común acuerdo, dice el Código Civil, podrá el pueblo pedir la expropiación del *uso* de las aguas en la parte que corresponda.

"Quiere decir lo anterior que, según ese sistema, el pueblo, población o caserío, cuando necesite el agua, y si, por otra parte, no tiene de por sí el derecho de riberano (caso en el cual su derecho al uso es por lo menos el mismo de todo riberano), no puede, *manu militari*, sino con sujeción al trámite administrativo-judicial de expropiación, y previa la indemnización que se fije, usar de las aguas en la forma colectiva prevista por el artículo 893 del Código Civil.

"Pero si ello parece indudable, tampoco autoriza para concluír que, cuando una población esté usando de las aguas, debe haber precedido un juicio de expropiación, y que no habiéndolo habido deba suspenderse el uso que de dichas aguas esté haciendo, porque la expropiación no se requiere sino cuando alguien tenga derecho a la indemnización y la haya demostrado, y también suele suceder que se reserve el cobro de su valor para después.

"En efecto, el derecho de indemnización a que se refiere el artículo 893, está limitado; por razón de las personas cuyos predios tengan derecho al uso de que los priva el pueblo, población o caserío; y por razón del *'inmediato perjuicio'*. En principio, las personas dueñas de aguas privadas, y las que se sirvan, con derecho, de aguas de uso público, que se vean privadas de la propiedad del agua, aquéllas, y del *uso* éstas, pueden, no oponerse al preferente uso del pueblo, sino exigir el pago previo del valor de aquello de que se les priva; pero, aunque se hallen dentro de esa categoría de propietarios o de aprovechados de ese uso o servicio, no pueden reclamar sino en el caso de que sufran un inmediato perjuicio.".

Adelante concluye la Corte:

"Queda establecido que el propietario del predio inferior (inclusive, en ciertas ocasiones, el no riberano), tiene contra el pueblo, población o caserío, una acción de indemnización de perjuicios inmediatos cuando demuestre que realmente los sufre con la privación de las aguas, pero que no tiene acción para oponerse al uso que necesita el Municipio, pues el derecho de éste es preferente."

Patente es, de otro lado, el perjuicio que sufre el señor Pérez con la privación del agua. El movimiento del molino por medio de fuerza hidráulica resulta más económico que con el motor que allí tiene establecido su dueño para suplir la falta de fuerza hidráulica en las épocas de estiaje. Por esta razón es endeble el argumento expuesto en la demanda, consistente en sostener que el señor Pérez no sufre perjuicio con la privación del agua por cuanto el molino puede trabajar con el empleo del motor. Como se pudo verificar en la inspección ocular, el motor marca

Munktells, de veinte caballos de fuerza, establecido en el molino, se alimenta de petróleo crudo, y el empleo del combustible resulta más costoso y dispendioso que el aprovechamiento del agua. Por otra parte, tan sólo se trata de averiguar si el señor Pérez tiene derecho a servirse del agua, sin que sea preciso, por el momento, averiguar si para mover el molino se pueden usar sucedáneos de la fuerza hidráulica. Cuando se trate de averiguar el monto o extensión pecuniaria de la indemnización se tendrán en cuenta todas estas circunstancias, mas no ahora en que sólo se ventila la obligación genérica de reparar el perjuicio inmediato.

El señor Pérez tenía pleno derecho a que se le otorgara una merced de aguas, o, mejor, se le legalizara el uso que venía haciendo de ellas, como lo solicitó ante el Ministerio. A propósito es claro el artículo 6º del Decreto 1381 de 1940, que complementa y aclara las disposiciones del Código Civil, antes citado. Dice así:

> "Las mercedes de aguas de que trata este Decreto se otorgarán en favor del pueblo que las haya menester para el servicio doméstico de sus habitantes; en favor de la heredad que carezca de las aguas necesarias para el servicio doméstico, abrevaderos, o para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos; en favor de un establecimiento industrial que las necesite para el movimiento de sus máquinas; y en todos los demás casos que estime conveniente por parte del Gobierno."

Se vio en la inspección ocular que el predio del señor Pérez carece de aguas distintas de las de la quebrada de *Buyacogua* para sus necesidades, y, por tanto, le asistía el derecho de obtener la merced que solicitaba.

Por último, el Gobierno puede condicionar las mercedes que otorga, y no otra cosa hizo con el Municipio de Duitama: le impuso la condición, para otorgarle la merced, de indemnizar previamente al señor Pérez. Y al hacerlo así se conformó el Gobierno en un todo al inciso 2º del artículo 7º del Decreto 1381, que preceptúa:

> "Estas licencias, mercedes, concesiones o permisos los concederá el Gobierno con conocimiento de causa, y en ellos determinará las condiciones y obligaciones a cargo de los permisionarios que estime adecuados para asegurar el logro de los fines que persigue el plan de fomento económico de que trata el Decreto-ley 1157 de 1940."

Las Resoluciones acusadas, pues, se limitaron a conciliar y armonizar intereses encontrados, en conformidad con los fines altamente sociales que inspiran la legislación sobre aguas, y nada tiene el Consejo que objetarles.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, oído el parecer del señor Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *falla:*

No son nulas las Resoluciones números 48 de 16 de abril de 1943, 4 de 14 de enero de 1944 y 37 de 11 de abril de 1944, emanadas todas del Ministerio de la Economía Nacional —Departamento de Aguas y Meteorología, Sección de Concesiones—, y, por tanto, se *niegan* las peticiones de la demanda presentada por el Municipio de Duitama tendiente a obtener la nulidad parcial de dichas Resoluciones.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Uribe Escobar, Gonzalo Gaitán, Tulio Enrique Tascón, Gabriel Carreño Mallarino, Carlos Rivadeneira G., Jorge Lamus Girón—El Conjuez, *Timoleón Moncada R.*—*Luis E. García V.*, Secretario.

JAIME TOBON VILLEGAS
DONACION

Resoluciones ministeriales—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán).

Consejo de Estado—Bogotá, doce de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

El 15 de octubre de 1943, el señor Ministro de Obras Públicas, diciendo obrar "en uso de sus facultades legales", expidió la Resolución número 40, que en lo pertinente dice así:

> "....*Considerando:* 1º Que el doctor Gerardo Molina, en su carácter de Personero Municipal de Bogotá, ha solicitado la autorización de este Ministerio para modificar la localización y dirección de las vías públicas correspondientes al sector urbano de la 'Plaza de Toros', y para enajenar las zonas que actualmente forman parte de esas vías, y que de acuerdo con el plano que al respecto existe, debidamente aprobado por este Ministerio, quedan fuera de esta destinación; y
>
> "2º Que con las modificaciones y enajenaciones cuya autorización se pide no se causa perjuicio de ninguna clase ni a la Nación, ni al Municipio, sino, por el contrario, se obtiene el embellecimiento y mejora de la ciudad, *resuelve:*
>
> "Artículo 1º Autorízase al Municipio de Bogotá para que modifique la localización y dirección de las vías públicas correspondientes al sector urbano de la 'Plaza de Toros', de acuerdo con el plano que al respecto existe, aprobado por este Ministerio.
>
> "Artículo 2º Autorízase igualmente al mismo Municipio para que proceda a enajenar o permutar las zonas que por razón de las modificaciones a que se refiere el artículo anterior dejen de formar parte de las vías públicas que existen en el sector mencionado, de acuerdo con el mismo plano.
>
> "Artículo 3º Esta Resolución rige desde su sanción...."

El doctor Avelino Manotas, en escrito de 24 de agosto de 1944, corregido oportunamente el 14 de septiembre del mismo año, demandó del Consejo de Estado la anulación del acto ministerial preinserto, por ser éste violador "de varias disposiciones constitucionales y legales, entre otras de los artículos 4º y 199 de la Constitución Nacional; 204, 208 y 338 del Código Político y Municipal; 674 y siguientes del Título III, Libo II, del Código Civil, y 1005 del mismo Código".

Como hechos de la demanda, el actor invocó, además del constitutivo de la Resolución acusada, los siguientes:

> "....2º El señor Ministro de Obras Públicas carecía y carece de facultad constitucional o legal para dictar la Resolución transcrita en el hecho precedente, así como también para conferir las autorizaciones consignadas en la misma Resolución.
>
> "3º La Resolución acusada, que autoriza al Municipio de Bogotá para enajenar las indicadas zonas de terreno, viola además

las normas legales prescritas para la enajenación de inmuebles, entre otras el artículo 204 del Código Político y Municipal.

"4º La defensa, guarda y conservación de los bienes de uso público están amparadas no sólo por la Constitución y las leyes, sino también por la Ordenanza número 32 de 1943, expedida por la Asamblea de Cundinamarca, conforme a la cual las autoridades de Policía, entre las cuales se cuenta el señor Alcalde de la ciudad, deben impedir toda detentación de los bienes de uso público.

"5º La Plaza de Toros está ubicada entre las calles 26 y 27 y las carreras 5ª y 6ª de esta ciudad, calles que desde tiempo inmemorial han sido y son de uso público, y las zonas a que se refiere la Resolución hacen parte de las mencionadas calles 26 y 27, entre carreras 6ª y 7ª

"6º Estas zonas no pueden ser enajenadas por ninguna autoridad, porque, como se ha dicho, son partes de las calles 26 y 27, calles que son de uso público.

"7º Menos pueden ser dichas zonas enajenadas a título de permuta por ninguna autoridad, así obre ésta como entidad política o como persona jurídica, toda vez que en esta forma se enajenarían sin dar cumplimiento a las formalidades legales establecidas para la enajenación de inmuebles, nacionales, departamentales o municipales.

"8º Al uso de las indicadas calles 26 y 27 tienen derecho todos los habitantes de la ciudad, a quienes, si la Resolución acusada no es anulada, se les privaría de ese derecho, causándoles con ello un positivo perjuicio, principalmente a los propietarios de los inmuebles en ese sector de la ciudad...."

La acción propuesta por el doctor Manotas fue la prevista en los artículos 62 y 66 de la Ley 167 de 1941.

La Resolución materia de la controversia se publicó en el *Diario Oficial*, y además ha venido en copia completa y auténtica a los autos, como consecuencia del que, para mejor proveer y con autorización de la Sala, se dictó el 26 de junio de 1945.

En el término probatorio se practicaron las pruebas que oportunamente solicitó el demandante.

El Fiscal de la corporación, en su vista de fondo, solicita que se decrete la nulidad demandada.

La competencia.

Aconseja la técnica procesal que antes de abordar el fallador las cuestiones de fondo se cerciore de su competencia. Si no es competente, lógico es que no pueda pronunciarse sobre la materia central del pleito. Solamente afirmando su competencia le es dado penetrar en el fondo mismo de la cuestión debatida.

¿Y qué es lo demandado en el presente caso? La Resolución número 40 de 15 de octubre de 1943, proferida por el Ministerio de Obras Públicas, y por medio de la cual, en síntesis, se autorizó al Municipio de Bogotá para modificar la localización y dirección de algunas calles de la ciudad y permutar las zonas que en virtud del nuevo plan vial dejaran de prestar el servicio de calles.

Conforme al artículo 34 del Código Contencioso Administrativo el Consejo de Estado "conoce privativamente y en una sola instancia de los siguientes negocios:

"....10. De los recursos contencioso-administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, de los Ministros o de cualquiera autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional, que *pongan fin* a una actuación administrativa y que no estén expresamente atribuídos a una jurisdicción distinta;...."

En conformidad, pues, con esta disposición es regla general que todos los decretos, resoluciones o actos del Gobierno Nacional son acusables ante el Consejo de Estado, pero siempre y cuando que *pongan fin a una actuación administrativa.*

Ahora bien: el acto acusado en el presente caso inicia la etapa de una actuación administrativa que debe culminar en un contrato, pero no le pone fin a una actuación; no es tampoco una "providencia definitiva, o de trámite", que decida "directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le ponga término o haga imposible su continuación", para que caiga bajo el radio de acción de la jurisdicción contencioso-administrativa en conformidad con el artículo 82 ibídem.

Pero es más, y este es el argumento principal para concluir que el Consejo de Estado carece de competencia para estudiar la legalidad de la providencia *sui generis* que ha sido demandada: dice el artículo 73 del Código que se acaba de citar:

"No son acusables ante la jurisdicción contencioso-administrativa: 1º Las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo, que tengan origen en un contrato;..."

Claramente se ve de esta disposición legal que el legislador sustrajo expresamente a la jurisdicción contencioso-administrativa no solamente el régimen de los contratos, aunque sean de carácter administrativo, sino todo aquello que pueda tener influencia directa en un contrato. Lo relativo a los contratos, de modo expreso, está adscrito a la justicia ordinaria.

Es innegable que la Resolución acusada se roza íntimamente con un contrato: es la autorización para celebrarlo. Si el consejo de Estado abocara el conocimiento del negocio, forzosamente tendría que resolver cuestiones relativas a la validez o invalidez del contrato, porque, como dicen los expositores, las formalidades fiscales y administrativas que se exigen a los funcionarios para contratar equivalen al consentimiento que prestan las personas naturales al obligarse. Y el consentimiento es uno de los elementos intrínsecos y sustanciales en las contrataciones. Pronunciarse el Consejo sobre esas materias sería invadir campos ajenos, con manifiesta usurpación de jurisdicción y provocando conflictos de jurisdicciones, lo cual le está ostensiblemente vedado.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y en desacuerdo con el concepto fiscal, *declara que no es competente* para resolver sobre la nulidad de la Resolución número 40 de 15 de octubre de 1943, proferida por el Ministerio de Obras Públicas, y, en consecuencia, se *abstiene* de hacer las declaraciones solicitadas en la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Uribe Escobar, Gonzalo Gaitán, Tulio Enrique Tascón, Carlos Rivadeneira G., Guillermo Hernández Rodríguez, Jorge Lamus Girón. Con salvamento de voto: *Gabriel Carreño Mallarino.—Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

DEL CONSEJERO DOCTOR GABRIEL CARREÑO MALLARINO

Me veo en el caso de disentir del parecer de la mayoría de mis colegas en lo tocante a la tesis que ellos sostienen de la incompetencia del Consejo de Estado en el juicio de nulidad de la Resolución número 40 de 15 de octubre de 1943, del Ministerio de Obras Públicas.

Salvo, pues, mi voto así en lo que dice con los fundamentos del fallo, como en lo que se refiere a su parte resolutiva.

La competencia.

Los artículos del acto ministerial acusado dicen así:

> "Artículo 1º Autorízase al Municipio de Bogotá para que modifique la localización y dirección de las vías públicas correspondientes al sector urbano de la 'Plaza de Toros', de acuerdo con el plano que al respecto existe, aprobado por este Ministerio.
>
> "Artículo 2º Autorízase igualmente al mismo Municipio para que proceda a enajenar o permutar las zonas que por razón de las modificaciones a que se refiere el artículo anterior dejen de formar parte de las vías públicas que existen en el sector mencionado, de acuerdo con el mismo plano.
>
> "Artículo 3º Esta Resolución rige desde su sanción...."

La mayoría de la Sala considera que la Resolución transcrita no está sujeta al control jurisdiccional del Consejo de Estado, porque lejos de ponerle fin a la actuación administrativa, apenas la inicia.

A este propósito se invocan en la sentencia que comento los artículos 34 (numeral 10) y 82 de la Ley 167 de 1941.

Sin embargo, el punto administrativo a que se contrajo el acto ministerial no era ni es de aquellos que deben decidirse en varias etapas, sino en una sola. La posterior enajenación que, con base en la facultad otorgada por el Ministerio, efectuó el Municipio de Bogotá en favor del señor Puerto, no fue ni podía ser *ratione materiae* de derecho administrativo, sino de derecho civil. El problema de la competencia no se ha debido examinar, en este caso, a la luz de los citados artículos 34 y 82. La disposición aplicable no es otra que la del artículo 51 de la Ley 167 de 1941, que dice:

> "Artículo 51. Toda contención administrativa para la cual no se hubiere señalado regla particular de competencia en los artículos anteriores o en el Título siguiente, o en ley especial, será decidida por el Consejo de Estado en una sola instancia."

Este artículo es precisamente el que le da competencia al Consejo de Estado en asuntos que, como el de autos, no han sido ni pueden ser resueltos por la Administración en un proceso complejo, sino que por su naturaleza han de resolverse en un acto singular de la autoridad.

Lo que siguió después del otorgamiento de la facultad ministerial fue una actuación civil consistente en enajenar, a título de permuta en favor del señor Puerto, unas calles públicas. Al Consejo no le incumbe, ni

nadie ha pretendido que le incumba, graduar de nulidad o validez la enajenación de inmuebles. Esta clase de actos, aunque el enajenador sea la Nación, se rigen por las normas de la ley civil, y, en otros aspectos, por las del Código Fiscal. Los pleitos que se susciten acerca de los respectivos contratos deben decidirse por la justicia ordinaria.

La mayoría de la Sala sostiene también que la Resolución del Ministerio de Obras Públicas está excluida del control jurisdiccional del Consejo de Estado, en virtud del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo. ¿Por qué? Porque a juicio de la mayoría de esta corporación esa providencia ministerial tuvo origen en un contrato.

Con todo respeto sostengo que esa tesis es de las metafísicamente imposibles. ¿Cómo aseverar que la Resolución número 40, de fecha 15 de octubre de 1943, se originó en un contrato celebrado mucho tiempo después? ¿Cómo admitir, siquiera en hipótesis, que la facultad otorgada para celebrar un contrato es posterior a éste y se origina en él? ¿Cómo, si en el tiempo la Resolución es anterior al contrato, va a decirse ahora que ella se *origina* en el contrato mismo?

Lo que ocurrió fue precisamente lo contrario, es decir, que el contrato de permuta con el señor Puerto se originó en la Resolución ministerial y no ésta en aquél.

Pero se dirá que el caso es sumamente grave; que el Municipio ya vendió las calles; que el adquirente ya construyó en ellas a sus expensas; y, que el acto administrativo de autorización para enajenar no puede ser declarado nulo o válido sin afectar al propio tiempo, favorable o desfavorablemente, el contrato del Municipio.

Pero las razones de conveniencia no deben influir cuando hay que aplicar las leyes. *Dura lex, sed lex.* Si el asunto es grave, como lo es, ¿quién tiene la culpa de esa gravedad? ¿El Consejo, por tener que fallarlo, o el Ministerio, por haberlo suscitado?

Por lo demás, no es cierto que al decidir sobre la validez o nulidad de la Resolución se arrebate a la justicia ordinaria el pleito que pueda surgir por causa del contrato de permuta. Este segundo pleito, si alguien lo inicia, no tiene por qué venir al Consejo de Estado.

Lo deleznable de la tesis de la Sala sentenciadora se pone, además, de manifiesto por sus consecuencias. ¿En qué quedaría la función contencioso-administrativa del Consejo, si para excluir de este control cualquier acto de la autoridad bastase relacionar ese acto en forma accidental con un contrato futuro?

Yo salvé mi voto en el fallo en que el Consejo se declaró inhibido para conocer de una resolución por medio de la cual el Contralor General le exigía al Banco de la República que rindiera cuentas acerca del manejo de las salinas nacionales. Sostuve entonces —y no he cambiado de opinión— que no podía, mediante contratos, eliminarse el control fiscal, y que el Consejo era competente para estudiar la resolución de la Contraloría, porque ésta no se originaba en los contratos de salinas, sino en la Ley 42 de 1923, orgánica de la misma institución.

Pues bien: la competencia del Consejo en el caso actual es todavía más clara e indudable, puesto que la resolución de la Contraloría era posterior a los contratos de salinas, y la del Ministerio de Obras Públicas, sobre la enajenación de calles de Bogotá, es anterior, como se ha visto, al contrato civil de permuta entre el Municipio y el señor Puerto.

La jurisdicción del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo no depende, en manera alguna, del contratismo sobreviviente a los actos de la autoridad.

Resuelto así el punto de la competencia, la corporación, a mi juicio, ha debido decidir el negocio anulando el acto ministerial demandado.

Las razones que abonan mi opinión no son otras que las del proyecto que presenté a la consideración de la Sala, y que ésta —por motivos que respeto pero que no comparto— negó por mayoría de votos.

Ese proyecto, en lo pertinente, decía así:

> "El artículo 674 del Código Civil señala como bienes de la Unión 'aquellos cuyo dominio pertenece a la República'; y agrega que cuando el uso corresponde 'a todos los habitantes de un territorio, como el de *calles, plazas,* puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión, de uso público'; su propiedad es de la Nación, pero el *uso* se ha desmembrado y *pertenece,* como dice el Código Civil, a todos los habitantes.
>
> "El derecho de éstos ha querido protegerlo el legislador con la misma eficacia con que ampara a los legítimos propietarios particulares de bienes raíces. 'La Municipalidad y cualquiera persona del pueblo —dice el artículo 1005 del Código Civil—, tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados'."

El uso público está, pues, amparado en forma no menos efectiva que la propiedad particular.

Según el artículo 4º de la Constitución —que no ha sido reformado—, "el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen únicamente a la Nación". Un ilustrado profesor de Derecho Constitucional comenta esta norma superior en los términos siguientes:

> "....¿Cuáles son esos bienes que forman parte del territorio nacional? En primer lugar, el mar territorial, o sea la distancia de una legua marina, medida desde el límite de las más bajas mareas, y las playas marítimas, o sean las que cubren las aguas del mar cuando más crecen; en segundo lugar, los lagos, los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, salvo las que nacen y mueren dentro de una misma heredad; en tercer lugar, las tierras baldías; en cuarto, las *plazas, calles* y caminos públicos, etc...."
>
> *(Derecho Constitucional,* doctor Tascón, página 32, edición de 1944).

Conviene transcribir las siguientes disposiciones del Código Político y Municipal, que contribuyen a fijar la situación jurídica de los bienes de uso público y en especial de la de las vías *calles* y plazas:

> "Artículo 201. Todo solar perteneciente al común, que exista dentro del área de la población, y que no sea necesario para algún uso público, se podrá vender con las formalidades aquí prevenidas."
>
> "Artículo 208. Las vías, puentes y acueductos públicos *no podrán enajenarse ni reducirse* en ningún caso. Toda ocupación permanente que se haga de estos objetos es atentatoria a los derechos del común, y los que en ello tengan parte serán obligados a restituir, en cualquier tiempo que sea, la parte ocupada y un tanto más de su valor, además de los daños y perjuicios de que puedan ser responsables."
>
> "Artículo 338. Ninguna autoridad podrá conceder permiso para encerrar dentro de cercados u ocupar con cultivos o habitaciones porción alguna de las vías públicas."

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, en sentencia de 26 de septiembre de 1940 *(Gaceta Judicial* número 1961, páginas 254 y siguientes), explicó con bastante claridad el asunto. Dijo entonces la Corte:

> "....Los bienes del Estado son o de uso público o fiscales. A estos últimos se les llama también patrimoniales. Una granja, por ejemplo, es un bien de esta clase. El Estado los posee y administra como un particular. Son fuentes de ingresos, y como propiedad privada están sometidos al derecho común. Los primeros, los de uso público, son aquellos cuyo aprovechamiento pertenece a todos los habitantes del país, como los ríos, *las calles,* los puentes, los caminos, etc. Los bienes de uso público lo son por naturaleza o por el destino jurídico; se rigen por normas legales y jurídicas especiales, encaminadas a asegurar cumplida satisfacción en el uso público. Son inalienables, como que están fuera del comercio, e imprescriptibles, 'mientras sigan asignadas a la finalidad pública y en los términos en que esta finalidad pública lo exija'...."

Los expositores Planiol y Ripert, en el primer tomo del *Tratado Elemental de Derecho Civil,* página 1034 *in fine,* después de rastrear los orígenes de la institución y de argüir en pro de la diferencia clásica entre bienes fiscales y bienes de uso público —diferencia que existe desde el Derecho Romano—, conceptúan que los de la segunda clase son inalienables e imprescriptibles mientras dure el uso colectivo. Este puede cesar: 1º Por un fenómeno natural como cuando un río cambia de rumbo o cuando el mar se retira a consecuencia de un depósito de aluviones, pues entonces el terreno abandonado por las aguas sale del dominio público y se convierte en alienable y prescriptible; 2º Por un acto de la autoridad llamado de *déclassement* o desafectación, cuando en tratándose de calles o rutas o fortificaciones, éstas llegan a ser *inútiles.*

¿Qué autoridad puede válidamente desafectar una calle o plaza, es decir, quitarle el carácter de bien de uso público en Colombia?

El propio Código Civil responde a esta pregunta diciendo:

> "El uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, *corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos,* en ríos y lagos, y generalmente en todos los bienes de la Unión, de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de *este Código* y a las demás que sobre la materia contengan las leyes." (Artículo 678).

Guillermo Varas, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile y abogado del Municipio de Santiago, en su obra intitulada *Nociones Generales de Derecho Administrativo* (edición Nascimento, Santiago, 1940), dice sobre el mismo tema lo siguiente:

> "Ni el Estado, ni las Municipalidades pueden disponer de los bienes públicos, *sino por una ley* que manifieste la voluntad de la Nación al respecto. En este caso se opera lo que se llama la 'desafectación' o sea que el bien público pierde su carácter de tal y pasa al dominio privado, siempre que no se trate de aquellos bienes que por su naturaleza no pueden ser desafectados. Las leyes de desafectación deben consultar disposiciones tales que, al desafectar un bien público, no lesionen los derechos de los particulares, como ocurriría con una ley que desafectara una calle y dejara a todos los propietarios colindantes y con frente a

> ella, sin salida para sus casas. En este caso, la ley de desafectación debe ordenar la expropiación previa de los predios que se encuentren afectados en esa forma...." (Página 176 *in fine).*

En consecuencia, es al legislador a quien incumbe en Colombia, lo mismo que en Chile, privar del carácter de bien de uso público una calle o camino.

Las autoridades y los funcionarios, en su condición de tales, sólo pueden hacer aquello para lo cual han sido expresamente autorizados por la Constitución, o por leyes, ordenanzas o acuerdos que no pugnen con la Constitución misma.

Como se ha visto, lejos de existir norma alguna superior que permita al Ministerio de Obras Públicas autorizar al Municipio de Bogotá para variar la localización y dirección de las vías públicas y enajenarlas, en todo o en parte, lo que está vigente es el artículo 338 de la Ley 4ª de 1913, que contiene una terminante prohibición al respecto.

Las calles y plazas, por ser de uso público, están fuera del comercio, según lo dicho por la Corte en la jurisprudencia transcrita.

Para enajenar o autorizar la enajenación de una calle es necesario volver a ponerla en el comercio, por medio de un acto válido *de desafectación,* expedido en forma de ley por el Congreso Nacional, ya que se trata de bienes cuyo dominio no corresponde a los Departamentos ni a los Municipios. En el propio acto débese también resolver, a lo menos en principio, el problema de las indemnizaciones que con arreglo a la justicia conmutativa hayan de decretarse en favor de las personas particulares perjudicadas a causa de la supresión total o parcial de la calle pública.

En este punto es bueno recordar lo dispuesto en el artículo 1521 del Código Civil:

> "Hay —dice este artículo— un objeto ilícito en la enajenación.... de las cosas que no están en el comercio...."

En consecuencia, las autorizaciones contenidas en el acto ministerial acusado, sin que hubiera precedido la *desafectación* del bien de uso público, no podían ni pueden ejercerse por recaer sobre un objeto ilícito.

Los bienes de uso público tampoco pueden prescribirse "en ningún caso" (artículo 2519 del Código Civil).

Cuando un particular adquiere el dominio de un bien inmueble urbano, lo hace generalmente en atención al sitio que éste ocupa y a las calles o vías de acceso. Un terreno de esquina vale más que otro de un solo frente, y uno situado en una vía central tiene mayor valor que otro colocado en los extramuros de la ciudad. Por tanto, al prescindirse de un calle, en todo o en parte, es evidente que los particulares propietarios de los respectivos sitios padecen un notorio menoscabo en sus patrimonios. De ahí que el acto de desafectación de un uso público deba ir precedido de las necesarias indemnizaciones.

Tuve ocasión de examinar concienzudamente la Ley 1ª de 1943 (febrero 5), "por la cual se otorgan ciertas facultades a algunos Municipios y se dictan otras disposiciones". El resultado de ese examen ha sido en un todo desfavorable a la validez de la Resolución ministerial materia de la controversia.

En efecto: en el artículo 1º de dicha Ley se declaran de utilidad pública, entre otras obras, las de la apertura o ampliación de calles en las capitales de los Departamentos y en ciudades cuya población sea o exceda de 25.000 habitantes. *Abrir* o ampliar una calle es lo contrario de suprimirla. No existe, pues, en este artículo la más leve sombra de res-

paldo para el acto acusado. En los artículos siguientes se autoriza a los referidos Municipios para decretar las *expropiaciones* necesarias en orden a los fines previstos en el artículo 1º Mas, por el texto y el contexto de estas normas de la Ley 1ª de 1943, se echa de ver, sin mayor esfuerzo, que el legislador tuvo en mente la expropiación de inmuebles particulares y no la de bienes de uso público. Esto se confirma en vista de que si se hubiera querido autorizar el cambio de rumbo de las calles ya existentes o la supresión total o parcial de algunas de ellas, entonces habría sido ineludible incluir en la misma Ley 1ª de 1943 o en alguna otra, una norma clara y precisa de *desafectación* en lo tocante al uso público de las calles que se iban a suprimir. Pero, no habiendo mediado, como no medió, tal *desafectación*, mal puede entenderse que en las facultades de que trata aquella Ley quedó implícita la de enajenar en todo o en parte las vías públicas del Municipio de Bogotá.

En la parte motiva de la Resolución 40 se dice que con las modificaciones y enajenaciones de las calles en el sector de la Plaza de Toros "no se causa perjuicio de ninguna clase ni a la Nación, ni al Municipio, sino, por el contrario, se obtiene el embellecimiento y mejora de la ciudad". No se tuvo, pues, en cuenta por el Ministerio el perjuicio a que podían quedar expuestos los propietarios particulares con la supresión parcial de una calle. Además, el embellecimiento y mejora de la ciudad en el sector de la Plaza de Toros no se alcanzó en el grado en que lo esperaba la ciudadanía, precisamente porque el Municipio, con base en la Resolución acusada, procedió a enajenar a particulares una fracción de la calle aledaña a dicha Plaza. De este modo se cerró en ese paraje la perspectiva, lo que dio lugar a protestas de la opinión pública, como fue notorio.

El artículo 4º de la Ley 97 de 1913 dice que "corresponde a los Concejos Municipales disponer lo conveniente sobre el *trazado, apertura, ensanche* y *arreglo* de las calles de las *poblaciones* y *caseríos*...."

Al debatirse en Sala el presente negocio, se llegó a pensar por un momento que este artículo facultó a los Cabildos para desafectar aquellas calles que llegasen a ser innecesarias y para disponer luégo la enajenación de las mismas.

Sin embargo, la norma transcrita se refiere a poblaciones y caseríos, y habla del "trazado, apertura y ensanche", pero no de la supresión total o parcial de las calles. Bogotá no es una población ni un caserío: es la capital de la República. Además, cuando el legislador habló de trazado, ensanche y apertura de vías en los caseríos y poblaciones, no pudo, en sana lógica, prever que se iban a suprimir las calles ya existentes, sino que éstas se iban a ensanchar y arreglar, y que era necesario *trazar otras nuevas*, según lo fuese exigiendo el natural desarrollo y progreso de tales poblaciones y caseríos.

Yo mismo examiné, en el Archivo del Congreso Nacional, la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 97 de 1913. El proyecto de ley lo presentó en la Cámara Alta el Senador José Vicente Concha. El primer artículo original decía:

> "Los Concejos Municipales de los Distritos capitales de los Departamentos pueden crear libremente los siguientes impuestos y contribuciones, además de los existentes hoy: ....g) *Impuesto de delineación*, en los casos de construcción de nuevos edificios o de refección de los existentes...."

Ni en este artículo ni en los otros del proyecto se insinuó siquiera la atribución de *desafectar* y enajenar vías públicas.

Con anterioridad al informe para segundo debate, en el Senado, el Alcalde de Bogotá sugirió a la corporación que adicionase el preinserto *inciso g)*, así:

> "Los Concejos Municipales de que trata esta Ley (es decir, los de las capitales de Departamento), quedan autorizados, cuando sea necesario, para *enajenar* secciones de las zonas de las vías públicas para su alineamiento y para dictar los acuerdos en desarrollo de esta facultad." (Véanse páginas 116 y 121 de los antecedentes. Tomo 275).

El Senador Julio Zapata, redactor del informe, prohijó la adición y pidió que con ella se le diera segundo debate al proyecto (agosto 22 de 1913).

Llegado éste a la Cámara, la adición fue negada. (Véase página 109 ibidem). Algún Representante propuso entonces esta otra:

> "....Los Concejos Municipales quedan autorizados para *enajenar la parte de calle pública que resulte sobrante* al hacer la alineación." (Véase página 106 ibidem).

Esta adición también fue negada por la Cámara, la cual propuso en cambio un artículo nuevo, que vino a ser el 4º de la Ley 97 de 1913. El Senado aprobó el proyecto de ley tal como fue remitido de la Cámara.

Así, pues, de los antecedentes auténticos de la Ley 97 de 1913, resulta:

Que hubo dos modificaciones sustanciales al artículo 1º del proyecto del doctor Concha. La una, que otorgaba facultades sobre trazado y apertura de calles a los Cabildos de las poblaciones y caseríos, sin llegar a conferírselas a las *capitales de los Departamentos*. Esta modificación prevaleció en el texto definitivo de la Ley. La otra reforma fue aquella en virtud de la cual se quiso autorizar a los Ayuntamientos para *enajenar* las calles que llegasen a ser inútiles a causa de futuras *alineaciones*. Esta reforma —a diferencia de la anterior—, fue negada rotundamente, no una sino dos veces, por la Cámara, y, en consecuencia, no pudo ni podía convertirse en ley de la República.

La conclusión exacta e irrebatible de tales antecedentes es la de que el legislador, lejos de autorizar a la sazón a los Municipios para enajenar en todo o en parte las vías públicas, obró en forma claramente contraria a semejante propósito. La Ley 97 de 1913 no desafectó, pues, ni facultó a nadie para que desafectase las calles de las *ciudades* y menos aún las de Bogotá.

El artículo único de la Ley 62 de 1919 dijo:

> "Autorízase al Poder Ejecutivo para que pueda vender las fajas que habiendo sido parte de caminos de propiedad de la Nación hayan dejado de prestar aquel servicio...."

Aun suponiendo por un instante, y sólo en gracia de discusión, que esta norma relativa a caminos de propiedad nacional fuera aplicable a calles de uso público de las ciudades, ella tampoco serviría de base a la Resolución acusada, porque ésta es apenas ministerial, y la autorización de que se trata no fue otorgada a los Ministros sino al *Poder Ejecutivo*. Nadie ignora que tal Poder lo forman, en cada caso, el Presidente de la República y el Ministro del ramo.

Pero, aunque la facultad de vender los caminos nacionales inútiles se hubiese dado al Ministerio de Obras Públicas, no habría podido ese Despacho delegarla en un Municipio, puesto que dicha facultad no contiene en forma expresa la de sustituír. Las autoridades, ya sean del orden nacional, departamental o municipal, sólo pueden hacer aquello para lo cual se les ha conferido atribución clara y expresa.

No satisfecho todavía con el análisis precedente, me trasladé por segunda vez a los Archivos del Congreso de la República, y estudié allí, con el mayor detenimiento, la historia fidedigna de la mencionada Ley 62 de 1919. El Senador Victoriano Vélez fue quien, el 25 de julio de ese año, presentó, como autor, a la consideración de la Cámara Alta el proyecto que a la letra decía:

> "Los bienes de uso público que dejen de prestar el servicio al cual se destinaron podrán enajenarse por la entidad política a que pertenezcan, de acuerdo con las reglas comunes."

En esa forma el proyecto fue aprobado por el Senado en los tres debates reglamentarios. Si el texto original transcrito hubiera llegado a ser el definitivo de la Ley 62 de 1919, ésta habría sido una verdadera ley de desafectación, no sólo de fajas innecesarias de caminos nacionales, sino, en general, de todo bien de uso público que con el tiempo llegase a ser inútil para el servicio de los habitantes. Pero la Cámara Baja no aceptó, en su forma original, el proyecto del Senador Vélez, y antes bien, lo devolvió al Senado con dos modificaciones restrictivas fundamentales: fue la una la de cambiar el verbo *enajenar* por el de *vender;* y fue la otra la de sustituír la expresión genérica *bienes de uso público* por la especifica de *fajas que han sido parte de caminos nacionales.*

Para aceptar el proyecto así modificado, la Cámara dio como razón que "con mucha frecuencia se observa que fracciones o partes de caminos en los Municipios, sin uso, se convierten en muladares o en verdaderos focos de infección.... y no podrán ser enajenados conforme al Código Político y Municipal, pero que sí deben serlo en *determinados casos,* como lo establece el proyecto".

No quiso, pues, el legislador abarcar en esta autorización de venta todos los bienes de uso público sino que prefirió limitarla al caso de fajas inútiles de los caminos nacionales.

Ahora bien: jurídicamente hablando, y en especial a la luz de la legislación colombiana, no es admisible establecer equivalencia o sinonimia entre la palabra *camino* y la palabra *calle.* ¿Por qué? Porque el propio legislador, en el Código Civil, ha hablado de calles, plazsa y caminos como de *especies distintas* del género bien de uso público. (Véanse a este propósito los artículos 674 y 678, entre otros, del Código Civil).

Oportunamente se practicó dentro del juicio una inspección ocular, cuyo resultado consta en el acta de 24 de noviembre último (folio 12, cuaderno principal), y fue el siguiente:

> "El Secretario *ad hoc* procedió luégo a dar lectura al memorial de pruebas en lo referente a la inspección ocular, y el personal de la diligencia pudo ver lo siguiente: 1º Que la Plaza de Toros de Santamaría, así como las obras de ampliación de ésta, están comprendidas entre las calles 26 y 27 y las carreras 6ª y 7ª; 2º Que dichas calles 26 y 27 hacia el Oriente, al formar el ángulo con la carrera 7ª, las tiene el señor Antonio Puerto encerradas con paredes de ladrillos; 3º Que el cerramiento mencionado priva al público del uso de dichas vías en el sector

indicado, o sea en la parte que forma el ángulo con la carrera 7ª, y 4º Que en el sector de la calle 27, entre carreras 6ª y 7ª, existió un pavimento de asfalto, pues todavía quedan allí pedazos del referido pavimento. El personal de la diligencia observó, y el demandante doctor Manotas hizo constar, que dentro del cerramiento que interrumpe el ángulo que forman las calles 26 y 27, entre las carreras 6ª y 7ª, existe todavía un poste con sus cables, de los que se usan para el servicio público de luz y teléfono...."

Hasta aquí la inspección ocular.

El Consejo de Estado ha debido, a mi parecer, decidir el negocio en el fondo, anulando en todas sus partes la Resolución ministerial acusada.

Bogotá, trece de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

Gabriel Carreño Mallarino.—Luis E. García V., Secretario.

Decretos del Gobierno—Suspensión provisional

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

(Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán).

Admítese, por venir en su forma arreglada a la ley, la anterior demanda sobre declaración de nulidad del primer inciso y el parágrafo 1º del artículo 6º del Decreto ejecutivo número 1471 de 1932, presentada por el doctor Jaime Rodríguez Fonnegra.

Comuníquese al Gobierno por conducto del Ministerio respectivo.

Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público.

Fíjese el negocio en lista por el término de cinco días para los efectos legales (artículo 126 del Código Contencioso Administrativo).

Como en la demanda se solicita también la suspensión provisional de las disposiciones acusadas, para resolver se considera:

La disposición acusada está concebida en los siguientes términos:

> "Artículo 6º No es necesario para el derecho a la jubilación que el empleado u obrero cumpla la edad de cincuenta y cinco años, hallándose al servicio de una empresa ferroviaria. Por tanto, el empleado u obrero que después de haber trabajado durante veinte años en empresas ferroviarias se retire o sea despedido del servicio sin haber cumplido cincuenta y cinco años de edad, tendrá derecho, al llegar a dicha edad, al pago de la pensión de jubilación que le corresponda de conformidad con la Ley 1ª de 1932 y el presente Decreto.
>
> "Parágrafo 1º El Consejo Administrativo de Ferrocarriles podrá hacer anticipos a cuenta de la pensión vitalicia de jubilación a aquellos de sus empleados y obreros que al momento del retiro hayan servicio veinte años o más, pero que no tengan edad requerida por la ley para disfrutar de la mencionada pensión. Estos anticipos podrán deducirse de la pensión que luégo se reconozca, una vez cumplida la edad legal requerida, con una cuota mensual del veinte por ciento de la pensión que se decrete."

Estas, que son las únicas disposiciones acusadas, pertenecen a un decreto que típicamente tiene el carácter de decreto reglamentario. Reglamenta él la Ley 1ª de 1932, la cual otorga ciertas prestaciones sociales a los empleados y obreros de los ferrocarriles. El artículo básico, y que se relaciona íntimamente con las peticiones y razonamientos de la demanda, es el 1º, redactado así:

> "Todo empleado u obrero de edad no inferior a cincuenta y cinco años, que haya servido por espacio de veinte años, continua o discontinuamente, a una empresa ferroviaria oficial o particular, tiene derecho a que ésta le pague, en el caso de su retiro, una pensión mensual vitalicia de jubilación, según la escala siguiente:

"Los que ganen $ 30 o menos, recibirán el sueldo íntegro.

"Los que ganen más de $ 30, recibirán $ 30, más $ 0.75 por cada peso más de sueldo, hasta $ 50.

"Los que ganen más de $ 50, recibirán $ 45, más $ 0.50 por cada peso más de sueldo, hasta $ 80.

"Los que ganen más de $ 80, recibirán $ 60, más $ 0.25 por cada peso más de sueldo, hasta $ 240.

"Los que ganen más de $ 240, recibirán $ 100, que es el máximo de las prestaciones a que obliga esta Ley.

"Las disposiciones de este artículo se hacen extensivas a los empleados y obreros de las condiciones antedichas, que hubieren sido despedidos o se hubieren retirado de las empresas ferroviarias nacionales durante el año anterior a la fecha de la vigencia de la presente Ley."

La Ley 1ª de 1932 fue reformada o modificada parcialmente por la 49 de 1943, pero en cuanto a los requisitos para obtener la gracia la dejó intacta.

Dos objeciones fundamentales hace el actor a las disposiciones que acusa: una, de orden constitucional y otra de carácter legal. En cuanto a la primera, afirma que el Gobierno excedió la potestad reglamentaria que le otorga la Constitución, pues no se limitó a dar las reglas para la cumplida ejecución de la Ley, sino que amplió el sentido de la Ley con el establecimiento de una verdadera norma que sólo podía dar el legislador.

Respecto de la segunda objeción, sostiene el demandante que el Gobierno infringió la propia disposición legal, que pretendía reglamentar con la ampliación que restrictivamente había fijado el legislador para que el empleado u obrero se hiciese acreedor a la gracia.

Ha dicho el Consejo en múltiples jurisprudencias que la benéfica institución de la suspensión provisional sólo procede cuando, en tratándose de la acción pública, popular o ciudadana, aparece un choque manifiesto, claro, patente, ostensible entre el acto acusado y una norma de carácter superior que deba respetarse. Los actos administrativos llevan en sí implícita una presunción de legalidad. Debe suponérseles conformes con las disposiciones superiores en la jerarquía de la legislación. Unicamente cuando es flagrante la oposición es procedente la suspensión provisional, porque de lo contrario podría paralizarse la acción administrativa con argumentos de mayor o menor fuerza en un simple auto dictado sin que se hayan producido pruebas, sin que se hayan oído los alegatos de las partes, etc., etc. La sentencia definitiva ofrece el lugar apropiado para resolver las cuestiones de fondo planteadas en el debate. Lo contrario sería un manifiesto y flagrante prejuzgamiento de la cuestión central del pleito.

En tesis general, las argumentaciones del actor son perfectas: ya ha dicho el Consejo también en reiterada jurisprudencia y siguiendo el texto constitucional y las enseñanzas de Jeze, que la potestad reglamentaria tiene por fin darle vida práctica a la ley a efecto de obtener su fácil ejecución. El legislador da la norma abstracta y el Gobierno, que debe cumplirla, está autorizado para señalar el camino que debe seguirse en su ejecución, llenando los vacíos que el legislador no podía prever, y, en fin, supliendo los detalles que resultan impropios en las leyes. Pero le está vedado al Gobierno, en función de la potestad reglamentaria, legislar, es decir, dictar normas nuevas, preceptos no incluidos ni implícita ni explícitamente en la ley reglamentada.

Mas, al reducir los aceptables razonamientos del actor al caso concreto planteado en la demanda, la oposición manifiesta entre el acto

acusado y la Constitución, de una parte, y la ley reglamentada, de la otra, no aparece en forma tan clara que autorice una suspensión provisional. Para llegar a ella es preciso desentrañar el sentido del artículo 1º de la Ley 1ª de 1932, no con un criterio meramente gramatical, sino científico, y los razonamientos que a tal efecto se hagan sólo son propios del fallo definitivo.

El Consejo de Estado, en más de doce años, ha venido aplicando las disposiciones acusadas sin contradicción, porque las ha estimado conformes a la ley, y aunque es verdad que no se ha detenido en un estudio de fondo, el constante cumplimiento está diciendo paladinamente que tales disposiciones no son tan abiertamente ilegales e inconstitucionales. Caso excepcional sería que uno siquiera del numeroso personal de Consejeros no hubiera advertido la ilegalidad de la disposición, ilegalidad que tampoco ha advertido el Gobierno, no obstante el frecuente cambio del personal encargado de decretar las pensiones.

Se ha considerado siempre que la base primordial para obtener la pensión es el tiempo de servicio. La ley no dice cuándo se debe haber cumplido la edad, si en el servicio o posteriormente a él, o si en ambos casos hay derecho a la pensión; y al Gobierno sí le es dado, sin salirse de la potestad reglamentaria, proveer sobre lo que implícitamente esté contenido en la ley. La ley no suele emplear las locuciones "ex-empleado", "ex-obrero", que es uno de los argumentos de la demanda, para concluir que se necesita tener el carácter de empleado u obrero al llegar a los cincuenta y cinco años. Por lo demás, y así lo dicen textos expresos, la legislación social debe interpretarse con amplitud en beneficio de los agraciados.

Si, pues, no existe, *prima facie*, ilegalidad o inconstitucionalidad en las disposiciones acusadas, debe negarse la suspensión provisional y reservarse el estudio de fondo para la sentencia definitiva.

Por lo expuesto, *se niega* la suspensión provisional impetrada.

Notifíquese.

Gonzalo Gaitán.—Luis E. García V., Secretario.



Electorales.—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán).

Consejo de Estado—Bogotá, veintiuno de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

El día 1º de agosto retropróximo se presentó ante la Secretaría de esta corporación la siguiente demanda:

"Yo, Saúl Luna Gómez, varón, mayor, vecino, domiciliado en esta ciudad, Edificio de la Bolsa números 314 y 315, abogado titulado e inscrito, atentamente manifiesto a usted lo siguiente:

"Hechos.

"1. El Gobierno envió a la honorable Cámara de Representantes las ternas respectivas para la elección de Magistrados de la Corte Suprema del Trabajo, en las segundas sesiones extraordinarias de 1945, con el personal que consta oficialmente.

"2. La Cámara de Representantes, en su sesión de fecha 18 de julio del presente año, eligió a los señores doctores Luis Alberto Bravo, Cástor Jaramillo Arrubla y Ricardo Sarmiento Alarcón, para el cargo de Magistrados de la Corte Suprema del Trabajo.

"3. Con anterioridad a la fecha de la elección los doctores Ricardo Sarmiento Alarcón y León Cruz Santos, que figuraban en una de las ternas presentadas por el Ejecutivo Nacional a la Cámara de Representantes para la elección referida, renunciaron irrevocablemente la postulación de sus nombres en dicha terna, de lo cual fue enterada oportunamente la honorable Cámara de Representantes y el Gobierno.

"4. No obstante la renuncia de los doctores mencionados, y no obstante que la del doctor Sarmiento Alarcón fue de carácter irrevocable, la Cámara de Representantes eligió en la fecha correspondiente al doctor Ricardo Sarmiento Alarcón para el cargo de Magistrado de la Corte Suprema del Trabajo.

"Demanda.

"Con fundamento en los hechos expuestos y en ejercicio de la acción pública electoral, demando ante el Consejo la nulidad del acto por el cual la Cámara de Representantes eligió al doctor Ricardo Sarmiento Alarcón para el cargo de Magistrado de la Corte Suprema del Trabajo, y la declaración de elección del mismo, todo lo cual debe tramitarse por la vía del procedimiento consagrado en el Capítulo 20 del Título 4º de la Ley 167 de 1941.

"Disposiciones violadas.

"Esta demanda se funda en la violación de los artículos 63 de la Ley 6ª de 1945 y 1º del Decreto ejecutivo número 1308 del mismo año, y disposiciones legales concordantes del Código de Elecciones y sus leyes reformatorias y adicionales.

"Concepto de violación.

"Las disposiciones legales disponen que no pueden ser elegidos para los cargos aludidos sino los ciudadanos que tengan las condiciones legales correspondientes.

"Por otra parte, cuando la Constitución y la ley ordenan la elección, de ternas presentadas por el Ejecutivo Nacional, exigen que estas listas estén integradas por personas que tengan las condiciones constitucionales y legales para desempeñar los cargos respectivos, y que aquéllas estén formadas por ciudadanos que quieran aceptar tales cargos. Cuando cualquiera de las ternas postuladas se desintegra, ya por incapacidad de uno de los ternados, o por renuncia de alguno o algunos de ellos, debe procederse a la formación de nuevas ternas para que se cumpla estrictamente el mandato constitucional y legal. La Cámara de Representantes procedió a la elección de Magistrados de la Corte Suprema del Trabajo, cuando tenía en su conocimiento la renuncia irrevocable de los doctores Ricardo Sarmiento Alarcón y León Cruz Santos, y sin embargo se precipitó a hacer la elección sobre grupos de nombres que no constituían ternas, porque éstas se hallaban desintegradas por las referidas renuncias.

"Fundo mi demanda en los artículos 189 y siguientes de la Ley 167 de 1941."

A la demanda se le dio el trámite reglamentario, y recibido el alegato del actor y la vista fiscal, se procede a fallar, no sin advertir que por haber sido rechazado por la mayoría el proyecto presentado por el señor Consejero sustanciador, doctor Carreño Mallarino, correspondió la redacción de la sentencia al Consejero que seguía en turno.

La cuestión de hecho no se discute. Efectivamente, está comprobado que en la terna que el Gobierno envió a la Cámara para que esta corporación eligiera uno de los Magistrados de la Corte Suprema del Trabajo se incluyó el nombre del señor doctor Ricardo Sarmiento Alarcón; igualmente, está demostrado que el doctor Sarmiento "renunció en forma irrevocable a la abrumadora expectativa de ser elegido para tan ponderoso cargo", y a pesar de ello, la Cámara lo eligió.

Dispone el artículo 62 de la Ley 6ª de 1945:

"La Corte Suprema del Trabajo se compondrá de tres (3) miembros elegidos por la Cámara de Representantes, de ternas que le someterá el Presidente de la República, quien, a su turno, las formará de cada una de las listas que le presenten las asociaciones patronales y de las que le propongan las organizaciones de trabajadores, además de otra terna que formará libremente...."

De conformidad con esta disposición, las plazas de la Corte Suprema del Trabajo se proveen, no mediante una elección simple y directa, sino mediante una elección compleja, de segundo grado. La formación de la terna por el Gobierno constituye la primera etapa de este proceso elec-

toral, y la elección o escogencia de la Cámara, la segunda. Pero todo culmina en la designación que haga la Cámara. Desde luégo, el elegido para desempeñar el cargo puede renunciarlo por no ser éste uno de los empleos de forzosa aceptación. Mas la simple inclusión o proposición en una terna no es renunciable por la muy sencilla razón de que no hay qué renunciar. *Renunciar*, conforme al Diccionario de la Real Academia Española, es, en su primera acepción, "hacer dejación voluntaria, dimisión o apartamiento de una cosa que se tiene, o del derecho y acción que se puede tener". Y el individuo incluído en una terna no tiene derecho propiamente a ser elegido. Simplemente tiene una posibilidad, más o menos probable, una aptitud un poco concreta para ser elegido, como la tienen en forma mucho más remota para ser elegidos Presidentes de la República los ciudadanos que reúnan las calidades constitucionales para tan elevado cargo, o como existe en los abogados titulados, en forma un poco menos remota, para ser elegidos Jueces de Circuito, pero siempre es una simple posibilidad, más o menos probable, más o menos remota, porque, se repite, ni el individuo incluído en la terna tiene derecho a ser elegido, ni la Cámara tiene obligación de elegirlo. Así, pues, se advierte una ausencia de materia sobre que deba versar la renuncia. Se renuncian empleos, pero no posibilidades de ser empleado.

Cosa distinta sería si uno o más de los individuos de una terna, en el momento de formarla, careciese de las condiciones legales para ser elegido, porque en este caso no habría ternas, desde luégo que en sentido jurídico terna no quiere decir únicamente conjunto de tres personas, sino que estas tres personas deben ser elegibles. Y un individuo que renuncia su postulación en una terna es elegible si reúne las condiciones exigidas por la ley. Otra cosa es que una vez elegido no acepte o renuncie el cargo.

Como bien lo dice el demandante en su alegato de conclusión, "dentro de un régimen libre y democrático las ternas son un procedimiento de colaboración entre dos Ramas del Poder Público, para realizar ciertas elecciones o designaciones". Y esta colaboración se cumplió en el caso de autos: por parte del Gobierno, al cumplir la función de enviar la terna compuesta de ciudadanos aptos para ser elegidos, y por parte de la Cámara, al escoger a uno de ellos. Si el escogido no acepta o renuncia, lo que bien puede hacer, desde luégo que ya tiene algo tangible qué renunciar o no aceptar, ejercita simplemente su libertad, pero el propósito de la ley se ha cumplido.

La corporación que debe hacer el nombramiento, en caso de que se presente una o más renuncias, puede, si lo tiene a bien, pedir que se reintegre la terna, pero no está obligada a ello, lo cual no le quita su facultad de escoger entre los tres, pero en ningún caso la elección recaída en uno de los individuos que hayan renunciado está viciada de nulidad, porque bien sabido es que las causales de nulidad, tanto en derecho privado como en derecho administrativo, son taxativas y en parte alguna se ha erigido en causal de nulidad la elección o nombramiento de un individuo que ha expresado su voluntad de no aceptar.

Por lo demás, la tesis contraria se prestaría a abusos que en todo caso deben de evitarse. En efecto: siempre que se pasa una terna a una corporación, antes de la elección pública se acuerda en junta privada el elegido, y de ordinario siempre se sabe con anterioridad quién va a ser elegido, y los candidatos derrotados podrían desintegrar la terna mediante renuncias hechas inmediatamente antes de la elección, bien con el ánimo de mortificar al acordado, o bien con el propósito de es-

torbar la elección, propósito que en ocasiones podría ser de gravísimas consecuencias, verbigracia, si la elección se ha señalado para los últimos días antes de clausurarse el Congreso.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, *niega* las peticiones de la demanda de que se ha hecho mérito.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Uribe Escobar, Gonzalo Gaitán, Tulio Enrique Tascón, Jorge Lamus Girón, Guillermo Hernández Rodríguez, Carlos Rivadeneira G. Con salvamento de voto: *Gabriel Carreño Mallarino.—Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

DEL DOCTOR GABRIEL GARREÑO MALLARINO

Según consta en los *Anales de la Cámara de Representantes* (serie I, número 40), dicha corporación eligió el 18 de julio último los tres (3) Magistrados que, de acuerdo con el articulo 62 de la Ley 6ª de 1945, deben formar la Corte Suprema del Trabajo. La elección se hizo de sendas ternas presentadas por el Presidente de la República en la forma prevista en el referido artículo.

En el número correspondiente al 16 de julio de 1945, de los mismos *Anales de la Cámara*, es decir, dos dias antes de la elección de tales Magistrados, se publicó la renuncia irrevocable del doctor Ricardo Sarmiento Alarcón, quien figuraba en una de las ternas; y al dia siguiente, o sea el 17, se publicó una nota del doctor León Cruz Santos (otro de los candidatos de la misma terna), en que pidió a la Cámara que prescindiera de su nombre "al hacer la escogencia de quien deba recibir tan alta investidura judicial".

No obstante las dos citadas renuncias, la Cámara de Representantes eligió de una de las tres ternas al doctor Ricardo Sarmiento Alarcón.

Para demostrar que la Cámara, al elegir al doctor Sarmiento Alarcón, a pesar de las previas renuncias de éste y de su otro compañero de terna, doctor Cruz Santos, quebrantó las supradichas normas de la Ley 6ª de 1945 y de su decreto reglamentario, el demandante, doctor Saúl Luna Gómez, se apoya en un punto incontrovertible, cual es el de que esa terna, en el momento de la elección, se hallaba ya desintegrada. Es decir, en ese momento ya no habia terna; y, en consecuencia, la Cámara ha debido informarlo asi al Gobierno para que la reintegrase, a lo menos, en cuanto a los dos (2) nombres que habian quedado eliminados. No lo hizo asi; luego incurrió, al hacer la elección del doctor Sarmiento Alarcón, en una clara violación de la letra y del espíritu de las normas superiores señaladas en la demanda.

No han sido otras las razones que me movieron a salvar mi voto en el fallo que negó las peticiones del libelo.

Bogotá, septiembre 22 de 1945.

Gabriel Carreño Mallarino.—Luis E. García V., Secretario.

Decretos del Gobierno.—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán).

Consejo de Estado—Bogotá, veintiséis de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

El señor doctor Ernesto Ruiz Manrique, con poder de don Eduardo Noguera S., presentó demanda de nulidad ante el Consejo de Estado, de los artículos 2º, 5º y 6º del Decreto número 2313, de fecha 26 de noviembre de 1943, originario del Ministerio de Obras Públicas, y de la totalidad de la Resolución número 120 de 11 de junio de 1945, emanada de la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas y aprobada por el Ministerio de Obras Públicas. Subsidiariamente, pide que se decrete la nulidad de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 28, 53, 60, 63, 66, 72, 81, 82, 83, 84, 85, 91 y 92 de la citada Resolución.

La demanda correspondió en el repartimiento al señor Consejero doctor Carreño Mallarino, quien, en proveído de 4 de agosto último, admitió la demanda únicamente en cuanto ella se refiere a la nulidad de la Resolución número 120, desechándola en cuanto a la nulidad de algunos artículos del Decreto 2313. Suspendió provisionalmente, además, la totalidad de la expresada Resolución número 120.

Tanto el actor como el Fiscal de la corporación interpusieron el recurso de súplica contra el referido auto. El primero, en cuanto se negó la admisión de la demanda referente al Decreto, e implícitamente la suspensión provisional de los artículos acusados, y el segundo, en cuanto se suspendió provisionalmente la Resolución número 120.

Sustanciado como se halla el recurso, procede la Sala a resolverlo.

Súplica del demandante.

Como ya se dijo, busca el actor con el recurso que se admita la demanda de nulidad contra varios artículos del Decreto 2313.

Se fundó el auto suplicado, a este respecto, en que el Decreto parcialmente acusado se dictó en uso de las facultades extraordinarias que el artículo 19 de la Ley 7ª de 1943 otorgó al Presidente de la República, y que, por tanto, se trata de un Decreto extraordinario, cuyo control corresponde a la Corte Suprema de Justicia y no al Consejo de Estado.

De su parte, el recurrente sostiene que el cargo que le hace al Decreto es el de ilegalidad, no el de inconstitucionalidad, razón por la cual cae dentro de la jurisdicción del Consejo de Estado, y para fundamentar su tesis cita varias providencias de esta corporación en que se han aceptado y tramitado demandas contra decretos de carácter extraordinario cuando el cargo que se les hace es el de ilegalidad.

Ciertamente, bajo el imperio de anteriores preceptos constitucionales, el Consejo sostuvo, con algunos votos disidentes, su competencia privativa para examinar la legalidad de los llamados decretos-leyes. Se sostuvo entonces por la mayoría de los Consejeros que un decreto de esta naturaleza podía incidir en dos violaciones: una directa, inmediata, o sea la de la ley de facultades, y por este aspecto, únicamente, corres-

pondía al Consejo de Estado el control de legalidad. Y otra mediata, indirecta, o sea la de la disposición constitucional que ordena al Presidente de la República obrar dentro de los límites trazados por la ley de facultades, y por este aspecto la competencia se fijaba en la Corte Suprema de Justicia, encargada de la guarda de la Constitución. Se dijo, igualmente, que el legislador solamente está obligado a respetar los principios constitucionales, y el Presidente de la República, investido de facultades extraordinarias, debía, en primer término, ceñirse a la Constitución, y en segundo, a la ley de facultades. Pero entiende el Consejo que el constituyente de 1945 quiso acabar con esta dualidad de competencias, ocasionadas a confusiones y fallos contradictorios, ya que no se puede violar la ley de facultades sin ofender al propio tiempo la Constitución. Mejor, las dos violaciones convergen en un punto común e indivisible. Y la Corte, encargada de velar por la integridad de la disposición de más alta jerarquía, es la llamada también a examinar si el Decreto extralimitó la ley que concedía las facultades. En efecto: el artículo 53 del Acto legislativo número 1º de 1945 (214 de la Codificación en vigor), dispone:

> "A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente: ....Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes o decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 21 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano. En las acciones de inexequibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación."

Y el artículo 41 ibidem (216 de la Codificación), dice:

> "Corresponde a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121 de esta Constitución."

Bien claro se ve de estas disposiciones que el constituyente adscribió a la Corte el control de constitucionalidad de decretos que tienen un origen mediato en el Parlamento, como los expedidos en virtud de los ordinales 11 y 12 del artículo 76 de la Codificación; y al Consejo de Estado el mismo control de los demás decretos, que en el ejercicio de sus facultades ordinarias dicte el Gobierno.

Es verdad, como acertadamente lo anota el Consejero sustanciador, que el constituyente de 1945 no fue suficientemente claro, pues no habló de la tacha de ilegalidad de los decretos expedidos en virtud de los numerales 11 y 12 del artículo 76 ya citado, pero ello se debió a que como tales decretos tienen un origen indirecto en el Parlamento, solamente son susceptibles de la tacha de inconstitucionalidad, no de la de ilegalidad, dado el carácter que tienen de leyes en su sentido material, y que para guardar unidad deben estar sometidas al mismo control de las leyes en sentido formal.

Y, sobre todo, no hay disposición alguna que atribuya especialmente el control de estos decretos al Consejo de Estado, como sí las hay para la Corte.

Por lo demás, el Decreto de que se trata fue dictado en virtud de las autorizaciones extraordinarias que confirió al Presidente de la República el artículo 19 de la Ley 7ª de 1943, como claramente se expresa en el preámbulo del Decreto.

Por estas razones habrá de confirmarse el auto suplicado, en cuanto negó la admisión de la demanda de nulidad del referido Decreto número 2313.

Súplica del Fiscal.

Suplica el Fiscal el auto de que se ha hecho mérito, en cuanto decretó la suspensión provisional de la totalidad de la Resolución número 120 *ya citada.*

Los fundamentos en que se apoyó el sustanciador para decretar la suspensión se hallan expuestos así:

"Tocante a la Resolución número 120, la competencia del Consejo no puede remitirse a duda.

"Para resolver acerca de la suspensión provisional de dicho acto, se considera:

"La Resolución viola, en primer lugar —dice el doctor Ruiz Manrique—, el numeral 12 del artículo 76 de la actual Codificación de la Constitución Nacional, porque con ella el Director Nacional de Transportes y Tarifas pretende ejercer, después de caducadas, autorizaciones extraordinarias que son privativas del Presidente de la República. En efecto, la Resolución se apoya en el Decreto número 2313 de 1943, del Ministerio de Obras Públicas, que fue dictado en uso de las autorizaciones que al Gobierno se le confirieron por medio del artículo 19 de la Ley 7ª de 1943, autorizaciones que expiraron el 31 de diciembre de ese mismo año. De manera que si hoy el Director Nacional de Transportes y Tarifas, para dictar la Resolución número 120, se apoya en el citado Decreto, pretende ejercer, por delegación, autorizaciones extraordinarias que se le confirieron al Presidente de la República, que eran indelegables y que ya no pueden ejercerse por haber caducado desde el 31 de diciembre de 1943...."

"....la facultad extraordinaria tiene que ejercerse precisamente por el Presidente o por su delegado antes de la expiración del plazo que se le fija —que en este caso era el 31 de diciembre de 1943—, pues de lo contrario se entendería que mediante una delegación el Presidente podía hacer indefinido en el tiempo el uso de las facultades que se le confieren. Y como la Resolución acusada lleva fecha 11 de junio del presente año, resulta que tal acto es violatorio de la Constitución en su artículo 76, numeral 12, y violatorio del artículo 19 de la Ley 7ª de 1943.

"Dispone el artículo 135 de la actual Codificación de la Constitución Nacional que los Jefes de los Departamentos Administrativos pueden ejercer funciones que corresponden al Presidente de la República (artículo 35 del Acto legislativo número 10 de 1945), pero que la naturaleza de las funciones que pueden delegarse *debe ser señalada por la ley.* Esta reforma entró en vigor el 16 de febrero del presente año, es decir, antes de dictarse la Resolución acusada, de manera que conforme a esa disposición constitucional el Director Nacional de Transportes

y Tarifas estaba inhibido para ejercer por delegación, sin una expresa autorización legal, facultades que, a más de estar caducadas, sólo podían ejercerse por el señor Presidente de la República y su Ministro de Obras Públicas. . . ."

"Prohija el Consejo los razonamientos preinsertos y los considera suficientes para suspender la totalidad de la Resolución controvertida, sin que sea preciso entrar en otras cuestiones planteadas en la demanda."

"Las facultades extraordinarias las confirió el legislador al Presidente de la República. No es necesario por el momento resolver si esas facultades eran delegables o indelegables. Lo que no tiene duda es que no podían ejercerse con eficacia jurídica, directamente, ni por medio de sustituto, sino dentro del plazo fijado por el mismo legislador.

"Ahora bien: el plazo expiró el 31 de diciembre de 1943, y la Resolución acusada se dictó el 11 de junio de 1945."

Ha dicho el Consejo en repetidos fallos que la benéfica institución de la suspensión provisional sólo procede cuando aparece un choque manifietso, claro, patente, ostensible, entre el acto acusado y una norma de carácter superior, que deba respetarse. Los actos administrativos llevan en sí implícita una presunción de legalidad. Debe suponérselos conformes con las disposiciones superiores en la jerarquía de la legislación. Unicamente cuando es flagrante la oposición procede la suspensión provisional, porque de lo contrario podría paralizarse la acción administrativa con argumentos de mayor o menor fuerza en un simple auto dictado sin que se haya surtido el debate probatorio, sin que se haya oído a las partes, en fin, sin que se hayan agotado las ritualidades propias del juicio. La sentencia definitiva ofrece el lugar apropiado para resolver las cuestiones de fondo planteadas en el debate. Sólo en esta importante pieza del proceso tiene el juzgador ancho campo para exponer sus doctrinas. Lo contrario sería un manifiesto y flagrante prejuzgamiento de la cuestión central del pleito.

Para elucidar el problema planteado en la demanda, en relación con la suspensión provisional, o sea si la Resolución acusada viola *prima facie* normas superiores, conviene estudiar los antecedentes en que busca apoyo.

Dice el artículo 19 de la Ley 7ª de 1943:

"Autorízase al Gobierno para reorganizar la Administración de los Ferrocarriles Nacionales y la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas. Con este objeto revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 31 de diciembre de 1943."

El artículo 21 de la misma Ley dispuso que ella debía regir desde su sanción, la cual tuvo lugar el día 2 de marzo de 1943.

Con considerable demora el Gobierno usó de las facultades que le fueron conferidas, pues sólo hasta el 26 de noviembre —ocho meses después de sancionada la Ley— expidió el Decreto extraordinario número 2313 de 1943, "por el cual se fijan las funciones de la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas y se dictan otras disposiciones".

Pertenecen al dicho Decreto las siguientes disposiciones:

"Artículo 1º La Dirección Nacional de Transportes y Tarifas, que funciona como dependencia del Ministerio de Obras Públicas, tendrá las siguientes atribuciones:

"a) Coordinar los sistemas y medios de transporte dentro del territorio de la República, procurando que sirvan mejor a los intereses públicos y a la economía general de la Nación, mediante la delimitación de zonas y líneas de transporte; la fijación de cupos de las vías y la capacidad transportadora necesaria.

"b) Aprobar las tarifas, itinerarios y reglamentos de las empresas de transportes y las tarifas de los agentes de aduana y de los comisionistas de transportes.

"c) Conceder permiso para el establecimiento de líneas intermunicipales o interdepartamentales de transporte, por medio de vehículos de tracción o propulsión mecánica o impulsados por el viento, a personas naturales o jurídicas, para efectuar por cuenta de terceros la movilización de carga, encomiendas o pasajeros, por vías férreas, carreteras, ríos navegables y servicio de cabotaje; y

"d) Supervigilar el comercio, la distribución y los precios en todo el territorio de la República, de vehículos automotores, llantas y neumáticos."

"Artículo 2º La Dirección Nacional de Transportes y Tarifas elaborará los reglamentos a que debe sujetarse el transporte de pasajeros, encomiendas y carga, y la fiscalización a que estarán sometidas las empresas transportadoras en sus relaciones con el público, con la Dirección Nacional y con las Seccionales de Transportes y Tarifas. La Dirección Nacional queda igualmente autorizada para celebrar convenios con los Gobiernos Departamentales y Municipales, sobre control y vigilancia de los transportes."

"Artículo 5º El servicio público de transportes de carga y pasajeros no podrá prestarse en el territorio nacional sino por personas naturales o jurídicas autorizadas para ello por la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas, previo el cumplimiento de las formalidades que para tal efecto se exijan."

"Artículo 6º Las resoluciones que dicte la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas en ejercicio de sus atribuciones son de obligatorio cumplimiento."

Como se ve, el Gobierno estaba ampliamente facultado por el legislador para reorganizar la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas. En un caso en que el Gobierno hizo uso de la misma autorización en lo tocante a la reorganización de los Ferrocarriles Nacionales, la Corte Suprema de Justicia fijó el alcance de la palabra *reorganizar* cuando, acogiendo el concepto del Procurador General de la Nación, dijo:

"Reorganizar es volver a organizar. Es organizar nuevamente. Es decir, deshacer la organización anterior y reemplazarla por otra más conveniente. Por tanto, es obvio que al 'reorganizar la Administración de los Ferrocarriles Nacionales', el Gobierno podía suprimir aquellas disposiciones que, según su criterio, fueran perjudiciales dentro de la nueva organización dada a los Ferrocarriles. La reorganización no podía verificarse sino cambiando el estado de cosas existente y creando un sistema orgánico distinto. Ello fue lo que hizo, mediante el Decreto en referencia, el Gobierno, estando, por tanto, autorizado ampliamente para hacerlo." (Sentencia de 22 de noviembre de 1944, dictada en el juicio sobre inexequibilidad del Decreto

2645 de 1943, instaurado por el doctor Ricardo Silva R., y mediante la cual la Corte declaró exequible dicho Decreto. Nótese que el Gobierno, en este caso, se apoyó en la misma disposición que invoca en el caso de autos; que tal Decreto sólo se expidió el 30 de diciembre de 1943, y sus efectos se están cumpliendo, en conformidad con lo dispuesto por la Corte, ya vencido el término de las facultades extraordinarias).

Sentado que el Consejo de Estado carece de competencia para revisar en vía contencioso-administrativa el Decreto 2313, solamente resta por examinar si la Resolución *sub judice* —número 120— excedió el Decreto.

Aun cuando el contrato de transporte está consagrado y reglamentado en el Código de Comercio, no puede considerarse estrictamente como un contrato de derecho privado. En general, los contratos de derecho privado se refieren a un número determinado de personas, pero el de transporte opera y tiene influencia sobre un número indeterminado e indeterminable de personas. Es, comúnmente, de los llamados por Salelles contrato de adhesión o por adhesión, y por ello, por referirse a un número indeterminado de personas, por las relaciones que tiene con el público en general, ha sido, no sólo en Colombia sino en todos los países, frecuentemente intervenido por el Estado, en guarda de los derechos de la colectividad. En relación con este contrato, los principios de la libertad de las convenciones y de la autonomía de la voluntad no pueden tener la misma amplitud que en las demás convenciones relacionadas o circunscritas exclusivamente a intereses privados, de personas determinadas, y por ello resulta equivocado enfocarlo con el prisma exclusivo del derecho privado. Los romanos, que, según un tratadista, alcanzaron la exactitud de las fórmulas matemáticas en la exposición de los principios del derecho civil, no adivinaron las nuevas concepciones que alcanzaría el concepto de Estado —uno en su esencia, múltiple en su ejercicio—, y de aquí que sus principios, que todavía informan la legislación privada, resultan exóticos en el campo del derecho administrativo, derecho éste que necesariamente tiene influencia en el contrato de transporte.

¿Qué dispuso la Resolución 120? Largo sería enumerar el contenido de sus 95 artículos, y por ello se limitará el Consejo a una rápida ojeada, en lo pertinente, a los quince capítulos en que está dividida la Resolución.

Capítulo I.—En este capítulo se limitó la Dirección Nacional de Transportes a dar algunas definiciones del "servicio público de transportes", "de la empresa de transporte automotor", etc. Dispone que para explotar la industria de transportes se necesita "previa autorización de la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas". Todo esto encaja dentro de las facultades que el Decreto concedió a la Dirección de Transportes. Llama la atención el inciso d) del artículo 3º, que dice:

> "Cualquiera que sea su forma de organización, toda empresa deberá tener para la explotación de la industria un mínimo de diez vehículos."

Pudiera objetarse que esta disposición quebranta el principio de la libertad de industria consagrado en la Superley. Pero ello no es así. Tan sólo se imponen condiciones para el ejercicio o explotación de la industria, condiciones que miran al interés de los asociados y que tienen un innegable interés práctico. Sería gravemente perjudicial que un transportador no pudiera reemplazar el vehículo que sufra una avería, con

la consiguiente demora en los itinerarios de salida y de llegada, tanto en el transporte de carga como en el de pasajeros. El que quiera dedicarse a esta industria tiene que tener necesariamente la capacidad económica para prestar un servicio que llene sus finalidades sociales. La previa autorización que se exige encaja dentro del Decreto y tiene también una explicable finalidad.

Capítulo II.—Se limita a indicar el trámite que debe darse a las solicitudes de licencia y a indicar las obligaciones de las empresas. El inciso h) del artículo 6º dispone que para cada línea se fijen los horarios de salida y de llegada, con el propósito de evitar pérdidas de tiempo a quienes soliciten los servicios de la empresa. La capacidad transportadora que se fija a los vehículos tiende a evitar la sobrecarga, tan ocasionada a accidentes de tránsito.

Capítulo III.—Contiene varias disposiciones de trámite, que en nada contrarían normas superiores.

Capítulo IV.—Se refiere a las tarifas, y existen disposiciones expresas en la legislación positiva, que autoriza la intervención en materia de tarifas.

Capítulos V, VI, VII y VIII.—Se refieren a los horarios e itinerarios e imponen a las empresas obligaciones de darse reglamentos subordinados a lo dispuesto por la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas, estableciendo las consiguientes diferencias entre el transporte de personas y el transporte de carga.

Los restantes capítulos diferencian los transportes públicos y los privados; los que se efectúen por medio de empresas o sociedades y los que hagan personas particulares, etc., etc.

El artículo 64 dispone:

> "Las empresas transportadoras limitarán su actividad al contrato de transportes, y por tanto no pueden constituírse en comisionistas de compra y venta, ni por su propia cuenta ni por la de otro."

Innegable es la utilidad de esta disposición, que trata de evitar que los transportadores pospongan los intereses del público que los ocupa a su propio provecho personal. O se dedican a explotar el negocio de los transportes o toman otra actividad, pero no explotan dos negocios en que resultan contrapuestos los intereses de la colectividad con los del porteador.

En suma, no halla el Consejo de Estado una flagrante oposición entre las disposiciones de la Resolución acusada y las del Decreto al cual está subordinada, Decreto que, a su vez, encuentra apoyo en una norma expedida por el legislador.

Por las razones expuestas, la Sala de Decisión *resuelve:*

1º *No se admite* la demanda presentada por el señor Eduardo Noguera S., por medio de apoderado, contra el Decreto número 2313 de 1943.

2º *Niégase* la suspensión provisional de la Resolución número 120 de 1945, expedida por la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas.

Quedan en estos términos resueltos los recursos de súplica interpuestos por el demandante y por el Fiscal contra el auto de 4 de agosto último, dictado por el señor Consejero sustanciador, doctor Gabriel Carreño Mallarino.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Uribe Escobar, Gonzalo Gaitán, Tulio Enrique Tascón, Jorge Lamus Girón, Guillermo Hernández Rodríguez, Carlos Rivadeneira G. Luis E. García V., Secretario.

Electorales.—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán).

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

En libelo presentado ante el Juez 1º Civil del Circuito de Cali el día 23 de abril del año en curso, dirigido a esta corporación, el doctor Luis F. Rosales, mayor y vecino de aquella ciudad, en ejercicio de la acción pública, demanda que con audiencia del Ministerio Público y en sentencia definitiva, se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es nula, en lo que respecta a Representantes a la Cámara, la Resolución sin número, del Consejo Electoral del Valle, dictada en la sesión que principió el día diez (10) y terminó el once (11) del mes en curso, en cuanto declara la nulidad del registro formado por el Jurado Electoral de Versalles el 22 de marzo próximo pasado.

"*Subsidiariamente solicito* que se revoque la Resolución antes nombrada, en lo que concierne a Representantes a la Cámara y al registro del Jurado Electoral de Versalles.

"Segunda. Que es nulo el escrutinio realizado por el Consejo Electoral del Departamento del Valle, entre los días 10 y 11 de los corrientes, *en cuanto se abstuvo de escrutar y computar los votos para Representantes a la Cámara, a que se refiere el registo del Jurado Electoral de Versalles.*

"Tercera. Que es nulo el mismo acto en cuanto declaró elegidos Representantes a la Cámara para el periodo de 1945 a 1947 a los señores Roberto Quintero Tascón y Raúl Hoyos, principal y suplente, respectivamente.

"Cuarta. Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, se rectifique el escrutinio realizado por el Consejo Electoral del Departamento del Valle, en las fechas ya citadas, incluyendo en él los votos del registro del Jurado Electoral de Versalles y declarando la elección para Representantes a la Cámara —principales y suplentes— a favor de las personas que, conforme a los resultados de la rectificación, alcancen el derecho a ser elegidas."

Como hechos fundamentales de la demanda se pueden concretar en el libelo los siguientes:

a) Que el Consejo Electoral del Departamento del Valle, en su sesión que principió el día 10 de abril último y terminó el 11, dictó la Resolución que se acusa, por la cual declara nulos los registros de los Jurados Electorales de Versalles y Ansermanuevo, en las elecciones para Diputados y Representantes a la Cámara, que tuvieron lugar el 18 de marzo del año en curso, y dispuso abstenerse de escrutar y computar dichos votos, o sea los que totalizaron los expresados registros.

b) Que el Jurado Electoral del Departamento del Valle anuló los registros electorales de Versalles y Ansermanuevo por motivos distintos de los que señala el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932.

c) Que no hubo exceso en la votación en relación con el número de ciudadanos cédulados en esos Municipios, ni alteraciones que se hubieran hecho en lo escrito después de firmado el respectivo registro por el Jurado Electoral, ni errores aritméticos, ni falsedades evidentes e indudables en ellos.

d) Que calificó de falso o apócrifo el registro de Versalles sin que siquiera hubiera enunciado que no había sido firmado o suscrito por los miembros del Jurado Electoral, que es lo que hace apócrifo o falso un registro electoral.

Admitida la demanda, el señor Roberto Quintero Tascón se hizo presente en el juicio, a fin de que se le tuviera como parte opositora a la demanda, y por tener interés en el asunto fue admitido como tal opositor. En el proceso se desarrolló un intenso debate probatorio, y llegada la oportunidad, las partes alegaron por escrito, así como el señor Fiscal de la corporación, quien es de parecer que se decreten las súplicas de la demanda, a excepción de lo relacionado con la nulidad del registro del Jurado de Votación número 17, y el no cómputo de los votos en él contabilizados. Finalmente, por auto de 22 de septiembre último, se citó a las partes para sentencia, y ejecutoriado como está dicho auto, es tiempo de resolver, y a ello se procede.

El acto acusado es del tenor siguiente:

> "El Consejo Electoral del Departamento del Valle, en uso de sus atribuciones legales, consagradas en el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932, en armonía con el artículo 198 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941), y *considerando:*
>
> "1º Que en las elecciones populares para Diputados a la Asamblea del Departamento y Representantes a la Cámara, verificadas el 18 de marzo de este año, el resultado de los escrutinios en el Municipio de Versalles y Ansermanuevo, según aparece de los pliegos correspondientes, fueron, respectivamente, 5.316 (cinco mil trescientos diez y seis) y 5.559 (cinco mil quinientos cincuenta y nueve) votos;
>
> "2º Que en las cifras electorales en Versalles y Ansermanuevo el 18 de marzo indican un exceso sorprendente sobre los guarismos a que llegaron las votaciones en todos los años anteriores, según datos que reposan en los archivos del Consejo Electoral;
>
> "3º Que las cifras electorales registradas en Versalles y Ansermanuevo el 18 de marzo indican que el número de presuntos sufragantes y el de cédulas vigentes son casi iguales, pues apenas media entre los primeros y los segundos, con relación a Versalles, especialmente, una escasa diferencia, hecho que pugna con la demostración estadística permanente de que los individuos aptos para votar y con cédula no ejercitan regularmente el derecho al sufragio, a lo cual se agrega que en las últimas elecciones el sufragio tuvo merma en todo el Departamento, como lo indican los datos de que dispone el Consejo;
>
> "4º Que los dos Delegados a quienes el señor Gobernador del Departamento designó para presidir el debate electoral en Versalles, doctor Gustavo Salazar García y don Luis González Lloreda, en el informe que rindieron el 24 de marzo sobre sus labores, analizaron la manera manifiestamente fraudulenta como

se desarrollaron las elecciones en aquel Distrito, y señalan, de modo concreto y pormenorizado, hechos muy graves y notorias irregularidades en ellas;

"5º Que entre las irregularidades presentadas en Versalles se encuentran relievadas las siguientes: Que en el Municipio de Versalles no existe registro electoral sino una nómina deficiente de electores; que en los Jurados no aparecieron listas de cédulas canceladas, sino que todas se tuvieron como vigentes; que en los Jurados números 13, 23, 24, entre otros, se registraron 394, 305 y 351 electores; que en el Jurado de Votación número 17, en presencia de los representantes de la autoridad, los miembros de dicho Jurado abrieron la urna e introdujeron un paquete de papeletas fraudulentas, y que en el Jurado número 23 aparecieron 100 sobre el número de sufragantes;

"6º Que en el Municipio de Ansermanuevo aparecen manifiestamente adulteradas o falsificadas las firmas de los miembros de los Jurados de Votación, así como exceso en el número de electores, especialmente en las mesas números 26, 34, 35 y 36;

"7º Que en concepto de los señores Delegados Presidenciales doctores Néstor Pineda y Alfonso Muñoz Botero, los registros electorales de Versalles y Ansermanuevo son manifiestamente apócrifos y no consultan la realidad de los hechos,

"8º El Consejo Electoral está en el deber de impedir la violación de las normas democráticas del país en casos como el presente, donde de manera evidente e indudable aparece comprobado que los registros de los Municipios de Versalles y Ansermanuevo no corresponden a la verdad por cuanto son resultados de un fraude escandaloso, sin precedentes en la historia política del Valle del Cauca, *resuelve:*

"Declarar nulos, como al efecto declara, los registros electorales correspondientes a los Municipios de Versalles y Ansermanuevo, en las elecciones para Diputados a la Asamblea y Representantes a la Cámara verificadas el 18 de marzo del año en curso, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932, en armonía con el artículo 198 del Código Contencioso Administrativo, y, en consecuencia, se abstiene de escrutar y computar dichos votos.

"Pedir a los señores Ministro de Gobierno, Procurador General de la Nación y Gobernador del Departamento que se proceda a la investigación correspondiente.

"Copia de esta Resolución será enviada al Gran Consejo Electoral, al Ministro de Gobierno, al Procurador General de la Nación y al Gobernador del Departamento."

La anterior Resolución fue aprobada por tres votos contra dos.

El Consejo Electoral apoyó su decisión en el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932, concebido en estos términos:

"Las corporaciones escrutadoras no pueden entrar en la apreciación de cuestiones de derecho, las cuales corresponden, privativamente, a los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo y al Consejo de Estado. En consecuencia aquéllas sólo pueden declarar nulidades referentes a exceso de votaciones, en relación con el número de sufragantes hábiles para la respectiva elección; a alteraciones manifiestas, en que aparezca ostensiblemente que los registros han rufrido modificaciones sustanciales en lo escrito, después de firmados por la corporación que los expidió; a errores aritméticos y a registros que evidente e indudablemente aparezcan como apócrifos o falsos."

El texto y el contexto de la preinserta disposición es claro y no da margen a controversias: la regla general es la de que las corporaciones escrutadoras no pueden declarar nulidades, y así debe ser, porque decretar una nulidad entraña un acto de administración de justicia, para lo cual están instituídos ciertos y determinados Tribunales, que tienen esta función con carácter permanente. Sólo por excepción, y las excepciones son de estricta interpretación conforme a un principio de derecho universal, las corporaciones escrutadoras pueden decretar algunas nulidades. En ocasiones es difícil delimitar la cuestión de hecho de la cuestión de derecho, dado que todo derecho descansa o surge de un hecho. Cuando la relación entre el derecho y el hecho que lo origina es directa e inmediata, se dificulta separar el uno del otro. El hecho tiende a confundirse con el derecho, y basta la enunciación del primero para que brille el segundo. Pero, en otros casos, la relación no es directa e inmediata, sino mediata e indirecta, y en ellos la diferenciación aparece ostensible y se aprecia sin dificultad.

Ahora bien: basta leer la motivación de la Resolución acusada para concluír rectamente que el Consejo Electoral del Departamento del Valle, invadiendo campos ajenos, abordó una cuestión típicamente de derecho. En efecto: dicha corporación escrutadora, luégo de un análisis técnico-jurídico de la prueba indiciaria, llegó a la conclusión de que en las elecciones de Versalles se había hecho fraude. Y si hay algo eminentemente jurídico, que requiera especiales conocimientos de la ciencia del derecho, es el análisis de la prueba de indicios. Muchos son los capítulos que los tratadistas de derecho probatorio dedican a este importantísimo pero peligroso elemento de convicción. La prueba de indicios es calificada unánimemente de prueba indirecta, y en su análisis se procede mediante el empleo del método inductivo, y el tránsito de lo desconocido a lo conocido, del hecho indicador al hecho indicado, sólo lo pueden hacer los Tribunales de derecho, pero en manera alguna las corporaciones escrutadoras por prohibición imperativa del ya citado artículo 14, cuando dice:

> "Las corporaciones escrutadoras no pueden entrar en la apreciación de cuestiones de derecho, las cuales corresponden, privativamente, a los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo y al Consejo de Estado."

El radio de acción en orden a la declaración de nulidades por las corporaciones escrutadoras lo marca estrictamente la última parte del artículo 14 tántas veces citado. Cuatro, únicamente, son los casos en que las corporaciones escrutadoras pueden decretar nulidades, a saber: 1º, cuando ha habido exceso en las votaciones, en relación con el número de sufragantes hábiles para la respectiva elección; 2º, cuando aparecen alteraciones manifiestas y ostensibles de que los registros han sufrido modificaciones sustanciales en lo escrito, después de firmados por la corporación que los expidió; 3º, cuando se observan errores aritméticos, y 4º, cuando aparece evidente e indudable que los registros son falsos o apócrifos.

No se está en el primer caso. Efectivamente, el Consejo Electoral reconoce explícitamente que no hubo exceso en las votaciones. Le llama la atención, sí, el aumento de los sufragios en relación con las anteriores elecciones, y la pequeña diferencia que existe entre el número de sufragantes y el de cédulas vigentes. El indicio —que en todo caso correspondería analizarlo al Consejo de Estado y no al Consejo Electoral—, en abstracto tiene fuerza, pero en el caso concreto de este juicio la ha perdido sensiblemente, casi hasta anularla, porque, como lo explica la

parte demandante, la copiosa votación del 18 de marzo postrero en Versalles se explica por la circunstancia de que, tanto en la lista de Representantes como en la de Diputados, figuraban hijos de la población, y es lo común que los electores tengan interés en llevar a sus conterráneos a las altas corporaciones del Estado en orden a obtener ventajas para la localidad respectiva. Tampoco se está en el segundo caso, porque no se advirtieron alteraciones manifiestas y ostensibles en los registros verificados después de haber sido firmados por los Jurados de Votación. No se advirtieron errores aritméticos, y por tanto no se está en el tercer caso. Y, finalmente, no es evidente e indudable que los registros sean falsos o apócrifos. No hallándose, pues, el Consejo Electoral del Valle en presencia de una de las nulidades que taxativamente puede declarar de conformidad con el artículo 14 de la Ley 7ª de 1943, resulta claro que dicha corporación excedió sus facultades legales, y la declaración de nulidad demandada se impone.

Empero, el actor persigue en su demanda que se anule la Resolución del Consejo Electoral del Valle, a efecto de que los votos emitidos en Versalles sean computados en el escrutinio, y el señor Roberto Quintero Tascón, opositor a la demanda, propugna porque se mantenga lo resuelto por dicho Consejo Electoral, es decir, porque no sean computados tales votos. Por manera que la litis contestación ante el Consejo de Estado está planteada así: ¿Deben ser computados, sí o nó, en el escrutinio general los votos que se dicen consignados en la población de Versalles en las elecciones que se verificaron el 18 de marzo de 1945? Propuesta así la cuestión, el Consejo de Estado, él sí con plena jurisdicción, no puede eludirla, y habrá de resolver, en consecuencia, si es válida o nó la elección, o más propiamente, la votación de Versalles, habida consideración de los múltiples elementos de juicio que en el término probatorio se trajeron al expediente, elementos que se analizarán por separado.

Graves anomalías en el censo electoral permanente del registro electoral.

Para verificar las elecciones, como para extender instrumentos públicos, la ley colombiana prescribe una serie de formalidades indispensables cuya ausencia o violación dejarían sin valor el acto electoral. Las nulidades de registros electorales están enumeradas en los artículos 195 y 196 del Código de lo Contencioso Administrativo. Entre esas causas de nulidad se contempla el caso en que el registro aparezca como falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación. Estos términos generales deben entenderse relacionados con las formalidades exigidas para que se verifique la elección o el escrutinio, actos que están estrictamente reglamentados por la ley. Así, por ejemplo, una elección en que los ciudadanos votaran sin cédula sería nula y nulos sus registros aunque expresamente no se haya previsto el caso en los artículos precitados, puesto que la formalidad de la cédula es esencial, y su no presentación para el ejercicio del sufragio hace que la votación sea falsa y falsos y apócrifos los registros que se levanten con base en ese hecho flagrantemente violador de las disposiciones sobre la materia.

Partiendo de la base de que la presentación de la cédula es esencial para que se verifique válidamente el acto del sufragio, se tiene que la concordancia entre el nombre del votante con el número de orden que figure en el registro electoral permanente y en las listas de votación también es indispensable. En efecto: la cédula es un documento de valor nacional. Con ella se identifica en cualquier parte del territorio de la

República un individuo. Esa identificación se hace indicando el número de la cédula, que tiene un carácter nacional. Pero, además, en la cédula hay otro número, que es el número de registro electoral permanente, que tiene tan sólo un valor municipal y circunscrito al caso de elecciones. Bajo un aspecto material único la cédula de ciudadanía se dobla en dos documentos: uno nacional y otro municipal, y los dos indispensables inseparablemente para que la función del sufragio se consume de manera legal y propia.

Ahora bien: en su numeral 5º la Resolución acusada del Consejo Electoral del Valle dice así:

> "Entre las irregularidades presentadas en Versalles, se encuentran relievadas las siguientes: Que en el Municipio de Versalles no existe registro electoral sino una nómina deficiente de electores."

El Consejo Electoral hizo esta apreciación con base en el informe de los Delegados Departamentales, que al respecto dice:

> "En primer término, observamos que en Versalles prácticamente no existe el censo electoral, pues sólo se lleva una lista irregular de sufragantes."

Este motivo de nulidad es fundamental, porque el registro electoral permanente es indispensable para consumar la función del sufragio. En el curso del juicio el actor no ha probado que en Versalles exista un censo electoral permanente, levantado conforme a la ley, y, por el contrario, se demostró con nuevas pruebas que ese censo adolece de gravísimas irregularidades que lo hacen inservible.

En efecto: sobre el particular aparecen las siguientes pruebas:

Acta de escrutinios del Jurado Electoral de Versalles:

Este es un documento auténtico, que hace plena prueba, porque proviene de funcionarios que ejercen cargos por autoridad pública. Dicha acta dice, sobre el particular:

> "Las listas enviadas a los Jurados, tanto las de la mesa como las que deben ser fijadas, no corresponden en cuanto a su número con el nombre de los ciudadanos inscritos al frente, por una lamentable deficiencia del censo electoral permanente, deficiencia de la cual han tomado nota los Inspectores de Cedulación Nacional en sus visitas a este Jurado."

Agrega la misma acta:

> "Que si para cada ciudadano a quien no corresponda el número de orden, con su nombre, se le fuera a expedir certificado para que pudiera votar, no se verificaría ninguna elección."

Analizando este concepto del Jurado Electoral de Versalles se llega a la conclusión de que como no existe o es notoriamente anómalo el censo electoral permanente porque no hay concordancia entre el número de orden con el nombre del sufragante, las autoridades de ese lugar, para poder hacer elección, resolvieron pasar por encima de ese requisito legal, indispensable para poder realizar el sufragio. Estas medidas estrictas han sido tomadas por la ley justamente como medidas para extirpar el vicio del fraude, que ha sido tan arraigado y pertinaz en las costumbres electorales colombianas. Dentro de este propósito la exigencia del cumplimiento de las prescripciones legales es imperativa para que parlamentos, gobiernos y tribunales colaboren en la tarea de sanear los procesos eleccionarios con la aplicación rigurosa de las medidas y prescripciones trazadas por el legislador.

Visita de los Inspectores de Cedulación:

En el cuaderno de pruebas del opositor, a los folios 11 a 26, aparece la copia de la visita practicada al Jurado Electoral de Versalles el día 9 de marzo de 1943, por los Inspectores Nacionales de Cedulación señores Héctor Martínez Guerra y Jesús María Navia Monedero. En ese documento se dice:

> "El libro de actas no se lleva a manuscrito, como ordena la ley, ni en las actas de sesiones del Jurado se deja constancia de los miembros que a ellas asisten, ni del número de la cédula que se expide, ni del número del registro electoral permanente que le correspondió al interesado. Cuando se trate de revalidación de cédulas se anotará no sólo el número impreso del documento, Municipio en donde fue expedida y nombres y apellidos, sino el número del registro electoral que tiene vigente."
>
> "Irregularidades en el censo. Informa el Secretario del Jurado que son muchas las cédulas que se encuentran en poder de los ciudadanos y que no aparecen inscritas en el registro o censo electoral permanente."
>
> "Manera de corregir errores. Dado el trastorno en el censo electoral, y el caos que existe con la numeración en el registro electoral permanente, pues una misma cédula aparece con dos y hasta más registros iguales, se aconseja al Jurado que dé instrucciones a los Jurados de Votación para que, una vez consignado por el elector su voto, deje en poder del Jurado Electoral su cédula para ser revisada y anotada debidamente en el censo electoral, con las correcciones que sean del caso, pudiendo darse un recibo al interesado."
>
> "En las actas no se deja constancia de la persona a cuyo favor se expidió o revalidó la cédula, ni del nombre del individuo cuya cédula le fue revalidada, cancelada o dada de baja, gravísima irregularidad, pues no permite la revisión del censo electoral para saber si en verdad las cédulas allí inscritas corresponden a las que expidió o revalidó el Jurado, como tampoco a los motivos o causas de cancelaciones o bajas."
>
> "En el libro del censo electoral aparece que los números de orden correspondientes del 5061 saltó al 5068; del 7371 pasó al 7374, y del 7299 al 8000, o sean setecientas diez (710) cédulas que no figuran en el registro electoral permanente, además de los errores y equivocaciones que existen y que constan en el acta de la visita practicada en el mes de marzo de este año."

Como se ve, desde hace varios años los Inspectores Nacionales de Cedulación han señalado las gravísimas deficiencias del censo electoral de Versalles, e inútilmente han indicado las medidas que se deben de tomar para corregirlas.

El censo como requisito para la verificación legal de la elección:

Examinados los hechos verificados por los Inspectores Nacionales de Cedulación y aclarados inequívocamente por el Jurado Electoral de Versalles en el acta que se ha transcrito, precisa señalar la importancia legal que este censo tiene. El artículo 5º de la Ley 31 de 1929 dice:

> "Para ejercer la función del sufragio es necesario estar inscrito en el censo electoral permanente, que es el registro público en donde constan los nombres y apellidos de los ciudadanos colombianos que pueden ejercer tal función, y estar provistos de la cédula de ciudadanía de que trata el artículo siguiente."

Acerca de cómo está constituído ese censo y a la concordancia que debe existir entre el nombre del sufragante y el número de orden en el censo electoral permanente, dice el artículo 17 del Decreto número 948 de 1936:

> "Desde el 1º de julio del presente año, el libro denominado del censo electoral permanente, que debe llevar cada Jurado Electoral, y a que se refiere el artículo 5º del Decreto 944, estará dividido en cinco columnas, en las cuales se exprese: en la primera, el número de orden que corresponda a la cédula; en la segunda, el nombre de la persona a quien se expide tal documento; en la tercera, el número de la cédula; en la cuarta, se anotará en la parte superior la palabra *revalidada,* y el espacio correspondiente se llenará con el nombre del Municipio en donde fue expedida la cédula; y en la quinta, que deberá llevar en la parte superior la palabra *bajas,* se anotará debidamente la expresión *cancelada en tal fecha,* cuando el documento electoral haya sido motivo de dicha actuación."

De manera que para poder ejercer la función del sufragio el elector debe estar inscrito en el censo electoral permanente, y no de cualquier modo, sino en forma tal que exista concordancia entre su nombre, el número del censo electoral permanente, que debe aparecer sobre su cédula y en la lista de sufragantes en forma concordante. Resalta la importancia del censo electoral permanente y de sus concordancias numéricas cuando se tiene en cuenta que las listas que deben enviarse a los Jurados de Votación se confeccionan distribuyendo a los ciudadanos en riguroso orden, de conformidad con la numeración en que aparecen en ese censo.

El hecho de que el censo electoral permanente de Versalles es irregular y está levantado en forma que viola las prescripciones electorales que lo reglamentan, y carece de concordancias numéricas con los nombres de los ciudadanos y sus respectivas cédulas, ha sido demostrado en forma evidente e indudable y constituye, por tanto, un elemento falso, por falta de veracidad, que sirvió para la formación de los registros.

Cédulas sin cancelar.

Dice el artículo 18 de la Ley 41 de 1942 que las cédulas canceladas no se incluirán en las listas para los Jurados de Votación. Agrega que "el Presidente o Vicepresidente de los Jurados Electorales enviarán a cada uno de los Jurados de Votación de la cabecera de los Municipios, y a los Corregimientos, la lista completa de las personas a quienes se les ha cancelado la cédula de ciudadanía en el respectivo Distrito. Esta lista irá por separado, y como elemento distinto de la lista de votantes".

El Consejo Electoral del Valle, en la Resolución acusada, fundamentó su decisión, entre otros motivos, en que "en los Jurados no aparecieron listas de cédulas cancealdas, sino que todas se tuvieron como vigentes".

A este respecto, en el cuaderno de pruebas del opositor aparece el informe rendido por los Delegados especiales de la Gobernación para vigilar las elecciones efectuadas en el Municipio de Versalles. Esos Delegados fueron nombrados por Decreto número 209 de 16 de marzo de 1945. En su informe dijeron sobre el particular:

> *"Lista de cancelación de cédulas.*—Dispone la ley que a cada Jurado de Votación, junto con las listas parciales de sufragantes, se le remitirá la lista de las cédulas canceladas. Esto no se hizo con ninguno de los doce Jurados que funcionaron en la cabecera del Municipio, y que fueron los que estuvieron vigilados por nosotros."

Para aclarar este punto, el Consejo de Estado decretó la siguiente prueba pedida por el opositor:

> "V-1º Que el Jurado Electoral de Versalles remita con destino a éste juicio copia de la lista de cédulas canceladas que el Jurado Electoral debió enviar a los Jurados de Votación para las elecciones de Representantes al Congreso, sucedidas en marzo de este año. En el caso de que no existiere esa lista, que el Jurado Electoral lo certifique así, y exponga la causa de ello."

El Presidente y el Secretario del Jurado Electoral de Versalles diligenciaron el despacho respectivo así:

> "Los suscritos Presidente y Secretario del Jurado Electoral de Versalles *certificamos:* Que no hay constancia alguna así, que pueda darse el nombre de las cédulas canceladas, en la forma que lo exigen, puesto que el Jurado no lleva libro separado para tal cosa, ni tampoco en el censo electoral dice en qué fecha fue cancelada tal o cual cédula...."

Se observa por el texto que se acaba de transcribir que si el Jurado Electoral de Versalles no puede remitir las listas de cédulas canceladas al Consejo de Estado, tampoco estuvo en capacidad de enviárselas a los Jurados de Votación, ratificándose así el informe de los Delegados de la Gobernación, el cual dio base a fundamentar sobre este punto la anulación de los registros.

En el acta de visita practicada por los Inspectores Nacionales de Cedulación en marzo de 1443, aparecían mil setecientos noventa y ocho (1.798) cédulas canceladas, cómo puede verse en el cuaderno de pruebas del opositor. Este número debió aumentar en los dos años siguientes, y constituye una cifra apreciable, que no era posible desdeñar al prepararse los elementos que iban a servir de base en la votación. Habiéndose pretermitido esta formalidad legal se cometió una gravísima irregularidad, que, conectada con los demás elementos de fraude que ostensiblemente aparecen en el expediente, entraña un motivo de nulidad. Las cédulas canceladas fueron tomadas como vigentes, lo cual constituye un hecho de gravísima trascendencia, puesto que pretermite una formalidad esencial.

Exceso de votación en algunos Jurados.

De conformidad con el artículo 18 de la Ley 41 de 1942, las listas que se envían a los Jurados de Votación deben constar de doscientos cincuenta sufragantes, *"salvo que se trate de Corregimientos que tengan menor número de votantes o de fracción menor que resulte después de elaboradas las listas sobre la base indicada"*. En otros términos, el principio general dice que los Jurados de Votación deben tener doscientos cincuenta sufragantes, ni más ni menos. Excepcionalmente pueden tener menos cuando se trate de enviar una lista a un Corregimiento en cuyo territorio hay menos de doscientos cincuenta sufragantes. El mismo caso se puede presentar con la fracción menor que resulte después de distribuidos los electores en mesas de doscientos cincuenta sufragantes. Si, por ejemplo, hay mil cincuenta cédulas hábiles, habrá cuatro (4) Jurados de Votación de doscientos cincuenta (250) sufragantes y uno de cincuenta (50). En otros términos, excepcionalmente los Jurados Electorales pueden tener listas de menos de doscientos cincuenta sufragantes, pero en ningún caso ni por ningún motivo pueden constituirse Jurados con listas de más de doscientos cincuenta electores.

En varios Jurados de Versalles ocurrió un exceso de votación que rebasa el número máximo de doscientos cincuenta sufragantes que asigna la ley a cada mesa de votación. Esos Jurados, según el acta de escrutinio del Jurado Electoral de Versalles, fueron los siguientes:

Jurado número 24, con 360 votos.
Jurado número 23, con 305 votos.
Jurado número 13, con 344 votos.
Jurado número 12, con 410 votos.
Jurado número 11, con 379 votos.
Jurado número 2, con 311 votos.
Jurado número 1, con 255 votos.

El exceso de votaciones aparece en forma evidente e indudable por falsedad en los registros, puesto que no pueden ser legalmente verídicos.

Fraudes materiales ostensibles.

Además de todos los hechos anteriores, que entrañan nulidad por falsedad, aparecen otras circunstancias materiales que demuestran el fraude desenfadado que se consumó en Versalles. Se examinará la apertura de urnas y el crecimiento desproporcionado de los sufragios en la última media hora de votación.

Apertura de urnas.

Dice el acto acusado "que en el Jurado de Votación número 17, en presencia del representante de la autoridad, los miembros de dicho Jurado abrieron la urna e introdujeron un paquete de papeletas fraudulentas, y que en el Jurado número 23 aparecieron 100 sobre el número de sufragantes".

Estos hechos demuestran que los elementos tenidos en cuenta para la confección de los registros son falsos en cuanto relatan que las personas votaron en número determinado cuando en realidad aparece que hubo fraude e introducción de papeletas en sustitución del acto material de voto de los ciudadanos. Estos hechos, lejos de haber sido desvirtuados en el debate probatorio, han sido confirmados en las pruebas traídas. En efecto: en las copias remitidas por el Secretario del Juzgado del Circuito Penal de Roldanillo, a petición del demandante en este juicio, aparece una serie de pruebas que demuestran de manera clara, evidente y sin lugar a dudas, el monstruoso y burdo fraude cometido en Versalles. De esa pieza son los siguientes párrafos, que se copian:

> "De las declaraciones recibidas a los miembros del Ejército que estuvieron en la población de Versalles el día diez y ocho de marzo del corriente año, o sea el mismo en que se verificaron las elecciones para Representantes al Congreso y Diputados a la Asamblea Departamental, prestando servicio de vigilancia, aparece:
>
> *"Teniente Luis Hernando Ariza:* '....A pesar de la calma que reinó durante todo el debate, a las quince horas fui informado por el Cabo Primero Obando, comandante de la patrulla, que los soldados Hernán Reyes, Arnulfo Loaiza, Gabriel Uribe y Oliver Quintero, de que a varias urnas les habían quitado los sellos, de común acuerdo, los mismos Jurados, y habían depositado votos. De esta anomalía le di cuenta al Alcalde, el cual, a su vez, informó a los Delegados de la Gobernación. Por petición del Alcalde, recorrí en su compañía los diferentes Jurados,

y pudimos constatar que varias urnas se encontraban con los sellos dañados.... Me refiero a que encontré el lacre que iba tapando el papel del sello de la urna. Quiero dejar la aclaración de que no entro a calificar si los sellos fueron rotos adrede o se debió a la mala calidad del lacre. El señor Alcalde reconvino a los Jurados y procedió de nuevo a lacrar las urnas.... No recuerdo el número, pero sí podría dar la localización de un Jurado: el que estaba situado en el ala occidental de la escuela que queda detrás de la casa municipal, y que se llama Escuela 'Alonso Aragón Quintero'; en dicha Escuela funcionaban cinco o seis Jurados; el Jurado que recuerdo que encontramos con el sello desprendido fue el último del tramo occidental....'

"Cabo Pablo Emilio Obando: '....En cumplimiento de mi deber, yo me encontraba ese día (elecciones) pasando revista a los soldados que estaban de guardia en los Jurados de Votación, en la Escuela Urbana de Varones denominada 'Alonso Aragón Quintero', y en la Escuela de Niñas; en las primeras horas de la tarde llegué a un Jurado de Votación, en el cual se encontraba de servicio el soldado Hernán Reyes, y ahí el citado soldado me llamó la atención y me dijo: 'Mi Cabo: ¿qué medidas puedo tomar en caso de que se presente desorden?, pues he visto que unos señores entraron y abrieron la urna y metieron unos papeles.' Yo le dije que iba a informar a mi Teniente Ariza, y que en caso de desorden, por ningún motivo abandona (sic) el puesto. Este Jurado estaba situado en el extremo occidental, y el último Jurado a la derecha de la Escuela de Varones....'

"Soldado Hernán Reyes: '....Yo me encontraba de guardia en el Jurado número 17 de la Escuela denominada 'Alonso Aragón Quintero' cuando a eso *de las tres de la tarde* (subraya el Juzgado), me di cuenta que el papel que estaba de sello en la urna estaba despegado y con el viento se levantaba. Al ratico pude ver cuando tres de los Jurados se entraron hacia la parte del salón y se pusieron a conversar, conversación que no pude oír, y regresaron después, y uno se puso al frente mío como tapándome, impidiéndome la vista, y mientras tanto uno de los otros sacó del bolsillo unos papeles y los echó a la urna. Al instante le pusieron lacre a la urna y siguió la votación normalmente, hasta que llegó mi Cabo Obando, y yo le di parte de lo que había visto....'

"Soldado Gabriel Uribe: '....Yo me encontraba de guardia en un Jurado que funcionaba en la Escuela de Niñas, que quedaba al entrar a dicha Escuela, a mano derecha, cuando *a eso de las tres de la tarde* (subraya el Juzgado), dos de los que estaban de Jurados, uno mono, bajito, y el otro blanco, un poquito más alto, se levantaron y se retiraron a conversar, y al regresar yo vi que la urna ya estaba abierta, y el mono sacó del bolsillo varios votos y los echó a la urna; después se pusieron a cerrarla nuevamente, pegándola con lacre, y al estar cerrándola se les estaba quemando el papel, por lo cual quitaron un pedazo emparejándolo, y lo cerraron. Después se pusieron a leer una lista de cédulas y a chequear, mejor dicho, el uno leía y el otro ponía el número de las cédulas. Al momento llegó mi Cabo Obando; yo le di parte....'

"Soldado Arnulfo Loaiza: '....Yo me encontraba de guardia en un Jurado situado en la Escuela de Niñas, Jurado el cual estaba situado al lado derecho, y era el último de dicha casa, cuando a eso de las *tres de la tarde* (subraya el Juzgado), vi que nos (sic) de los que integraban ese Jurado echaban varias papeletas a la urna. Yo no vi quién abrió la urna, por lo que yo estaba dándoles la espalda a los Jurados, y cuando yo volví la cabeza fue que vi que uno metía varias papeletas a dicha urna. El que metía las papeletas a la urna era alto, delgadito, blanco. Después de que metió las papeletas a la urna, la cerraron entre todos, y el mismo que metió las papeletas la lacró; yo, viendo eso, le dije al soldado Uribe, que estaba cerca, en la misma casa, y él me dijo que ya le había dado parte al Cabo Obando....'

"Soldado Oliver Quintero: '....Yo me encontraba de guardia en un Jurado que estaba situado en la Escuela de Niñas, *a eso de las tres de la tarde* (subraya el Juzgado), cuando me llamó el soldado Uribe, y me dijo que si sería permitido dejar abrir las urnas, por lo que en el Jurado que él estaba habían abierto la urna y habían metido varias papeletas. Yo le dije que no sabía, y me estuve en el Jurado que estaba de guardia; vi que escribían nombres en un papel, pero yo no vi meter papeletas en dicho Jurado....'

"En la diligencia de inspección ocular que obra a folios 93 vuelto, 94 frente y vuelto y 95 frente, que se llevó a efecto con asistencia de los miembros del Ejército Nacional, conocidos de autos; del señor Alcalde Municipal y del señor Personero Municipal de Versalles, se estableció lo siguiente: El Jurado de Votación donde vio el soldado Hernán Reyes los hechos que relata en su declaración, y donde el Teniente Hernando Ariza vio despegado el lacre de los sellos de la urna, funcionó en la Escuela de Varones 'Alonso Aragón Quintero', cuarta puerta entrando a mano derecha, o sea la última, y según manifestación del señor Alcalde, allí estuvo instalado el Jurado de Votación número 17...."

"....El dicho de los soldados —dice el Juez— merece plena credibilidad al Juzgado, por las siguientes razones: porque los miembros del Ejército, siendo ajenos a toda actividad política, sin nexos en la población de Versalles, y de los candidatos, mal podían hacer afirmaciones que no fueran ciertas, y porque no es presumible creer como casual que los sellos de las urnas de tres Jurados de Votación se hubieran desprendido a la misma hora. Fueron tres, porque el Teniente del Ejército Hernando Ariza vio también los sellos desprendidos de la urna del Jurado de Votación que funcionó en la primera puerta, entrando a mano izquierda de la Escuela de Varones 'Alonso Aragón Quintero', o sea donde estuvo el Jurado número 16. Indagatoria de Santiago Gil, folios 69 vuelto y 7).

"Respecto al Jurado de Votación número 16, no hay una sola declaración que diga haber visto depositar votos por miembros del Jurado, estando la urna abierta.

"En el proceso se halla probado con el mismo dicho de las personas a quienes se ha recibido indagatoria, que se examinaban las papeletas de los electores y que no se les exigía cer-

tificado del Jurado Electoral para poder votar cuando teniendo cédula no figuraban en las listas, o estuvieran en desacuerdo el número de ésta, el nombre, o número de registro del censo electoral permanente con las listas de los Jurados de Votación.

"En el Jurado de Votación número diez y siete, en el momento de los escrutinios encontraron los señores Delegados de la Gobernación: *doscientos cincuenta y tres votos* consignados en la urna, y registrados únicamente *ciento sesenta y tres*, por lo cual hubieron de quemar ochenta de ellos, de conformidad con lo ordenado por el artículo 122 de la Ley 85 de 1916. No viene esto a confirmar lo dicho por el soldado Hernán Reyes, cuando el mismo sindicado José Rafael Amaya Hernández, al folio 101, dice que las papeletas las revisaban en ese Jurado *Antonio Velásquez* y otro señor cuyo nombre no recuerda. ¿Cómo es posible que habiendo sido revisadas las papeletas para que no fueran más de una, resultaran tántas y en completo desacuerdo con el registro de electores que se llevaba? Sencillamente allí se cometió el delito indicado por el soldado en su narración. El sindicado Antonio Velásquez dice, al folio 59, que en el Jurado de Votación número 17 le correspondió revisar las papeletas para que no fueran dos...."

Crecimiento cronológico de la votación físicamente imposible.

Dicen los Delegados de la Gobernación lo siguiente:

"....Como es natural, a la una de la tarde la votación entra en un período de calma y deja de ser activa. Quisimos desde ese momento constatarla tomando los datos en cada uno de los doce Jurados (los que funcionaron en la localidad de la población de Versalles). Las cifras obtenidas por horas son como sigue: *Una y media de la tarde:* Jurado número 13, con 180 votos; el número 14, con 115 votos; el número 15, con 83 votos; el número 16, con 61 votos; el número 17, con 83 votos; el número 18, con 82 votos; el número 19, con 70 votos; el número 20, con 92 votos; el número 21, con 72 votos; el número 22, con 28 votos; el número 23, con 105 votos, y el número 24, con 179 votos. Dos horas después, o sea a las tres y media de la tarde, la votación alcanzaba las siguientes cifras en tales Jurados: en el número 13, con 201 votos; en el número 14, con 145 votos; en el número 15, con 98 votos; en el número 16, con 77 votos; en el número 17, con 114 votos; en el número 18, con 195 votos; en el número 19, con 72 votos; en el número 20, con 228 votos, y en el número 24, con 320 votos. Media hora después, o sea al finalizar la elección, y éstos son los datos del escrutinio efectuado el jueves pasado, que nos fueron suministrados por el doctor Aristides Mafla, Inspector Nacional de Cedulación, esos mismos Jurados tuvieron la siguiente votación: 344 votos, el número 13; 175 votos, el número 14; 233 votos, el número 15; 103 votos, el número 16; 173 votos, el número 17; 173 votos, el número 18; 208 votos, el número 19; 238 votos, el número 20; 138 votos, el número 21; 102 votos, el número 22; 305 votos, el número 23, y 351 votos, el número 24. *Totales a la una y media de la tarde:* 1.150 votos; a las tres y media de la tarde: 1.872, y a las cuatro de la tarde: 2.538 votos. Nótese que el Jurado número 13 tenía a las tres y media 201 votos, y en media hora pasó a 344 votos. El Jurado número 15, a las tres y media de la tarde arrojaba 98 votos, y a las cuatro de la tarde tuvo 233 sufragantes. De la una

y media a las cuatro de la tarde, el Jurado número 24 pasó de 179 sufragantes a 351. *Séptimo. Exceso de papeletas.* En el Jurado de Votación número 17 ocurrió lo siguiente: llegada la hora del escrutinio y contadas las papeletas halladas en la urna, resultó ser su número de 253, mientras sólo aparecían registrados 173 sufragantes, por lo cual indicamos que fueran quemadas las ochenta papeletas restantes...."

Este informe de los Delegados de la Gobernación se respalda con las declaraciones del personal de tropa antes transcrito, y, por lo tanto, obra sobre él una presunción de veracidad por tratarse de personas designadas por el Gobernador, y por concordar sus dichos con otros testimonios. El informe de los Delegados indica las horas en que se cometió el fraude, completando así lo aseverado por el personal del Ejército que prestó el servicio de vigilancia. Demuestran esos testimonios de personal investido con cargos del Gobierno que los registros electorales contabilizan como votos de carne y hueso una serie de sufragios espúreos, consignados fraudulenta y cínicamente dentro de las urnas. Los mismos Jurados, según las declaraciones antedichas, fueron en muchos casos los autores del fraude.

Los certificados para votar.

Respecto a la manera como se debe proceder cuando un ciudadano tiene cédula de ciudadanía pero no figura en el registro o censo electoral permanente, existen las disposiciones que se transcriben a continuación:

Ley 31 de 1929, artículo 17: "Aun cuando la lista o censo electoral permanente debe equivaler a la suma de las cédulas electorales expedidas, la presentación de éstas por los electores interesados será suficiente para ejercer la función del sufragio."

Decreto número 544 de 1935: "Para los efectos del artículo 17 de la Ley 31 de 1929, cuando un ciudadano que posea cédula de ciudadanía no figure en las listas parciales enviadas a los Jurados de Votación, tendrá derecho a que el respectivo Jurado Electoral le expida un certificado en que se exprese en cuál de las listas de los Jurados de Votación ha debido figurar, y ante ese Jurado podrá sufragar el ciudadano que se encuentre en tales condiciones."

Además, existe el artículo 10 de la Ley 96 de 1920, que dice así:

"Durante el término de la fijación de las listas a que se refiere el artículo 4º de esta Ley, o en los días subsiguientes hasta el día de la votación, pueden los ciudadanos inscritos o que se inscriban en virtud de reclamación, solicitar del Jurado Electoral un certificado en que conste la inscripción, y el Jurado está en la obligación de expedirlo, haciendo constar, con la especificación de censo especial o general, el nombre y apellido o apellidos del ciudadano y la fecha de su expedición. El certificado llevará las firmas del Presidente, del Vicepresidente y del Secretario del Jurado."

"Con este certificado puede votar el ciudadano a quien corresponda, aunque su nombre no aparezca en las listas del respectivo Jurado de Votación, siempre que el Jurado Electoral no haya comunicado haber sido excluído del censo después de expedido dicho certificado, o el Jurado de Votación no dudare de la identidad del sufragante ni de la autenticidad del certifi-

cado, pues si dudare, podrá exigir que se compruebe como en los demás casos."

"El Jurado Electoral enviará a los Jurados de Votación, junto con la lista de sufragantes, la nómina de los ciudadanos a quienes se hubiere expedido certificado y la de aquellos a quienes se les hubiere cancelado; estas nóminas pueden ser completadas aun el mismo día de las votaciones. Los certificados quedarán en poder del Jurado de Votación, y serán remitidos al Jurado Electoral junto con el acta de escrutinio, las papeletas y los demás documentos que hubieren servido para las votaciones. El Jurado de Votación llevará un registro de los ciudadanos que sufraguen haciendo uso del certificado."

"Los Gobernadores proveerán a los Jurados Electorales de libretas talonarias para la expedición de los certificados de que trata este artículo, rodeándolas de todas las garantías necesarias contra las falsificaciones."

Los Delegados de la Gobernación verificaron que el día de la elección no se dio cumplimiento a estas disposiciones y que las personas votaban con la simple cédula, sin tener en cuenta el número de orden en el censo electoral permanente. No obstante, en la mayoría de los registros de los Jurados de Votación se discrimina el total de los votos en dos partes: unos, que votaron con certificado, y otros, que lo hicieron sin él. La falsedad de esta afirmación se confirma con la constancia que aparece en el acta de escrutinios efectuados por el Jurado Electoral de Versalles, la cual dice:

"Se deja constancia de que en el Jurado Electoral de este Distrito no se expidieron certificados, por la sencilla razón de que las listas enviadas a los Jurados, tanto de la mesa como las que deben ser fijadas, no corresponden en cuanto a sus números con el nombre de los ciudadanos inscritos al frente, por una lamentable deficiencia del censo electoral permanente, deficiencia de la cual han tomado nota los Inspectores de Cedulación Nacional en sus visitas a este Jurado, y de la misma de que se ha dado cuenta al Gobierno Central en repetidas ocasiones...."

De conformidad con el texto del Decreto que se acaba de citar, el certificado es indispensable para poder votar cuando el elector no se encuentra en las listas de votación correspondientes, o su número de orden no concuerda con el del censo electoral. Por esta razón, y debido a las deficiencias de ese censo, la mayoría de la población de Versalles ha debido votar con certificado. No vale decir que se puede votar con la simple cédula, en el caso de que se esté inscrito en un Corregimiento donde al sufragante no le corresponde votar, puesto que este hecho debe también ser demostrado, y no existe decreto reglamentario que haga eficaz esa disposición. Por el contrario, el Decreto antes transcrito exige el certificado como requisito indispensable en el caso que se contempla. En consecuencia, este es otro procedimiento que se utilizó para consumar el fraude. Cuando en los registros de los Jurados de Votación de Versalles se está diciendo que un número determinado de ciudadanos votaron con certificado, se está consignando un hecho falso, a sabiendas de los mismos Jurados, y, por lo tanto, la falsedad de esos registros es ostensible y evidente. En efecto: como antes se ha dicho con insistencia, la falsedad a que se refiere el artículo 14 de la Ley 7ª de 1923, de conformidad con doctrina sentada por el Consejo de Estado, no se refiere únicamente a la adulteración formal de los registros sino también a la falsedad de los hechos que pretenden narrar o acreditar.

En sentencia del 9 de abril de 1942 el Consejo de Estado dijo:

"....La falsedad a que se refiere el artículo 14 ya citado no es únicamente la falsedad material, que es una de sus especies, sino que también comprende la otra especie de falsedad denominada ideológica o intelectual, que, al decir de Ferrara, 'no vicia la forma externa, sino el contenido del acto'.

"Bien dice el salvamento de voto, siguiendo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, que la falsedad puede ser formal, material e intelectual. La primera tiene lugar cuando se hace aparecer que un instrumento ha sido autorizado por un funcionario que no intervino en su otorgamiento, o sea cuando se falsifica la firma misma del funcionario. La segunda, cuando el instrumento original se altera en su contenido, bien por adición o sustracción; y la tercera, cuando el funcionario que ha intervenido en el otorgamiento del instrumento, hace constar en él hechos que no son verdaderos."

Hechos generales que sirven de base para decretar la nulidad.

El fraude se advierte de manera general en la comparación del número de sufragantes hábiles con el de supuestos votantes.

El Consejo Electoral estimó que hubo exceso de votación general presumible, de acuerdo con el número probable de cédulas válidas y el número de personas que aparecen como sufragantes.

Sobre el particular, dice el apoderado del actor, doctor José J. Castro Martínez, lo siguiente:

"En la inspección ocular practicada por el Tribunal Administrativo de Cali sobre los archivos del Jurado Electoral de Versalles nada se encontró que presuma la realización de un fraude. El número de cédulas expedidas o revalidadas en Versalles hasta el 18 de marzo era aproximadamente de 6.256, en tanto que el número de sufragantes apenas llegó a 5.316, es decir, que la pretendida anomalía sustentada por el Consejo Electoral del Valle y por el opositor, en vez de servir de prueba contra las votaciones realizadas en Versalles, se vuelve en favor de éstas, ya que si las listas parciales iban defectuosamente conformadas y significaban una dificultad para el ejercicio del sufragio, al haberse permitido el voto a todo el que presentara su cédula, no obstante no estar en las listas, lo que se hizo fue abrir el campo a una inmensa masa de sufragantes, todos poseedores de sus respectivas cédulas, que alcanzan a un número como en pocos Municipios de similar categoría en la República."

Se observa que si el dato suministrado por el doctor Castro Martínez fuera evidente, y las cédulas expedidas o revalidadas en Versalles hasta el 18 de marzo de 1945 hubieran sido de 6.156, se tendría que al descontar las canceladas, que, según el informe de los Inspectores Nacionales de Cedulación, fechado en marzo de 1943, eran 1.798, no quedarían válidas sino 4.458 cédulas, número inferior al de votantes, que fue de 5.317.

En realidad, el Jurado Electoral del Municipio de Versalles funciona tan deficientemente, que en la inspección ocular practicada allí no se pudo verificar el número exacto de cédulas expedidas ni el de cédulas canceladas. Si tomamos como base la estadística electoral de la Contraloría General de la República, en su más reciente publicación de 1945,

JAIME TOBON VILLEGAS DONACION

se tiene que para las últimas elecciones había en Versalles 6.159 electores hábiles para sufragar, y se emitieron 5.316 votos.

Sobre la base de las cifras de la Contraloría se tiene lo siguiente: En las elecciones de marzo en todo el país votaron 875.679 personas sobre un total de 2.278.502 electores hábiles, o sea que de cada cien electores hábiles votaron solamente 38. En el Valle del Cauca el número total de electores en el Departamento fue de 80.053, sobre un total de cédulas válidas de 213.877, lo que arroja un porcentaje de votación de 33,4%. En cambio, en Versalles, sobre 6.159 electores hábiles, votaron 5.316, lo que representa el porcentaje fantástico de 86,2%, nunca visto en ninguna parte del país en votaciones pulcras. Aparece más extravagante este último porcentaje si se tiene en cuenta que dé conformidad con el acta de los escrutinios del Jurado Electoral de Versalles, ese Municipio es de una gran extensión, y tiene algunos lugares, como El Cairo y Albán, que están situados a más de 37 kilómetros en la cabecera, y sin más medios de comunicación que el transporte a caballo. Se está ante un porcentaje de votación exorbitante en las condiciones normales colombianas, e inusitado para un Municipio tan extenso y sin vías de comunicación. Las corporaciones electorales no pueden declarar nulidad a este respecto sino cuando la cifra de votantes excede al número de sufragantes hábiles para la respectiva elección. Pero como los hechos no deben ser analizados aisladamente sino en relación unos con otros para descubrir su encadenamiento, claro está que el Consejo Electoral del Valle los tuvo en cuenta como factores enunciativos, y ahora el Consejo de Estado los estima legalmente como elementos indiciarios del fraude electoral.

Consideraciones finales.

Las consideraciones anteriores, el análisis de las pruebas y su conformación con los fundamentos de la Resolución acusada, demuestran que la decisión del Consejo Electoral del Valle del Cauca tuvo por efecto condenar ese fraude ostensible, pero lo hizo rebasando sus atribuciones legales. Sólo ahora el Consejo de Estado, ante numerosos y diversos elementos probatorios, puede decretar válidamente esas nulidades.

El demandante presentó algunos documentos que, como las copias del Juzgado del Circuito Penal de Roldanillo, confirman de manera perentoria cómo fueron de impuras las elecciones de aquel Municipio. Si el Juez Penal no ha dictado auto de proceder contra determinadas personas se debe a que los indivduos autores de los delitos contra el sufragio no han sido identificados. El Juez Penal reconoce la existencia del fraude y de los hechos delictuosos, pero no encuentra de manera precisa e indudable a los autores de esos actos. A la jurisdicción contencioso-administrativa no le corresponde fallar imponiendo penas a los autores del fraude. Ni siquiera su misión consiste en descubrirlos, porque para ello existen otras jurisdicciones. A los Tribunales de lo Contencioso Administrativo les corresponde, al obrar como en este caso sobre sucesos que comprometen la Administración Pública y el orden jurídico de la Nación, tener en cuenta los hechos objetivos sin que para anularlos sea necesario identificar primero a los autores del delito. El Juez Penal verifica el fraude y dice claramente que en las piezas del expediente se demostró la consumación de ese delito.

Todo fraude es susceptible de acarrear nulidad. Las leyes colombianas dicen que en materias electorales la falsedad es motivo de nulidad, y sucede que el fraude constituye falsedad. Pero acontece que los Tri-

bunales Administrativos, precisamente porque son Tribunales de la Administración Pública, deben proceder teniendo en cuenta los intereses generales del orden jurídico del país, para lo cual gozan por muchos aspectos de poder de apreciación. Un voto consignado por un menor en una urna, o emitido por una persona con la cédula de un muerto, es un acto fraudulento susceptible de ser anulado. Pero una cosa es la nulidad en abstracto y otra cosa en la práctica. Si en la urna aparece que todos los votos fueron consignados por una misma lista; la anulación del sufragio fraudulento puede decretarse porque se conoce la lista favorecida con ese voto. Pero en otros casos, cuando en las urnas aparecen sufragios por diversas listas, la declaratoria de nulidad tropieza con dificultades prácticas, que sólo pueden resolverse dentro de una equilibrada interpretación de la ley con la apreciación de la magnitud de los hechos por los Jueces Administrativos. Si el fraude se reduce a un voto sería insensato que ese acto aislado acarreara la nulidad del resto de los sufragios que puede ser hasta de 249 papeletas. La nulidad, lejos de favorecer la pureza del sufragio, entrañaría su tergiversación. Pero si el fraude adquiere proporciones desmesuradas y graves sería perjudicial para la purificación de las prácticas electorales que por salvar algunos votos legítimos se fueran a escrutar numerosos votos fraudulenetos. El Juez no es un actor mecánico, que aplica la ley a metraje, sino al través de sus conocimientos jurídicos generales y en consideración a los hechos que se le presentan. Entre la realidad y el derecho no hay una muralla feudal sino una vinculación ineludible. En el caso de autos el fraude aparece como un acto múltiple y sistemático realizado por expertos sobre la materia al través de todo el proceso electoral. Así se ha demostrado con abundantes pruebas, y, por lo tanto, es el caso de aplicar con una clara y severa apreciación de las circunstancias, los preceptos legales que desde hace varios años vienen orientados por un principio general que tiende a desenraizar el fraude de las prácticas electorales del país para que la democracia colombiana, que se gesta en las urnas, tenga en sus fuentes bautismales un origen legal y diáfano.

Las leyes de las últimas décadas convergen sobre este principio, que alienta todo el proceso de la legislación contemporánea de Colombia sobre materias electorales.

En mérito de las consideraciones expuestas, el Consejo de Estado, oído el parecer fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *niega* las peticiones de la demanda formulada por el doctor Luis Felipe Rosales.

Cópiese y notifíquese.

Gonzalo Gaitán, Guillermo Hernández Rodríguez, Tulio Enrique Tascón, Jorge Lamus Girón, Gabriel Carreño Mallarino.—Firmo salvando voto en cuanto se reconocen y consagran como causales de anulación, omisiones e irregularidades que legalmente no tienen tal carácter, y que sólo acarrean responsabilidad penal a sus autores: *Carlos Rivadeneira G.* Hago idéntica salvedad: *Gustavo A. Valbuena.—Luis E. García V.*, Secretario.

Actos de las Asambleas—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán).

Consejo de Estado—Bogotá, cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

El doctor Ricardo Sarmiento Alarcón, en su carácter de apoderado del señor Julio C. Santos, quien a su vez obra en propio nombre y como Gerente de la Compañía Productora de Derivados del Dulce, S. A., domiciliada en esta ciudad, ambos mayores de edad y de esta vecindad, solicitó del Tribunal Administrativo de Bogotá la nulidad del parágrafo 1º del artículo 1º, y la de los artículos 2º y 3º de la Ordenanza número 26 de 30 de junio de 1943, expedida por la Asamblea de Cundinamarca. Solicitó, además, la suspensión provisional de las disposiciones acusadas.

El Magistrado sustanciador, en auto de 1º de septiembre de 1943, admitió la demanda, y dispuso que se le diese el trámite reglamentario. Posteriormente, en auto de 17 de septiembre del mismo año, el Tribunal en pleno decretó la suspensión provisional pedida y reconoció al doctor Jorge López Posada como apoderado especial del Departamento de Cundinamarca, que en esta forma se constituyó en parte opositora a la demanda.

El Consejo de Estado, en proveído de 5 de noviembre del propio año de 1943, y en virtud de apelación legalmente interpuesta y concedida, revocó la suspensión provisional decretada por el inferior para negar, en cambio, esta súplica de la demanda.

Igualmente el mismo señor Julio César Santos, también en propio nombre y como Gerente de la ya citada Compañía, y luégo de acreditar la existencia de la Sociedad en cuyo nombre habla, demandó, ante el mismo Tribunal, la nulidad del artículo 1º del Decreto 1007 de 29 de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres, dictado por el Gobernador de Cundinamarca, "por el cual se dictan normas en desarrollo de las Ordenanzas números 29 de 1935, 34 de 1938 y 26 de 1943, sobre bebidas fermentadas. Esta última demanda también fue admitida por el Tribunal, y de la misma manera, el Departamento de Cundinamarca se constituyó en parte opositora por medio de su apoderado Jorge López Posada.

Dada la estrecha relación existente entre los dos juicios, el Tribunal *a quo*, en proveído de 15 de junio de 1944, decretó su acumulación.

Finalmente, y luégo de surtidos los trámites peculiares de la primera instancia, en sentencia de 13 de noviembre de 1944 se decidió:

> "1º Decláranse *nulos* el parágrafo 1º del artículo 1º, y los artículos 2º y 3º de la Ordenanza número 26 de 30 de junio de 1943, expedida por la Asamblea de Cundinamarca, disponiéndose, en lo que respecta al artículo 3º, que la nulidad que se decreta sólo abarca la parte que dice: 'llenará los vacíos y la

complementará en todos los casos en que así lo juzgue conveniente';

"2º Declárase *nulo* el parágrafo del artículo 1º del Decreto número 1007 de 1943 (diciembre 29), expedido por el Gobernador de Cundinamarca, y

"3º *Niéganse* las demás declaraciones pedidas por el demandante, señor Julio C. Santos, en los dos juicios de que se ha hecho mención en la parte motiva de esta providencia."

De este fallo apelaron el Fiscal del Tribunal de primera instancia, el opositor a la demanda y el demandante.

Concluídos como están los trámites de la segunda instancia, se procede a resolver el recurso, con apoyo en las siguientes consideraciones:

Los actos acusados.

Ordenanza número 26 de 30 de junio de 1943:

"Artículo 1º A partir del primero de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro, el impuesto sobre bebidas fermentadas se cobrará a razón de dos centavos y medio ($ 0.025) por litro, de acuerdo con los términos del artículo 4º de la Ley 47 de 1930.

"Parágrafo. Cuando los índices de jornales y materias primas, tomando como base las cifras que resulten en Bogotá, no sean superiores a los de mayo de 1943, si el precio de venta en fábrica aumenta sobre el que regía el 1º de junio de 1943, el impuesto se percibirá a razón de dos centavos y medio ($ 0.025) por litro, más la cantidad igual al aumento que los industriales apliquen al precio de venta en fábrica, sobre el ya indicado 1º de junio de 1943, hasta llegar a un máximo de impuesto de cinco centavos ($ 0.05) por cada litro de bebidas fermentadas que se produzca. Asimismo, cuando baje el precio de compra de las materias primas (miel, panela, maíz), en el mercado de Bogotá, en relación con el que tenían en el mes de junio de 1943, el impuesto establecido en los dos apartes anteriores del presente artículo se aumenta en la cantidad igual a la disminución del costo de producción causada por el menor precio de las materias primas, hasta el límite máximo de $ 0.05 por litro indicado en el aparte anterior.

"Parágrafo 2º Los trabajadores de los campos tendrán derecho a elaborar en sus casas el guarapo que hayan de consumir en sus labores, ya sea de agua y miel o de panela, con supias o sin ellas, sin que estén obligados a solicitar licencia o a pagar impuesto alguno. Igual derecho tendrán los patrones que quieran suministrar el guarapo de manera gratuita a sus peones."

Como se ve, en el primer miembro del artículo se establece un impuesto de dos centavos y medio por cada litro de bebidas fermentadas. El parágrafo 1º establece una fluctuación en el monto pecuniario del tributo entre dos y medio y cinco centavos por litro, habida consideración del costo de jornales y materias primas en relación con el precio de venta en fábrica y referidos ambos elementos a una época determinada.

El actor únicamente ha acusado el parágrafo 1º Así, pues, ni el inciso ni el parágrafo 2º del artículo están *sub judice*.

Fundamentos de la acusación.

Por varios conceptos ataca el actor el parágrafo preinserto, y que el Consejo habrá de estudiar por separado.

a) Considera el demandante que el parágrafo en cuestión peca contra "la certidumbre en el impuesto". A propósito razona así en el libelo:

> "El artículo 1º de la Ordenanza acusada dispone que a partir del 1º de enero del año entrante el impuesto sobre bebidas fermentadas se cobrará a razón de dos centavos y medio ($ 0.025) por litro, de acuerdo con los términos del artículo 4º de la Ley 47 de 1930. Pero el parágrafo demandado no se ciñe a la disposición legal citada, desde luégo que establece en la tasa fijada un aumento de acuerdo con los índices de jornales y materias primas, así como con la elevación del precio del producto en fábrica. Por medio de este sistema de regular el gravamen con base en la fluctuación del precio de las materias primas y del valor de la mano de obra, se da la apariencia de que se cumplen los términos de la Ley, pero en realidad se viola ésta de modo flagrante. En efecto: la norma superior (artículo 4º de la Ley 47 de 1930), expresa textualmente:
>
> 'Las Asambleas Departamentales gravarán la producción de la chicha y del guarapo con un impuesto no inferior a dos centavos ($ 0.02) por litro, pudiendo elevarlo hasta cinco centavos ($ 0.05).'
>
> "Es evidente que en la disposición acusada se conservan los límites indicados en la Ley; pero no es menos cierto que carece de base legal el sistema adoptado, en cuanto, con grave perjuicio para la seguridad en los cálculos de los fabricantes, elimina la certidumbre en el impuesto, certidumbre que debe expresarse en una cifra dada y que es esencial como criterio fiscal. La Asamblea, para regular el monto del tributo, tenía a su alcance el margen establecido en la Ley —entre dos centavos y cinco centavos por cada litro de fermentadas—, y dentro de ese margen podía hacer la operación impositiva correspondiente, sin tener en cuenta factores que son completamente ajenos a un recto criterio fiscal, y de los cuales no hace mención ninguna la norma que la facultó para realizar la imposición."

En el alegato de conclusión reafirma así sus puntos de vista el demandante:

> "La Ley 47 de 1930 —artículo 4º— ordenó a las Asambleas Departamentales gravar la producción de fermentadas —chicha y guarapo— con un impuesto no inferior a dos centavos por litro, y *autorizó* a las mismas entidades para elevarlo hasta cinco centavos. Es decir, que las Asambleas están obligadas a imponer una tributación mínima de dos centavos a este artículo, y asimismo facultadas para aumentarlo hasta el límite señalado en la Ley, de cinco centavos por litro. El primer miembro del artículo 1º de la Ordenanza se ajusta a la disposición legal citada, al establecer que el impuesto de bebidas fermentadas se cobrará, a partir del 1º de enero del presente año, a razón de dos centavos y medio por litro. Pero, en cambio, el parágrafo 1º del mismo artículo, contraría abiertamente los términos de la Ley, en cuanto señala una escala móvil en el cobro del tributo, tomando como base los índices de precios de la materia prima y de la mano de obra empleada en la producción de las fermentadas."

Adelante prosigue el doctor Sarmiento Alarcón con la misma finalidad:

> "El criterio de certeza en la imposición de los tributos no es un capricho ni siquiera una teoría de los expertos en Hacienda Pública. Es un principio incorporado a la base constitucional de los textos positivos, que tiene su expresión en el artículo que acaba de citarse (citó el 201 de la Carta), y que ha sido insistentemente defendido en amparo del contribuyente y del orden jurídico nacional, tanto por las leyes cuanto por la jurisprudencia del Consejo de Estado. En la Ordenanza acusada este principio queda en absoluto aniquilado, ya que en la imposición del tributo entran en juego una serie de factores que se conjugan para determinar la cuantía, lo que quiere decir, que el monto del impuesto apenas viene a ser conocido por el contribuyente cuando tales factores se determinen. *Certeza,* en el lenguaje tributario, quiere decir, expresión de una cifra dada como cuota de imposición o bases fijas durante determinado período para regularla; pero aquí —es obvio— no cabe cálculo posible de los fabricantes para saber la suma que se les obliga a cubrir al Fisco departamental, desde luégo que ella está sujeta a las oscilaciones de precios, que, en los momentos actuales sobre todo, es de una manifiesta incertiumbre."

El Tribunal, en la sentencia apelada, prohija la tesis del demandante, y para robustecerla alude a este párrafo de Adams Smith, que cita el doctor Esteban Jaramillo en su *Tratado de Hacienda Pública:*

> "El tributo impuesto a cada ciudadano debe ser *cierto,* y no arbitrario. El tiempo, el modo, la cantidad del pago, todo debe ser claro y neto para el contribuyente, así como para toda persona. Un grado de desigualdad muy considerable, según la experiencia de todas las naciones, *no es aproximadamente tan grave mal como un pequeño grado de incertidumbre.*" (El subrayado es del Tribunal).

También cita la sentencia de primera instancia este párrafo tomado de la citada obra del doctor Jaramillo:

> "La segunda máxima, que establece la *certeza* en las contribuciones, tiende a evitar la arbitrariedad, que fue el gran defecto de los impuestos en los antiguos regímenes. Es necesario que el individuo que ha de pagar el tributo sepa de antemano con absoluta precisión en qué tiempo debe hacer el pago, en qué forma ha de efectuarlo, ante qué funcionario y en qué cuantía, a fin de que pueda arreglar sus negocios y tomar sus disposiciones para no verse sorprendido por una deuda que no entraba en sus cálculos. Por otra parte, el contribuyente debe saber con precisión si lo que se le exige está de acuerdo con la disposición legislativa que establece el impuesto."

Tesis del Consejo.

La sanción de nulidad en derecho administrativo surge de la infracción de una norma de carácter superior por otra de carácter inferior. Dentro del principio de la jerarquía de las disposiciones, las de carácter inferior deben respetar las de superior categoría, so pena de nulidad. Innecesario es argumentar en pro de esta tesis unánimemente aceptada y conocida. Ahora bien: meditando detenidamente en las argumentaciones del actor y del Tribunal *a quo,* expuestas en los párrafos trans-

critos arriba, se concluye rectamente que el ataque que se formula al parágrafo acusado se hace consistir, no propiamente en la violación de la ley, que la Ordenanza debía respetar, sino en el quebrantamiento de un principio de ciencia tributaria. Efectivamente, la disposición legal que la demanda señala como violada inmediatamente —artículo 4º de la Ley 47 de 1930— reza textualmente:

> "Las Asambleas Departamentales gravarán la producción de la chicha y del guarapo con un impuesto no inferior a dos centavos ($ 0.02) por litro, pudiendo elevarlo hasta cinco centavos ($ 0.05)."

Este mandato imperativo del legislador se desconocería si la Asamblea hubiera fijado un tributo inferior al mínimo de dos centavos, o superior al máximo de cinco centavos. Pero no lo hizo así. La disposición acusada ni es inferior al mínimo ni superior al máximo, como expresamente lo reconoce el propio demandante cuando dice en su demanda:

> "Es evidente que en la disposición acusada se conservan los límites indicados en la ley;. . . ."

Si, pues, la Ordenanza no excedió los términos de la ley, no se le puede tachar de ilegal, y, consiguientemente, tampoco se le puede formular el cargo de nulidad. La forma de tributación escogida por la Asamblea de Cundinamarca, en la disposición acusada, puede ser contraria a la técnica tributaria o puede ser inconveniente, pero estas cuestiones no corresponde elucidarlas ni a los Tribunales Administrativos, ni al Consejo de Estado, que, como Tribunales de derecho, tienen su radio de acción limitado a las cuestiones de legalidad o constitucionalidad, según las reglas de sus respectivas competencias. Jamás se ha establecido la sanción de nulidad por violación de doctrinas de expositores. Más aún: ni siquiera por violación de principios acogidos por la jurisprudencia de los más altos Tribunales del país.

Por lo demás, la Asamblea buscó la justicia en la fijación del tributo, en atención a circunstancias que hacen variar el costo de producción, y esta forma de tributación no es desconocida en la legislación del país. El mismo impuesto sobre la renta varía de año a año según las variables exenciones a que tiene derecho el contribuyente. La certeza en el impuesto, según el párrafo transcrito de Adam Smith, trata de evitar la arbitrariedad en la tributación, y precisamente eso fue lo que buscó la Asamblea de Cundinamarca, cuando, para hallar la justicia en el monto del gravamen, ordenó tener en consideración circunstancias y factores, que aunque no fueran inicialmente determinados, sí resultaban perfectamente determinables.

Y, por lo que hace a la previsión del contribuyente para sufragar el tributo, aun suponiendo anticientífica la forma adoptada en la Ordenanza, no se encuentra inconveniente alguno. El sabe de antemano cuál es el máximum que le corresponderá pagar y a él puede acomodar sus reservas.

b) El segundo cargo que se le hace a la disposición acusada en la demanda es el de que viola el artículo 201 de la Constitución (hoy 204 de la nueva Codificación Constitucional), que dice:

> "Ninguna contribución indirecta ni aumento de impuesto de esta clase empezará a cobrarse sino seis meses después de promulgada la ley que establezca la contribución o el aumento."

Al respecto, expone la demanda:

> "Por otra parte, con la técnica empleada por la Asamblea Departamental se contraviene al precepto de la Constitución Nacional, contenido en el artículo 201, en cuanto establece que ninguna contribución indirecta ni aumento de impuesto de esta clase empezará a cobrarse sino seis meses después de promulgada la ley (en este caso la Ordenanza), que establezca la contribución o el aumento. Esta regla viene a ser precisamente eludida, ya que a contar de los seis meses de promulgada la Ordenanza 26, el Departamento puede aumentar o hacer efectivo el cobro de un tributo, cuya cuantía no fue determinada en la oportunidad debida, o sea en el momento de la expedición del acto creador de él. Algo más: hechos posteriores a la Ordenanza vendrían a determinar la tasa tributaria."

Y en el alegato de conclusión refuerza el apoderado del demandante sus puntos de vista:

> "No es discutible siquiera, a pesar de los esfuerzos en contrario, que el representante del Departamento ha hecho dentro del juicio, que se trata de un impuesto indirecto. Los argumentos del Tribunal, por una parte, y las exposiciones de los autores de la ciencia financiera, por otra, son incontestables al respecto. Y de ello se saca la lógica consecuencia de que, tratándose, como se trata, de un impuesto de naturaleza indirecta, el sistema de escala móvil establecido viola el artículo 201 de la Carta, desde luégo que, cumplido cualquiera de los eventos fijados como determinantes del alza del tributo, éste se cobraría inmediatamente, y no corridos los seis meses que esta disposición superior señala como término para hacer efectivos válidamente los tributos indirectos."

Las partes y el Tribunal se engolfaron en largas disquisiciones sobre la naturaleza del impuesto reglamentado por la Ordenanza, a efecto de deducir si es directo o indirecto. Para el demandante y el Tribunal se trata de una contribución indirecta, y sólo podía regir seis meses después de promulgada la Ordenanza, como lo disponía el artículo 201 de la antigua Codificación, hoy 204 de la nueva.

La tesis del Consejo.

Para el Consejo de Estado no es necesario, dada la forma como está planteada la acusación, de estudiar el punto planteado en el debate. En efecto: la violación del artículo constitucional que indica la forma de cobrarse los tributos indirectos, la deduce el demandante de la falta de "certeza en el impuesto", que, en su concepto, hace ilegal el parágrafo acusado, según se ve de los pasajes transcritos. Pero demostrado como queda, que la forma de tributación adoptada por la Asamblea, aunque pueda ser inconveniente o contraria a la técnica tributaria, no es ilegal y tampoco nula la disposición que la contiene, el cargo que se estudia se confunde con el primero, y como él, debe rechazarse. Ha dicho el Consejo en reiterada jurisprudencia que la acusación de los actos administrativos sólo puede estudiarse desde el punto de vista que la plantea el demandante. La Ordenanza acusada se expidió el 18 de junio de 1943, y fue sancionada por el Gobernador el día 30 del mismo mes. Según la primera parte del artículo, ella debía empezar a regir "a partir del primero de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro", en lo relativo al impuesto; en lo demás debía regir desde su sanción, conforme al ar-

ticulo 8º, es decir, la Asamblea consideró que el tributo podría cobrarse seis meses después, seguramente para cumplir el precepto constitucional de que se viene hablando. Es verdad que la promulgación únicamente se hizo el 10 de julio de 1943 —fecha de la publicación en la *Gaceta de Cundinamarca*, órgano oficial del Departamento—, y de aquí al primero de enero de 1944 no alcanzaron a transcurrir los seis meses a que se refiere la disposición constitucional. Pero es lo cierto que el demandante concretó la acusación al parágrafo 1º del artículo 1º, y a los artículos 2º y 3º Hé aquí la súplica de la demanda:

> "Que declare la nulidad de las siguientes disposiciones de dicha Ordenanza: parágrafo 1º del artículo 1º, y los artículos 2º y 3º, todos los cuales son inconstitucionales e ilegales."

Y excluyó expresamente de la acusación el inciso 1º del artículo 1º, que es precisamente el que fija la fecha para el cobro del tributo. Que el demandante considera ajustado a la ley el inciso 1º, se deduce de este paso de la demanda:

> "El artículo 1º de la Ordenanza acusada dispone que a partir del 1º de enero del año entrante el impuesto sobre bebidas fermentadas se cobrará a razón de dos centavos y medio ($ 0.025) por litro, *de acuerdo con los términos del artículo 4º de la Ley 47 de 1930* (se subraya). Pero el parágrafo demandado no se ciñe a la disposición legal citada, desde luégo que establece en la tasa fijada un aumento de acuerdo con los índices de jornales y materias primas, así como con la elevación del precio del producto en fábrica."

Ahora bien: no estando demandado el artículo en la parte que fijó la fecha para el cobro del impuesto, el Consejo no puede pronunciarse sobre este punto, so pena de incurrir en el vicio de *extra petita*.

c) El tercer cargo que el actor hace a la disposición acusada es el de que viola el artículo 28 de la antigua Codificación Constitucional —32 de la vigente— porque en su sentir consagra una intervención en las industrias, sin el lleno de los requisitos legales y constitucionales. Expone así su parecer en la demanda:

> "Lo dicho hasta aquí se refiere únicamente al aspecto fiscal; pero en la realidad de las cosas el parágrafo que se acusa no contiene una verdadera disposición impositiva de un tributo, sino que, bajo el pretexto de establecer un gravamen a determinado producto o industria, hay la intención manifiesta de realizar por parte de la Administración departamental una clara intervención en el proceso de la producción, distribución y el consumo, cosa que no podía hacer válidamente la Asamblea de Cundinamarca.
>
> "Si los índices de jornales y materias primas a contar del año entrante no son superiores a los del presente, pero el precio de venta aumenta sobre el que regía el 1º de junio de 1943, el impuesto aumenta, de acuerdo con la base establecida en la Ordenanza; y asimismo, si el precio de las materias primas (miel, panela y maíz), baja en el mercado de Bogotá, en relación con el que tenía en el mes de junio último, también el impuesto aumenta en la misma proporción hasta el límite de cinco centavos. Por lo que se ve, muy claramente, que no se trata aquí de una simple intervención fiscal, para la cual tiene plena facultad la Asamblea, en virtud de mandatos constitucionales y legales, sino que la disposición va más allá al realizar una ver-

dadera intervención de índole económica en todas las etapas de la industria de fermentadas. Ahora bien: este género de intervención estatal no puede verificarse sino mediante una ley expedida por el Congreso Nacional, con formalidades especiales, y nunca por medio de actos administrativos emanados de las corporaciones departamentales o municipales. En ningún sentido son más rígidas las reglas constitucionales en vigencia, y por eso basta leer el texto del acto que se acusa y compararlo con el del artículo 28 de la Constitución Nacional, el cual fue abiertamente violado."

En el alegato de conclusión, prosigue:

"Primero. La disposición acusada, tanto en su texto cuanto en su contenido, implica una intervención manifiesta en la economía de las empresas productoras de fermentadas, pues tiende a regular los precios del artículo por medio del gravamen progresivo que se establece de acuerdo con el valor de las materias primas y del trabajo empleado en producirlo. En otros términos: el impuesto opera aquí, lo que se comprueba con la simple lectura de la disposición de la Ordenanza, como instrumento para regir los precios del producto en fábrica, o sea para impedir su alza cuando los elementos que entran en la producción (materias primas y mano de obra), suben de precio. En último extremo, si esta interpretación, en todo ajustada a la realidad, fuere rechazada, no cabe la menor duda de que por medio del tributo que la Ordenanza establece, se busca gravar la mayor utilidad que puede obtener el fabricante, o, por lo menos, señalar límites a sus beneficios, lo que igualmente contraría las normas de la Constitución y de la ley. En uno u otro caso abiertamente se arriba a la conclusión de que se instaura con este sistema una modalidad de intervención estatal que viola el artículo 28 de la Constitución Nacional."

La tesis del Consejo.

Dice el artículo constitucional que se señala como violado:

"El Estado puede intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho.

"Parágrafo. Las leyes que se dicten en ejercicio de la facultad que otorga este artículo, requieren para su aprobación el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara."

Nada más ajeno al concepto de "intervención" que lo dispuesto en el parágrafo demandado. De su texto y su contexto se deduce que él se limita a fijar un impuesto dentro de un máximum y un mínimum, atendidas ciertas circunstancias económicas. Pero ninguna obligación especial les ha impuesto a los productores. El alcance del artículo 28 lo fija el doctor Tulio Enrique Tascón, en su obra de *Derecho Constitucional*, en los siguientes términos, que, como se verá, están muy distantes del concepto del demandante:

"Esta disposición tiene su origen en el artículo 44 de la Constitución española de 1931, que decía:

'El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias o empresas, cuando así lo exigieren la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional.'

"Como se ve, se omitió en la disposición el fin más importante que se contemplaba en la Constitución española, o sea la intervención en favor de 'los intereses de la economía nacional', acaso porque se pensó que los fenómenos de la producción, distribución y consumo de las riquezas comprendía todo el proceso económico; pero la verdad es que han venido a quedar fuera de la intervención del Estado otras actividades sociales, que no se comprenden dentro de los tres conceptos enunciados.

"En el curso de los debates se objetó el empleo del verbo racionalizar, por considerarlo un neologismo, pero se replicó que era de buena formación, y además, estaba empleado en la Constitución española, y se hizo constar en las actas que el Senado entendía por racionalización lo que había definido como tál la Conferencia Económica Internacional, convocada por la Sociedad de Naciones, a saber:

"Es el conjunto de métodos de técnica y organización, destinados a asegurar el mínimum de pérdida en esfuerzos y en material.

"La producción se puede racionalizar mediante el aumento del rendimiento con el menor costo, con la mejora de las condiciones del trabajo, para darle el máximo de eficiencia con el mínimo de esfuerzo, etc.

"La distribución puede racionalizarse evitando los acaparamientos, la intervención inútil de intermediarios, etc.

"El consumo puede racionalizarse, prohibiendo, por ejemplo, la destrucción de las cosechas (como ha acontecido con la incineración de millones de sacos de café en el Brasil), evitando el derroche de materia prima y de energía, etc.

"La intervención para dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho, consiste en facultar al legislador para fijar salarios mínimos, auxilios de retiro, jubilaciones, seguros, medidas de higiene, participación del obrero en los beneficios de las empresas, etc."

d) En cuarto término objeta el actor el parágrafo de que se viene hablando, por considerarlo contrario al artículo 189 de la antigua Codificación Constitucional —191 de la vigente—, que dice:

"Las Asambleas Departamentales, para cubrir los gastos de administración que les correspondan, podrán establecer contribuciones con las condiciones y dentro de los límites que fije la ley."

Igualmente, considera el demandante que la Asamblea violó el ordinal 3º del artículo 97 del Código de Régimen Político y Municipal, cuyo texto es el siguiente:

"Son funciones de las Asambleas:

"....3º Establecer y organizar los impuestos que necesiten para atender a los gastos de la Administración Pública, con arre-

glo al sistema tributario nacional, pero sin gravar artículos que sean materia de impuestos de la Nación, a menos que para hacerlo se les dé facultad expresa por la ley."

Para fundamentar este cargo dice la demanda:

"Además, el régimen establecido por el parágrafo pugna también con el artículo 189 de la Carta, ya que las Asambleas, si bien tienen capacidad para establecer contribuciones, éstas han de ceñirse a los límites de la ley, y con el único objetivo de 'cubrir los gastos de administración que les correspondan'. En otras palabras: el tributo no puede operar para producir efectos económicos como aquí se pretende, sino simplemente para allegar los recursos que requiera el Fisco Departamental. Por lo dicho, la Ordenanza viola también el artículo 97, facultad 3ª, del Código de Régimen Político y Municipal."

Y en el alegato de conclusión refuerza así sus puntos de vista:

"Conforme al texto y al contenido de la norma acusada, por más que la intervención económica, que es la que en realidad quiere hacerse operar, se disfrace con una aparente intención fiscal, no por eso dejó de violarse el artículo 189 de la Carta, el cual enseña que las Asambleas Departamentales pueden establecer contribuciones con las condiciones y dentro de los límites fijados en la ley, pero sólo para cubrir los gastos de administración que les correspondan. En otras palabras: esta facultad es de orden exclusivamente fiscal, con mira a subvenir los gastos que demande el servicio público, y de ninguna manera el ejercicio de una actividad de carácter económico. Por este aspecto la violación del artículo 189 citado es manifiesta, como también lo es por el hecho de que, en fin de cuentas, no es la Asamblea Departamental —única entidad autorizada de acuerdo con el texto constitucional— la que fija el tributo, sino que en último extremo viene a ser la Gobernación quien realiza este acto al ordenar el aumento o disminución del impuesto, según que las materias primas y la mano de obra varíen de precio en los mercados de Bogotá. Así la facultad que la Carta da a la Asamblea resulta trasladada a la Gobernación, sin base constitucional alguna.

"En el orden legal, las tachas al parágrafo 1º del artículo 1º de la Ordenanza número 26 las expreso brevemente en la forma siguiente:

'El artículo 97, ordinal 3º, del Código de Régimen Político y Municipal, atribuye a las Asambleas la función de establecer y organizar los impuestos departamentales que demanden los gastos de la Administración Pública. Lo dicho anteriormente respecto a la violación del artículo 189 de la Constitución Nacional queda subentendido, como que igualmente implica violación de la disposición legal que acaba de citarse, tanto porque se extienda a otros fines la facultad de la actividad impositiva, cuanto porque la Asamblea no determina la cuota del tributo sino que implícitamente autoriza al Gobernador a fijarla en cada caso, de acuerdo con las bases indeterminadas señaladas en la Ordenanza. Pero ocurre que tampoco las Asambleas son soberanas en el señalamiento de los impuestos que corresponden a los Departamentos, sino que sus actos a este respecto deben arreglarse al

sistema tributario nacional, conforme al mencionado artículo 97, lo que quiere expresar que además de la certeza, de precisión, en el monto del tributo, término dentro del cual debe entrar a regir, período de recaudación y demás circunstancias, no pueden las Asambleas obrar libremente sino que sus actos deberán ceñirse en un todo a las normas de la Constitución y la ley. En el caso presente la época de vigencia, o sea fecha en que el posible aumento del tributo deba entrar a regir, está subordinada a circunstancias eventuales, y no puede contarse conforme la Constitución lo requiere —artículo 201— al caso de los seis meses 'después de promulgada la ley que establezca la contribución o el aumento'. Como se ve con toda claridad, esta norma integrante del régimen tributario nacional no se cumple, sino que, contrariamente, se viola por modo explícito al ponerse en vigencia el sistema de la Ordenanza.

"De la misma manera, el artículo 127 del citado Código de Régimen Político y Municipal queda excedido por la Ordenanza en cuanto confiere al Gobernador —aunque sin expresarlo— la atribución de señalar la cuota que corresponde cubrir a los fabricantes de fermentadas, a partir de la suma de dos centavos y medio, tomada como base inicial, en adelante, cuandoquiera que se cumplan los presupuestos fijados en la Ordenanza. La ley no permite esta especie de traslado de funciones al Gobernador, y la Asamblea, por consiguiente, no puede válidamente atribuírselas."

Tesis del Consejo.

No comparte el Consejo de Estado los puntos de vista del demandante, por las siguientes razones: Primera, porque es forzoso suponer que los dineros que perciben los Departamentos por razón de los tributos, los emplean conforme a la Constitución y a la ley, es decir, para cubrir los gastos de la Administración. Al establecerse un impuesto por la Nación, por un Departamento o por un Municipio, inicialmente estas entidades no tienen obligación de indicar la inversión que vayan a dar a los dineros que perciben. Se supone que entran a fondos comunes para satisfacer los gastos que la Administración demanda. Pero si se les da un destino contrario a los preceptos de la Constitución, de la ley o de la ordenanza, en su caso, entonces lo demandable sería el acto por el cual se da esta destinación equivocada. Segunda, porque, como ya se vio, la Asamblea de Cundinamarca no excedió los términos de la ley, o, mejor, para emplear los términos constitucionales, obró dentro de los límites fijados por el artículo 4º de la Ley 47 de 1930, pues ni fijó un gravamen inferior a dos centavos por litro, ni superior a cinco centavos, también por litro, de bebidas fermentadas que se produzcan. Y tercera. Porque no es el Gobernador el que fija el monto del tributo, como erradamente lo dice el demandante, sino la misma Ordenanza, que dio ciertas bases —precio de materias primas, obra de mano, etc.— para fijarlo, bases éstas indeterminadas, pero perfectamente determinables.

Artículo 2º de la Ordenanza número 26 de 1943. Dice así:

"Facúltase al Ejecutivo para establecer fábricas de bebidas fermentadas en los lugares que lo considere conveniente, y al efecto podrá verificar las operaciones financieras que estime indispensables. El Gobierno podrá establecer fábricas en cualquier Municipio del Departamento, no siéndole aplicable al mismo lo que respecto a la apertura de fábricas en Bogotá establece

el artículo 9º de la Ordenanza número 34 de 1938. Las fábricas que en virtud de este artículo se establezcan ingresarán al Tesoro el valor del impuesto que corresponda a su producción."

La demanda combate así la disposición preinserta:

"El artículo 2º acusado faculta al Ejecutivo Departamental para establecer fábricas de bebidas fermentadas en los lugares que lo estime conveniente, no siéndole aplicable al mismo lo que respecto a la apertura de nuevas fábricas en Bogotá establece el artículo 9º de la Ordenanza número 34 de 1938, y disponiendo que las fábricas que en virtud de la autorización se establezcan cubrirán al Tesoro el valor del impuesto que corresponde a su producción. Los reparos de orden constitucional y legal en relación con este artículo pueden resumirse así: el artículo 186 de la Constitución Nacional atribuye a las Asambleas la dirección y el fomento, por medio de ordenanzas y con los recursos propios del Departamento, de las industrias establecidas y la introducción de otras nuevas. Dentro de este precepto único, que dice relación a la facultad contenida en el artículo 2º de la Ordenanza 26, se comprende la actividad administrativa de dirigir las obras, trabajos, empresas y servicios públicos de propiedad del Departamento y la de fomentar los mismos cuando pertenecen a otras personas o entidades, pero que son de utilidad pública. En relación con las últimas, se acepta por los tratadistas de Derecho Constitucional que deben limitarse a subvencionar las empresas, eximirlas del pago de ciertos impuestos, garantizarles un interés sobre el capital invertido, etc., con los recursos propios del Fisco seccional. Así lo expone con toda autoridad el doctor Tulio Enrique Tascón en su obra de Derecho Constitucional; pero en la disposición acusada la facultad va encaminada a industrializar oficialmente una actividad, en competencia con los particulares que ejercen este ramo de la industria, lo que cae fuera de la norma constitucional atributiva de la competencia de las Asambleas.

"Otra cosa sería que el Departamento asumiera el monopolio de la producción, distribución y expendio de las bebidas fermentadas, pero, desde luégo, con aplicación del artículo 27 de la Codificación Constitucional, o sea indemnizando plenamente a los individuos o entidades a quienes se priva del ejercicio de esta industria.

"La fabricación oficial de fermentadas determinaría un monopolio de hecho en favor del Departamento, una situación que por lo favorable sería lesiva de los derechos de los particulares, competidores, lo cual llevaría, en realidad, a determinar obligación de indemnizar.

"Pero es que ocurre algo más: el inciso 2º del artículo 14 de la Ley 88 de 1928 establece claramente un dilema: los Departamentos pueden: a), imponer un tributo, dentro de tasas movibles, o b), decretar el monopolio de la fabricación de las bebidas. Los dos sistemas se excluyen, no pueden convivir. Si la Asamblea de Cundinamarca quiere establecer un gravamen de dos y medio centavos, escogió un camino y se cerró el otro: no puede autorizar fabricación oficial.

"Conviene establecer: la norma citada no ha sido derogada, sino que, por el contrario, el legislador, como para reafirmar su orientación, la declaró vigente en el artículo 4º de la Ley 47

de 1930, o sea justamente la invocada por la Asamblea como fundamento de la facultad para dictar la acusada Ordenanza.

"Pero, sobre todo, es abiertamente injuridica la pretendida facultad para establecer fábricas en cualquier Municipio del Departamento, con la expresa exoneración de los mandatos de la Ordenanza número 34 de 1938. El artículo 9º de esta Ordenanza dice textualmente:

'Prohíbese en el Departamento la fundación de nuevas fábricas de chicha que no reúnan todas las condiciones requeridas para producir la chicha de primera categoría, de que trata la Resolución número 24 de 1931, dictada por la Dirección Nacional de Higiene.'

"Es decir, que las nuevas fábricas que pueda montar el Gobernador en ejercicio de la autorización del artículo 2º no quedan sometidas al régimen de las disposiciones nacionales sobre higiene, aplicables a los particulares, o sea que se establece abiertamente un privilegio en favor del Departamento. De esta manera la violación del citado artículo 27 de la Carta es notoria, ya que sólo pueden concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación, y del imperio de esta norma no están excluidas las personas de derecho público, como reiteradamente lo ha dicho el Consejo de Estado en fallos conocidos.

"La Ordenanza, pues, ha violado este texto, así como la Resolución número 24 de 1931, dictada por la Dirección Nacional de Higiene. Pero igualmente es violatorio, por el aspecto en que estoy considerando, el mencionado artículo 2º, de los preceptos de varias Leyes, protectoras de la salubridad pública, entre otras: la Ley 88 de 1923, cuyo artículo 7º establece que en adelante sólo se permitirán la fabricación, introducción y expendio de bebidas fermentadas en las condiciones autorizadas por la Dirección Nacional de Higiene o por las autoridades sanitarias departamentales; los artículos 14 y 15 de la Ley 88 de 1928, y el artículo 2º de la Ley 47 de 1930."

El Tribunal, para anular el artículo arriba transcrito, consideró que por medio de él se establecía un monopolio de hecho, contrariando claros principios constitucionales y legales.

Tesis del Consejo.

Monopolio, conforme al Diccionario de la Real Academia Española, es el "aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, bien provenga de un privilegio, bien de otra causa cualquiera".

Ahora bien: la Ordenanza no prohibe en parte alguna que los particulares exploten las fábricas que tienen establecidas o funden nuevas, y, de consiguiente, no puede hablarse de monopolio. A ninguna disposición legal es contrario lo dispuesto por la Asamblea, porque no se encuentra disposición alguna que prohiba a la Nación, a los Departamentos o a los Municipios ejercer ciertas actividades comerciales o industriales, y precisamente por esta razón con frecuencia las entidades de derecho público han establecido almacenes de venta de artículos de primera necesidad, hoteles, etc.

Desde luégo, si llegaren a fundarse esas fábricas, lo cual es facultativo del Gobernador, ellas deberán acomodarse a los requisitos de la Dirección Nacional de Higiene, dados para esta clase de establecimientos.

Resulta absurdo acusar el establecimiento de unas fábricas que aún no se han fundado, porque contravienen requisitos que solamente pueden cumplirse cuando se pongan en ejecución. ¿Que una ordenanza anterior prohibia el establecimiento de fábricas oficiales en el Departamento? Así como no hay leyes ilegales, tampoco hay ordenanzas contrarias a otras ordenanzas. La posterior deroga, subroga o modifica la anterior. La nulidad emerge de la violación de una norma superior por otra inferior, pero no puede hablarse de nulidad respecto de disposiciones de igual categoría.

Artículo 3º ibídem. Es del tenor siguiente:

> "El Gobierno Departamental queda ampliamente autorizado para organizar el control y fiscalización de la renta de bebidas fermentadas en sus diversas fases de fabricación, distribución y expendio, dispondrá lo conveniente para el desarrollo de esta Ordenanza, llenará los vacíos y la completará en todos los casos en que así lo juzgue conveniente."

Para impugnar este artículo dice la demanda:

> "El artículo 3º acusado contiene una autorización al Gobierno Departamental para dictar disposiciones relativas al control y fiscalización de la renta de bebidas fermentadas en sus diversas fases de fabricación, distribución y expendio. Esta norma, en la forma en que está concebida, se aparta de los moldes constitucionales y legales; porque si bien las funciones de fiscalización y control de las rentas pueden ejercerlas las Asambleas por medio de ordenanzas, en cambio carecen de facultad para delegarlas en el Gobernador. Esta clase de autorizaciones, que pretenden asimilarse a las que el Congreso está capacitado para atribuir al Ejecutivo Nacional, carece en absoluto de base constitucional y legal. Las Asambleas sólo pueden conferir autorizaciones relativas a la ejecución de actos administrativos, como celebración de contratos y otras de la misma naturaleza, pero no para dictar normas de carácter general, y mucho menos para completar en la forma que lo juzgue conveniente, como reza la disposición acusada, la regulación establecida en una ordenanza. En este caso ha habido abuso y desviación de las atribuciones propias de la Asamblea; y, por consiguiente, se han violado las reglas contenidas en el artículo 186 de la Constitución Nacional, y del Código de Régimen Político y Municipal, en su artículo 97.
>
> "Conferir al Gobernador facultades extraordinarias, o atribuirle una presunta potestad reglamentaria, como lo quiso hacer la Asamblea de Cundinamarca, viola también el artículo 192 de la Constitución Nacional, así como el artículo 127 del Código de Régimen Político y Municipal. La Asamblea no puede obrar como si fuera Congreso, ni el Gobernador puede ser mirado cual si se tratase de un Presidente seccional."

El Tribunal declaró nulo este artículo únicamente en cuanto dice: "llenará los vacíos y la completará en todos los casos en que así lo juzgue conveniente", y para arribar a esta conclusión razonó:

> "No desconoce el Tribunal la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado en que se admite que los Gobernadores, en orden a la cumplida ejecución de las ordenanzas pueden dictar decretos reglamentarios siempre que no desconozcan o violen



normas de carácter superior. Dicha jurisprudencia ha sido aceptada y acatada por el Tribunal.

"En lo que respecta a la primera parte del artículo 3º de la Ordenanza 26 de 1943, esta corporación ningún reparo tiene que hacerles, porque es indudable que la Asamblea puede autorizar al Gobierno Departamental para organizar el control y fiscalización de las rentas de bebidas fermentadas y para disponer lo conveniente para el desarrollo de la Ordenanza.

"Cree el Tribunal que la facultad de disponer lo conveniente para el desarrollo de la Ordenanza implica necesariamente la de reglamentarla, ciñéndose desde luégo a la parte sustantiva, que es inmodificable. Pero en lo tocante con la última parte del aludido artículo, que dice: 'llenará los vacíos y la completará en todos los casos en que así lo juzgue conveniente', estima este mismo Tribunal que ello entraña una delegación de funciones propias de la Asamblea, que no le es permitido delegar, pues no existe facultad constitucional al respecto. La forma en que está concebida esta última parte del artículo que se comenta parece dar a entender que el Gobierno Departamental puede completar la Ordenanza, es decir, dictar nuevas disposiciones de carácter legislativo, que no se contemplan en ella. Por esta razón, y no por ninguna otra, es por la que se considera que esa última parte del artículo es violatoria de los artículos 182 y 192 de la Constitución Nacional, que fijan las atribuciones de las Asambleas y de los Gobernadores, respectivamente."

Tesis del Consejo.

Ha sostenido el Consejo de Estado, con muy buen juicio, que a pesar de que no hay texto expreso de la Constitución o de la ley, que confiera a los Gobernadores la potestad reglamentaria, sin embargo, la función de ejecutores de las ordenanzas, que tienen, implica necesariamente la facultad de expedir reglamentos. Y esta facultad no sólo no contraría ningún texto expreso de la Constitución o de la ley, sino que se conforma con el espíritu general de la legislación. En efecto: ya el Código de Régimen Político y Municipal hablaba de "los reglamentos de los Gobernadores", y el inciso 3º del artículo 63 del Código Contencioso Administrativo vino a disipar toda duda cuando dispuso que "serán acusables los actos de carácter particular de las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden departamental", "por violación de los decretos y *reglamentos de los Gobernadores*". Si, pues, los Gobernadores tienen de suyo la potestad reglamentaria, nada impedía que la Asamblea se la reafirmara en forma expresa al de Cundinamarca. El artículo acusado no hace otra cosa. Pero si el Gobernador, al expedir el reglamento excede los términos de la ordenanza, ya contrariándola, ya quebrantando otras normas de carácter superior, entonces lo demandable sería el acto del Gobernador que así procediera, mas no la ordenanza, que se limitó a facultar al Gobernador para que pusiera en movimiento la norma abstracta, general e impersonal de la Asamblea.

Artículo 1º del Decreto número 1007 de 29 de diciembre de 1943, expedido por el Gobernador de Cundinamarca. Este artículo, que es el único acusado del Decreto, dice:

"El impuesto sobre producción de bebidas fermentadas se cobrará a razón de dos y medio centavos ($ 0.025) por cada litro, a partir del diez (10) de enero de 1944.

"Parágrafo. Cuando los índices de jornales y materias primas elaborados por la Contraloría General de la República, tomando como base las cifras que resulten en Bogotá, no sean superiores a las de mayo de 1943, si el precio de venta de fábrica aumenta sobre el que regía el 1º de junio de 1943, el impuesto se percibirá a razón de dos y medio centavos ($ 0.025) por litro. más la cantidad igual al aumento en litro que los industriales apliquen al precio de venta en fábrica sobre el ya indicado 1º de junio de 1943 hasta llegar a un máximum de impuesto de cinco centavos ($ 0.05) por cada litro de bebidas fermentadas que se produzca.

"Asimismo, cuando baje el precio de compra de las materias primas (miel, panela, maiz) en el mercado de Bogotá, en relación con el que tenían en el mes de junio de 1943, el impuesto establecido en los dos primeros apartes de este artículo se aumenta en la cantidad igual a la disminución del costo de producción causada por el menor precio de las materias primas hasta el límite máximo de cinco centavos ($ 0.05) por litro indicado en el aparte anterior."

Con una sola modificación, de que se hablará más adelante, el Gobernador se limitó a copiar literalmente en el Decreto acusado el artículo 1º de la Ordenanza número 26 de 1943, largamente estudiado en la primera parte de esta sentencia, y los fundamentos de la acusación son en el fondo los mismos que se opusieron a la Ordenanza. Por manera que lo dicho respecto de la Ordenanza, debe aplicarse al Decreto. La única novedad introducida consistió en que la Ordenanza disponía que el impuesto se cobrara a partir del 1º de enero de 1944, y el Decreto dispuso que se cobrara desde el 10 del propio julio, justamente para respetar el artículo 201 de la antigua Codificación Constitucional —204 de la Codificación vigente—, desde luégo que la Ordenanza se promulgó el día 10 de julio de 1943 —fecha de su inserción en el periódico oficial del Departamento— y era preciso dejar transcurrir los seis meses de que habla la Constitución para poder hacer efectivo el tributo.

El argumento que hace el demandante de que en realidad el impuesto establecido por el Departamento es sobre la renta, no es aceptable: primero, porque ese cargo ha debido hacérsele a la Ordenanza, que fue la que dispuso la manera como se debía cobrar el tributo, pero no al Decreto, porque los Gobernadores no tienen la facultad dispositiva, y su misión se reduce a cumplir lo dispuesto en las ordenanzas; y segundo, porque el impuesto de que se trata es un clásico impuesto de consumo, que incide a la postre en los consumidores, aunque el productor lo pague en la fuente.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y en desacuerdo con el concepto fiscal, *revoca* la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Bogotá con fecha trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, recaída a los presentes juicios acumulados, iniciados por Julio C. Santos y por la Compañía Productora de Derivados del Dulce, S. A., y en su lugar *falla:*

1º *No es nulo* el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ordenanza número 26 de 30 de junio de 1943;

2º *No son nulos* los artículos 2º y 3º de la Ordenanza citada en el numeral anterior;

3º *No es nulo* el artículo 1º del Decreto 1007 de 29 de diciembre de 1943.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gonzalo Gaitán, Gustavo A. Valbuena, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón, Jorge Lamus Girón, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

Decretos del Gobierno—Nulidad

(Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán).

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

El señor doctor Manuel Cortés Martínez, abogado, mayor y de esta vecindad, en ejercicio del poder especial que le ha conferido el doctor Camilo Torres Parra, también mayor y de la misma vecindad, quien obra en propio nombre y en nombre y representación del Sindicato de Empleados del Ministerio de Minas y Petróleos, como Presidente de esta asociación, que tiene personería jurídica, y debidamente autorizado por la Junta Directiva, ha demandado ante esta corporación la nulidad total del Decreto ejecutivo número 746 de 24 de marzo de 1945, originario del Ministerio de Minas y Petróleos.

El juicio ha soportado los trámites de rigor, y debe recibir la correspondiente sentencia.

El Fiscal de la corporación conceptúa que el Decreto acusado es nulo, y pide, en consecuencia, que se acceda a decretar la súplica de la demanda en conformidad con ella.

El Decreto acusado es del tenor siguiente:

"Artículo 1º No quedan comprendidos en el Escalafón de la Carrera Administrativa, del Ministerio de Minas y Petróleos, los empleos que en seguida se indican:

"El Secretario General del Ministerio y los Auxiliares de la Sección Primera.
"El Secretario Privado del Ministro.
"Los Abogados de la Sección Segunda y su Ayudante.
"Los Directores de Sección, excepto el Jefe de Contabilidad.
"Los Revisores de las Secciones Cuarta y Séptima.
"Los Ingenieros Inspectores.
"Los Inspectores Residentes.
"El Ingeniero-Administrador de las minas de Muzo y Coscuez.

"Artículo 2º Los funcionarios que ocupen algunos de los cargos a que se refiere el artículo precedente, y que hubieren sido debidamente escalafonados con anterioridad al presente Decreto, continuarán disfrutando de la inamovilidad a que tienen derecho conforme al aparte a) del artículo 2º de la Ley 165 de 1938, mientras no se les compruebe, mediante el procedimiento requerido, que han infringido los deberes oficiales y morales correlativos.

"Artículo 3º Este Decreto rige desde su fecha y modifica. adicionándolo, el artículo 8º del Decreto número 1095 de 1941, sobre Escalafón de Empleos del Ministerio de Minas y Petróleos.

"Comuníquese, publíquese y cúmplase.

"Dado en Bogotá a 24 de marzo de 1945.

"*ALFONSO LOPEZ*—El Ministro de Trabajo, Higiene y Previsión Social, *Adán Arriaga Andrade*—El Ministro de Minas y Petróleos, *Néstor Pineda.*"

Los hechos en que el demandante apoya la acción se hallan así expuestos en el libelo:

"Primero. La Ley 165 de 1938 creó la Carrera Administrativa, determinó en qué derechos consiste ésta, señaló los requisitos que se exigen para gozar de tales derechos, etc., y, en el artículo 4º, precisó las excepciones, esto es, dijo cuáles empleados no gozarían de la Carrera Administrativa.

"Segundo. El Gobierno reglamentó la Ley mencionada mediante el Decreto ejecutivo número 2091 de 1939 (octubre 30).

"Tercero. El Gobierno dictó el Decreto número 1095 de 1941, orgánico del Escalafón de Empleados del Ministerio de Minas y Petróleos, y, en tal virtud, fueron inscritos varios empleados.

"Cuarto. El día 24 de marzo del presente año el Gobierno dictó el Decreto que aquí se acusa, por medio del cual se declara que no están comprendidos en el Escalafón de la Carrera Administrativa de dicho Ministerio de Minas y Petróleos los empleos que allí se detallan, es decir, prácticamente todos los que componen el personal de ese Despacho Ejecutivo, pues basta ver la nómina para convencerse de que —según tal Decreto— solamente las Mecanotaquígrafas, el Portero y los Carteros quedan en el Escalafón, esto es, gozando de los beneficios de la Carrera Administrativa, violando así los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley 165 de 1938."

Las razones de derecho se hallan muy bien expuestas en la demanda, y por ello el Consejo las transcribe. Dice así el doctor Cortés Martínez:

"La principal queda expuesta en el hecho cuarto del acápite anterior, pues el Decreto debe anularse porque viola directamente los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley 165 de 1938.

"Viola el primero de los artículos citados, porque excluye de la Carrera Administrativa a empleos que prestan servicios administrativos permanentes, para los cuales crea aquél, según su propio texto literal, la Carrera Administrativa.

"Viola los artículos 2º y 3º, porque limita los beneficios de la Carrera Administrativa a sólo el derecho de inamovilidad que consagra el aparte a) del artículo 2º en referencia, y les arrebata o cercena los otros derechos, como el de ser ascendidos, y los detallados en el artículo 3º, 'a funcionarios que ocupen alguno de los cargos a que se refiere el artículo', que excluye de la Carrera Administrativa todos o la inmensa mayoría de los empleos de la nómina del Ministerio de Minas y Petróleos.

"Hay una oposición flagrante entre las disposiciones de la Ley y lo dispuesto en el Decreto acusado. Esa oposición acarrea la nulidad del último.

"Viola el Decreto lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley en referencia, porque los empleos que el Decreto excluye son del

ramo administrativo, y de éstos dice la Ley que 'quedan comprendidos en la Carrera Administrativa'; y no están en ninguno de los casos de excepciones allí contemplados, exclusión hecha del Secretario General del Ministerio (que no estaba en el Escalafón); del Secretario Privado del Ministro (que tampoco estaba), y del de Administrador de las Minas de Muzo y Coscuez, que ya estaba excluido por el Decreto 1095.

"Los cargos de Abogados de la Sección Segunda, y su Ayudante; de Directores de Sección, de Revisores de las Secciones Cuarta y Séptima, de Ingenieros e Inspectores Residentes, son los excluidos por el Decreto acusado; no tienen jurisdicción ni autoridad, ni mando; no son ni pueden considerarse, sin abierta arbitrariedad, agentes del Presidente de la República; ni ejercen funciones de significación política, poca ni mucha, pues son cargos de carácter eminentemente técnico; ni ejercen funciones económicas o políticas, 'que se rijan por un estatuto distinto de la Carrera Administrativa'. Todos esos son empleados administrativos de carácter permanente, y están comprendidos, por mandato de la disposición legal invocada antes, en la Carrera Administrativa.

"Pero es más: una vez formado el Escalafón y aprobado por el Gobierno, éste hizo uso de la facultad de señalar exclusiones, que no es permanente sino exhaustiva. Una vez ejecutada, se extingue. Luego el Gobierno, al dictar el Decreto acusado, cometió un verdadero exceso de poder, porque no tenía facultad legal para proferirlo.

"Por el hecho de ser admitido en la Carrera Administrativa, e inscrito en el Escalafón respectivo, el empleado *adquiere* el derecho a ser ascendido cuando se presente la vacante de un cargo de superior categoría (artículo 12 del Decreto 2091 de 1939). El Decreto acusado arrebata a los empleados del Ministerio de Minas y Petróleos, que están inscritos en el Escalafón, un *derecho adquirido.* Por este aspecto, pues, el Decreto que se demanda es ilegal. Viola lo preceptuado por el artículo 28 de la Ley 153 de 1887, que se limita a desarrollar el canon constitucional según el cual 'los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores' (artículo 31 de la Constitución de 1886). Y si no lo pueden ser por mandato del legislador, mucho menos lo serán por disposición del Ejecutivo."

El Consejo de Estado, para resolver, considera:

Conforme a la Ley 165 de 1938, que creó la Carrera Administrativa en Colombia, todo empleado puede acogerse a los beneficios que ella otorga a sus afiliados. Esta es la regla general. Sólo por excepción —y las excepciones son de interpretación restrictiva— algunos empleados quedan excluídos de la Carrera Administrativa. Las excepciones están enumeradas en forma taxativa en el artículo 4º ibidem, concorde con el 8º del Decreto reglamentario de la citada Ley, distinguido con el número 2091 y expedido el día 30 de octubre de 1939. Estas disposiciones dicen textualmente:

Artículo 4º de la Ley 165 de 1938:

"Para los efectos de esta Ley, quedan comprendidos en la Carrera Administrativa todos los empleados públicos que presten sus servicios en los ramos fiscal y administrativo, conforme a

los artículos 39 y 40 del Código Político y Municipal, con las siguientes excepciones:

"a) Los empleados que ejerzan jurisdicción o autoridad y sus Secretarios;

"b) Los agentes del Presidente de la República o de los Gobernadores, Intendentes y Comisarios, y aquellos que aunque no tengan tal carácter, su designación tenga una significación esencialmente política, como los Secretarios de los Ministros, Gobernadores, Intendentes y Comisarios;

"c) Los empleados nombrados por las Cámaras Legislativas, por las Asambleas Departamentales y por los Concejos;

"d) Los empleados y Agentes de Policía y Resguardos de Rentas;

"e) Los empleados del ramo Electoral;

"f) Los funcionarios del Ministerio Público;

"g) Los empleados de la Presidencia de la República;

"h) Los que estén incorporados en carreras especiales, e

"i) Los demás que, a juicio del Gobierno, tengan funciones políticas o económicas que se rijan por un estatuto distinto del de la Carrera Administrativa."

Artículo 8º del Decreto 2091 de 1939:

"Están excluídos de la Carrera Administrativa:

"I. Los empleados que ejerzan jurisdicción o autoridad, y sus Secretarios.

"Ejercen jurisdicción o autoridad los empleados cuyas providencias y decisiones son de obligatorio cumplimiento.

"Según la regla anterior, los Ministros del Despacho o Jefes de los Departamentos Administrativos Nacionales determinarán, de acuerdo con el Escalafón de cada ramo, qué empleados son de jurisdicción o autoridad.

"II. Los agentes del Presidente de la República, de los Gobernadores, Intendentes y Comisarios. Para el sólo efecto de la Carrera Administrativa, se consideran como tales, fuera de los empleados excluidos de la Carrera, por virtud de otras disposiciones de la Ley y de este Decreto, el Director del Departamento Nacional de Provisiones, el Tesorero General de la República, el Superintendente Bancario y Delegado, los Inspectores de Enseñanza, los Agentes Diplomáticos, los Administradores y Gerentes de Rentas Departamentales, los Directores de Obras Públicas Departamentales, los Administradores Generales del Tesoro Departamental y los demás que se señalen en decretos especiales.

"III. Los empleados cuya designación tenga un significado esencialmente político. Se determinarán los empleados comprendidos por esta disposición mediante decretos especiales.

"IV. Los empleados nombrados por las Cámaras Legislativas, por las Asambleas Departamentales y por los Concejos.

"V. Los empleados y Agentes de Policía y Resguardos de Rentas.

"VI. Los empleados del ramo Electoral.

"VII. Los Agentes del Ministerio Público, o sean el Procurador General de la Nación, los Fiscales de los Tribunales y Juzgados Superiores y los Personeros Municipales.

"VIII. Los empleados de la Presidencia de la República.

"IX. Los empleados que estén incorporados en carreras especiales y gocen, por consiguiente, de las mismas prerrogativas que se establezcan por la Ley 165 de 1938 y por este Decreto. Los empleados comprendidos por esta excepción deberán determinarse mediante decreto especial.

"X. Los empleados que, conforme a la declaración de un decreto especial, tengan funciones políticas o económicas que se rijan por un estatuto distinto del de la Carrera Administrativa."

Ahora bien: por Decreto número 1095 de 17 de junio de 1941 estaba aprobado ya el Escalafón de Empleados del Ministerio de Minas y Petróleos, elaborado por el Consejo Nacional de Administración y Disciplina, sobre la base del proyecto que dicho Ministerio le sometió. Mediante el Decreto acusado se pretende excluir del Escalafón a empleados que tenian derecho a figurar en él, mediante el lleno de los requisitos legales, y a empleados que ya pertenecían a la Carrera Administrativa. Y este proceder contraría abiertamente el estatuto del empleado. Ningún motivo legal aduce el Ministerio para tratar de excluir de los beneficios de la Carrera Administrativa a empleados ya amparados por ella, o que tenían derecho a ingresar a la Carrera. En efecto: ni se afirma que los empleados excluidos por el Decreto acusado ejerzan mando o jurisdicción, motivo principal que priva del derecho a ser escalafonados; ni que sean agentes del Presidente de la República, de los Gobernadores, Intendentes o Comisarios; ni tampoco que sus empleos tengan una significación esencialmente política. En fin, no se aduce ningún motivo de inhabilidad legal para pertenecer a la Carrera Administrativa, en conformidad con las disposiciones preinsertas. Muy por el contrario, los considerandos del Decreto acusado demuestran paladinamente que el propósito de él fue esquivar la Ley de la Carrera Administrativa, Ley que, si es inconveniente, puede ser derogada por el Congreso, pero mientras esté rigiendo debe cumplirse estrictamente. Dicen esos considerandos:

"*Decreto número 746 de 1945 (marzo 24)*, por el cual se modifica y adiciona una disposición del Decreto número 1095 de 1941, sobre Escalafón de Empleos del Ministerio de Minas y Petróleos.—*El Presidente de la República de Colombia*, en ejercicio de sus facultades legales, y *considerando:*

"Que la experiencia ha comprobado que la delicadeza especial de los negocios peculiares del Ministerio de Minas y Petróleos, exige que algunos funcionarios de ese ramo puedan ser escogidos libremente por el Gobierno como sus agentes de confianza y discreción absolutas;

"Que por Decreto número 872 de 1944 se reorganizó aquel Despacho ministerial, y se hace indispensable señalar los empleos que no quedan comprendidos en la Carrera Administrativa, conforme a los incisos b) e i) del artículo 4º de la Ley 165 de 1938, modificando y adicionando el Decreto-Escalafón del ramo, número 1095 de 1941;

"Que, según los ordinales c) de la Ley 165 de 1938, y b) del Decreto reglamentario número 2091 de 1939, se ha consultado previamente al Consejo Nacional de Administración y Disciplina, *decreta:*

"..... ...."

El primer considerando entraña un ataque formal a la Ley de Carrera Administrativa, porque si *"la experiencia ha comprobado que la*

delicadeza especial de los negocios peculiares del Ministerio de Minas y Petróleos, exige que algunos funcionarios de ese ramo puedan ser escogidos libremente por el Gobierno como sus agentes de confianza y discreción absolutas", esto mismo se podría predicar de todos los empleados del país. Fuerza es suponer que todo empleado desempeña funciones delicadas y debe gozar de la absoluta confianza de sus superiores. Y en estas condiciones, lo procedente, lo legal, sería derogar la Ley de la Carrera Administrativa, por inconveniente. Con la misma lógica todos los Ministerios podrían dictar decretos semejantes al que es materia de la acusación, e incurriendo en lo que se llama el fraude a la ley, el estatuto que ampara al empleado, expedido por el Congreso de 1938, quedaría convertido en letra muerta. Se llegaría al grave precedente de que por medio de decretos se hicieran ineficaces las leyes. Por otra parte, por medio de un decreto no se les puede dar el carácter de "agente del Gobierno" a quienes conforme a la técnica no lo tengan.

El segundo considerando resulta también inválido, porque la circunstancia de la reorganización del Ministerio no autoriza para excluir de la Carrera Administrativa a quienes tengan derecho a pertenecer a ella, y, por lo demás, sería medio fácil ocurrir a "reorganizaciones" para alterar el *status* de los empleados, con grave detrimento de la Ley que los protege.

Finalmente, el tercer considerando resulta desvirtuado en los autos. Se dice en él que el Decreto fue consultado previamente con el Consejo Nacional de Administración y Disciplina, en conformidad con lo dispuesto en los ordinales c) de la Ley 165 de 1938 (sic) y b) del Decreto reglamentario número 2091 de 1939 (sic), y el Consejo Nacional de Administración y Disciplina, en carta dirigida al Presidente del Sindicato de Empleados del Ministerio de Minas y Petróleos, acompañada a la demanda, cuya autenticidad no ha sido discutida, y que, por tanto, hace prueba al tenor de lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 597 del Código Judicial, infirma categóricamente lo afirmado en el considerando en referencia. Importa conocer el tenor literal de este importante documento. Dice así:

"República de Colombia—Consejo Nacional de Administración y Disciplina—(Carrera Administrativa)—Número 6846/6.

Bogotá, abril 20 de 1945.

"Señor doctor Camilo Torres Parra, Presidente del Sindicato de Empleados del Ministerio de Minas y Petróleos—Presente.

"En referencia a la atenta comunicación número 37 de 17 de abril en curso, por medio de la cual usted se permite transcribir la proposición aprobada por ese importante organismo, queremos significarle que el Consejo tomó juiciosa información de ella y del propósito de demandar ante el honorable Consejo de Estado el Decreto ejecutivo número 746 de 1945, originario del Ministerio de Minas y Petróleos.

"El citado Decreto fue conocido oficialmente por el Consejo en fecha posterior a su expedición, por lo cual no pudo emitir su concepto previo en este particular. Mas, ante los señores Ministros de Trabajo y de Minas, el señor Secretario de esta corporación tuvo oportunidad de hacer algunas aclaraciones legales y de conveniencia con referencia al proyecto de decreto, con el fin de evitar reclamaciones posteriores, según manifestación hecha por él a esta entidad.

"Sin otro particular, quedamos de ustedes sus atentos servidores,

"(Firmados): *Manuel M. Núñez,* Presidente—*Jorge E. Gómez,* Vicepresidente—*José de J. Camacho,* Vocal."

Así, pues, el Consejo Nacional de Administración y Disciplina sólo vino a conocer el Decreto después de su expedición, con manifiesto quebrantamiento de la intervención que a este organismo corresponde en relación con la formación de los escalafones de empleados, en conformidad con los artículos 11 de la Ley y 2º de su Decreto reglamentario.

En síntesis: el Ministerio sólo podía excluir del Escalafón a aquellos empleados que estuviesen indebidamente escalafonados, según las disposiciones ya transcritas de la Ley y del Decreto. Esta misma tesis fue sostenida ya por el Consejo de Estado (ponente, doctor Tulio Enrique Tascón), en el juicio sobre nulidad de la Resolución número 113 de 19 de febrero de 1944, dictada por la Contraloría General de la República, iniciado por el señor Ernesto Calderón F.

El Fiscal de la corporación, para sustentar esta misma tesis, y después de reproducir el Decreto acusado, hace estos razonamientos, que el Consejo comparte en su integridad, y los incluye como fundamentos de la sentencia:

"Como fácilmente puede verse, a excepción del Secretario General del Ministerio de Minas y Petróleos y del Secretario Privado del Ministro, todos los demás empleados que se relacionan en el Decreto transcrito figuran en el Escalafón del ramo, elaborado por el Consejo Nacional de Administración y Disciplina y aprobado por medio del Decreto del Gobierno, número 1095 de 1941. De modo que al ser excluídos estos últimos empleos del respectivo Escalafón, sin que se hubiera *consultado previamente* la medida con el mismo Consejo Nacional de Administración y Disciplina, como lo afirma esta entidad en comprobantes que figuran en el proceso, tal circunstancia la considero suficiente para decretar la nulidad impetrada, pues la ausencia de dicho requisito contraviene lo establecido en los artículos 11 de la Ley 165 de 1938 y 2º del Decreto reglamentario número 2091 de 1939.

"La importancia de la consulta es innegable, comoquiera que el propio Gobierno la creyó necesaria para proceder a la reforma del Escalafón, y por eso, en el último de los considerandos del Decreto acusado, se lee lo siguiente: 'Que, según los ordinales c) de la Ley 165 de 1938, y b) del Decreto reglamentario número 2091 de 1939, *se ha consultado previamente al Consejo Nacional de Administración y Disciplina';* pero tal aseveración resulta infirmada con los documentos que figuran a los folios 13 y 14, como ya se dijo. Y es que si al Consejo Nacional de Administración y Disciplina le está encomendada expresamente la formación del Escalafón de los empleados de la Carrera Administrativa, es lógico que sea la misma entidad la que dispone de facultad legal para reformarlo o adicionarlo, requiriendo para su validez la aprobación del Gobierno.

"Por otra parte, el Consejo de Estado tiene establecida la doctrina de que estando incluídos en el Escalafón de la Carrera Administrativa aquellos empleados que son luégo excluídos por otra resolución, 'es menester que en alguna forma aparezca

acreditado que dichos empleados ejercen jurisdicción o autoridad, puesto que es de presumir que, al haberlos incluído en el Escalafón el Poder Ejecutivo.... era porque del estudio de sus respectivas funciones se llegó a la conclusión de que no ejercían jurisdicción o autoridad, y que por este motivo no estaban excluídos de la Carrera Administrativa, en los términos de la Ley 165 y del Decreto 2091.' (Sentencia de 24 de noviembre de 1944, recaída a la demanda de Ernesto Calderón F.).

"En el presente caso, sucede otro tanto: el Consejo Nacional de Administración y Disciplina elaboró el Escalafón de Empleados del Ministerio de Minas y Petróleos, en el cual quedaron incluídos los Auxiliares de Sección, los Abogados de Sección, los Directores de Sección, los Revisores, los Ingenieros, los Inspectores Residentes y el Administrador de las Minas de Muzo y Coscuez, y el Gobierno le impartió su aprobación por medio del Decreto 1095 de 1941, seguramente en la inteligencia de que ninguno de aquellos empleos llevan anexa autoridad o jurisdicción, y de que tampoco están comprendidos en las demás excepciones establecidas en el artículo 4º de la citada Ley 165. Luego es evidente que por el hecho de formar parte tales empleos del Escalafón, existe por el mismo motivo la presunción de no hallarse comprendidos en ninguna de las causales que los inhabilite para figurar en la Carrera Administrativa, y que, por consiguiente, al ser excluídos mediante el Decreto 746, se quebrantaron los artículos 4º de la Ley 165 y 8º del Decreto 2091.

"Ahora bien: por el artículo 2º del Decreto acusado el Gobierno dejó a salvo el derecho a la *inamovilidad* respecto a 'los funcionarios que ocupen algunos de los cargos de que trata el artículo 1º'. Pero como los empleados escalafonados en la Carrera Administrativa tienen no solamente derecho a la inamovilidad, sino también *a ser ascendidos* en caso de que se halle vacante un cargo de mejores condiciones dentro de la jerarquía especial del ramo, según sus méritos y competencia, como lo estatuye el inciso b) del artículo 2º de la Ley 165 de 1938, resulta incuestionable que el artículo a que me refiero, del Decreto demandado, desconoce a los empleados inscritos en el Escalafón del Ministerio de Minas y Petróleos el derecho al ascenso, y que, por este concepto, es violatorio del estatuto que creó la Carrera Administrativa.

"*En resumen:* La reforma y modificación hecha por el Decreto 746 de 1945 al Escalafón de Empleados del Ministerio de Minas y Petróleos, no se consultó previamente con el Consejo Nacional de Administración y Disciplina. No se halla legalmente demostrado que los empleos excluídos del Escalafón por el mencionado Decreto, a excepción del Secretario General del Ministerio y el Secretario Privado del Ministro, estén comprendidos dentro de alguna de las causales de inhabilidad para formar parte de la Carrera Administrativa, y hay, por el contrario, la presunción de que no lo están por el mismo hecho de figurar en el respectivo Escalafón. Finalmente, los empleados inscritos, que ocupan cargos de los excluídos del Escalafón, se les limitan sus derechos a la mera inamovilidad, de suerte que se les priva del derecho a ser ascendidos cuando las circunstancias lo permitan.

"Todos estos motivos me parecen bastantes para demostrar hasta la evidencia que el Decreto acusado es violatorio del estatuto orgánico de la Carrera Administrativa y del Decreto que lo reglamentó, por lo cual considero procedente decretar su nulidad, de conformidad con lo pedido por el demandante, cuya personería para accionar se halla debidamente acreditada."

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo en un todo con el concepto del señor Fiscal, *falla:*

Es nulo el Decreto ejecutivo número 746 de 24 de marzo de 1945, emanado del Ministerio de Minas y Petróleos, por el cual se modifica y adiciona una disposición del Decreto número 1095 de 1941, sobre Escalafón de Empleos del Ministerio de Minas y Petróleos.

Cópiese y notifíquese.

Gonzalo Gaitán, Guillermo Hernández Rodríguez, Gabriel Carreño Mallarino, Carlos Rivadeneira G., Gustavo A. Valbuena, Tulio Enrique Tascón, Jorge Lamus Girón.—Luis E. García V., Secretario.

Actos de los Gobernadores.—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Guillermo Hernández Rodríguez).

Consejo de Estado—Bogotá, cuatro de julio de mil novecientos cuarenta y cinco.

Ha llegado al Consejo, en apelación, la sentencia de fecha 19 de noviembre de 1943, dictada por el Tribunal Administrativo de Cali, por medio de la cual dicho Tribunal decidió la demanda presentada por el doctor Carlos Navia Belalcázar, como apoderado del señor Alvaro Micolta, para que se declararan nulas las Resoluciones de la Alcaldía de Cali y de la Gobernación del Valle, sobre cierre o clausura definitiva del establecimiento de recreo denominado *El Patio.*

I

Antecedentes de este negocio.

El Tribunal *a quo* sintetiza en la siguiente forma los antecedentes que han originado el proceso:

> "Con fecha diez y siete (17) del mes de octubre del año próximo pasado elevaron a la Alcaldía Municipal de Cali un memorial los señores H. Caicedo, Eladio Gutiérrez, José Vargas Tamayo —Reverendo Padre del Colegio Berchams—, Mariana H. de Gutiérrez, E. Sardi G., Hallin Reveiz, J. Caicedo M., Aniceto Guzmán, Ignacio Posada C., Gustavo Villegas, Natalia Posada v. de Zapata, Julieta Zapata P., Beatriz de Caicedo, Emma Garcés de Guzmán, Ebary C., Matilde G. de Berné, Marco Trujillo, José A. Garrido T., Eloy Zea Rocha, F. Ayerbe y Benjamín Rivera (cuaderno 3º, folios 18 vuelto a 19 vuelto).
>
> "Solicitaron los memorialistas el cierre o clausura del salón de baile denominado *El Patio,* como residentes del barrio llamado *El Centenario,* barrio cuyo reposo nocturno dicen que ha desaparecido por motivo de la música empleada en tal salón, música que, dicen, constituye 'una algarabía verdaderamente africana'.
>
> "Sobre ese memorial la Alcaldía profirió la Resolución número 82, de diez y nueve (19) de los mismos mes y año del memorial, Resolución por la cual prohibió 'definitivamente el funcionamiento del establecimiento denominado *El Patio* (cuaderno 3º, folios 19 vuelto y 20). Dice la Resolución que los memorialistas se quejan de que en dicho establecimiento se suscitan escándalos, y la algarabía se prolonga en dicho establecimiento hasta horas avanzadas de la madrugada, con lo cual se perturba la tranquilidad de todos los vecinos."
>
> "Apelada la Resolución de la Alcaldía por el propietario de *El Patio,* como apoderado de éste el doctor Carlos Navia Belal-

cázar, elevó a la Gobernación del Departamento un memorial, fechado el veintiséis (26) de noviembre último (1942), en el cual sostiene que la disposición del artículo 1º de la Ordenanza 88 de 1925, la que encabeza el Código de Policía Departamental, no funda ni autoriza la Resolución proferida por la Alcaldía; y que el artículo 14 de la Ordenanza 33 de 1925 no es aplicable a *El Patio*, por no ser este establecimiento un cabaret (cuaderno 1º, folios 1 vuelto a 5)."

"En relación a este último artículo, o sea en cuanto al asunto se le quiso dar el aspecto de que se trata de un cabaret, se debe citar un memorial elevado a la Gobernación del Departamento por el Reverendo Padre José Vargas Tamayo, S. J., Rector del Colegio Berchams, memorial fechado el mismo veintiséis (26) de noviembre último (1942), en el cual pide la aplicación del artículo 14 de la Ordenanza 33 de 1925 o la del artículo 12 del Decreto nacional número 1986 de 1927 (cuaderno 3º, folios 27 al pie, 28 y 29 vuelto), memorial seguido de "adhesión suscrita por padres o tutores de alumnos del Colegio Berchams' (cuaderno 3º, folios 29 vuelto, al pie, y 30)."

"El nueve (9) de diciembre último (1942) el doctor Carlos Navia Belalcázar elevó memorial a la Gobernación del Departamento, en el cual manifiesta que la Resolución de la Alcaldía Municipal de Cali, de cierre definitivo de *El Patio*, obedeció al influjo de llamadas telefónicas nocturnas, para quejarse de escándalos o desórdenes en ese establecimiento, y que ese recurso, empleado con el señor Alcalde, se estaba repitiendo con el señor Gobernador y su Secretario de Gobierno (cuaderno 1º, folio 5). Tal memorial termina con breves consideraciones sobre cierre provisional y cierre definitivo."

"En relación a llamadas telefónicas se debe citar la certificación del señor Gobernador del Departamento y de su Secretario de Gobierno (cuaderno 4º, folios 8 vuelto, al pie, y 9)."

Antes de que la Gobernación del Departamento resolviera sobre la apelación interpuesta contra lo resuelto por la Alcaldía Municipal de Cali, ya con fecha nueve (9) de noviembre último (1942) los señores Hernando Caicedo, Cecilia de Caicedo, José Vargas Tamayo —Colegio Berchams, Rector—, Benjamín Rivera y señora, Aniceto Guzmán, Emma de Guzmán y A. Garrido T., elevaron a la Gobernación del Departamento un memorial de solicitud de conformación de lo resuelto por la Alcaldía, memorial en que ratifican su queja contra el ruido producido por la música que *El Patio* tocaba para el baile, y memorial que se resume en la frase: "creemos nosotros tener derecho a nuestro descanso y tranquilidad" (cuaderno 3º, folios 20, al pie, y vuelto).

La Gobernación del Departamento, en Resolución marcada con el número 875, y fechada el diez (10) de diciembre último, empezó por manifestar que el asunto "había sido objeto de general expectativa"; "que también había sido considerada la ubicación del establecimiento", "entre dos vías públicas particularmente concurridas, en lugar céntrico y en completa comunicación con la calle"; que "en el mismo establecimiento se han verificado reuniones sociales con asistencia de distinguidas damas"; pero "que de ordinario, en las horas de la noche", *El Patio* perdía "su carácter de sitio de recreo", y "se producían allí escándalos, reyertas o desórdenes", y que a la oportuna y enérgica acción "de la Policía" se debe "que no se hayan registrado hechos de mayor gravedad"; y después de citar los elementos que estima como pruebas, agrega:

"Cierto es que un numeroso grupo de señoritas y caballeros abonan la seriedad y compostura que han tenido oportunidad de apreciar entre los concurrentes a *El Patio*, y acreditan la armonía y decoro de las reuniones bailables de que han sido testigos presenciales."

Luégo aclara:

"Es natural suponer que los escándalos que ha tenido necesidad de reprimir la Policía han ocurrido en momentos en que los reunidos en dicho establecimiento han disfrutado de libertad, después de las reuniones sociales, para su esparcimiento, sin trabas ni miramientos."

"....la Gobernación acepta que no es pertinente al caso aquí planteado el artículo 14 de la Ordenanza 33 de 1925."

Luégo sostiene que sí es aplicable al mismo caso el artículo 1º de la Ordenanza 88 de 1925, y en defecto de esta disposición, la del artículo 12 del Decreto 1986 de 1927, a la que dice da "plena fuerza legal" el artículo 11 de la Ley 153 de 1887, y que considera aplicable "por los funcionarios municipales", conforme al artículo 1º del Decreto número 1954 de 1927; y después de citar el artículo 948 del Código de Policía Departamental, sostiene "que el cierre definitivo de establecimientos públicos, en los casos de que ahora se trata, está permitido y autorizado por el citado artículo 12 del Decreto número 1986 de 1927", el que necesariamente se debe preferir al artículo citado antes (48 del Código de Policía Departamental), "por mandato expreso del artículo 240 del Código Político y Municipal."

Por la Resolución 875, de diez (10) de diciembre último, la Gobernación confirmó la número 82, de diez y nueve (19) de octubre del mismo año "dictada por la Alcaldía Municipal de Cali", providencia por medio de la cual se dispuso el cierre definitivo del establecimiento denominado *El Patio*, ubicado en el barrio Centenario, de esta ciudad (cuaderno 1º, folios 5 vuelto, al pie, a 9).

El catorce de diciembre último (1942) el apoderado del señor Alvaro Micolta C. elevó memorial a la Gobernación del Departamento en solicitud de reposición de la providencia confirmatoria de lo dispuesto por la Alcaldía Municipal de Cali. En ese memorial el peticionario contradice las apreciaciones de la Gobernación referentes a la ubicación del establecimiento *El Patio*, a la suficiencia de las pruebas aducidas para decretar el cierre definitivo del negocio, y a la interpretación de las disposiciones sobre el cierre o clausura temporal o definitiva (cuaderno 1º, folios 9, al pie, a 12).

El 17 del mismo mes el doctor Camilo Ulloa Caicedo elevó memorial a la Gobernación, en el cual sostenía que la petición de reposición no era procedente, y podía "confirmarla" (seguramente la Resolución de la Gobernación).

En ese memorial se lee:

"*El Patio* puede ser un negocio lícito, como lícita es la prostitución, pero está mal situado, porque está perjudicando a terceros" (cuaderno 3º, folios 42 vuelto, a 45).

La Gobernación del Departamento denegó la solicitud de reposición interpuesta contra la Resolución número 875, por la marcada con el número 56, de fecha veintidós (22) de enero de este año, de la cual se copia en seguida:

"....Para los fines que aquí se persiguen bastaba acreditar que el funcionamiento de *El Patio* ha dado lugar a continuas

y repetidas intervenciones de la Policía, que frecuentemente las autoridades municipales han tenido necesidad de obrar con prontitud para evitar escándalos de mayor gravedad, y así aparece satisfactoriamente demostrado con las certificaciones oficiales que obran en autos, las cuales, por tanto, servirán de base legalmente firme a la anterior providencia."

"El alcance de la medida coercitiva tomada en este caso, en relación con el establecimiento *El Patio,* no es otro que el de prohibir su funcionamiento en el actual sitio, por los perjuicios e inconvenientes que ocasiona a los vecinos del barrio Centenario, quienes son acreedores a la protección policiva, que en este sentido han solicitado con apoyo en disposiciones vigentes. Dicha providencia no constituiría, por tanto, obstáculo alguno para que el mencionado establecimiento pueda ser trasladado a otro sitio que no ofrezca los inconvenientes del actual."

Al final de la providencia la Gobernación comenta la oportunidad de la aplicación del artículo 12 del Decreto número 1986 de 1927, y advierte que el mismo Decreto "determina, en efecto, que debe adelantarse previamente el procedimiento señalado en el Decreto número 1775 de 1926", y que la Gobernación ha preferido el procedimiento administrativo reglamentado por la Ordenanza 38 de 1928, para respetar las razones que obligaron a la Corte Suprema de Justicia a declarar inexequibles varias disposiciones del mismo Decreto número 1775 de 1926, en cuanto no aclaran que únicamente tendrán aplicación en aquellos casos no expresamente previstos en las ordenanzas respectivas (cuaderno 1º, folios 12 a 15).

II

El texto de los actos acusados es como sigue, en su parte resolutiva:

"Resolución número 82—Alcaldía Municipal, Cali—por la cual se ordena el cierre definitivo del establecimiento denominado *El Patio,* ubicado en el barrio de El Centenario de esta ciudad. *El Alcalde Mayor de Cali,* en uso de sus facultades legales, y *considerando:*

. . . . . .

"Resuelve: ....Artículo único. Prohíbese definitivamente el funcionamiento del establecimiento denominado *El Patio,* de propiedad del señor Alvaro Micolta, que funciona en el barrio de El Centenario, de esta ciudad, inmediatamente después de notificado de esta Resolución. En caso de desobediencia por parte de los dueños de ese establecimiento, serán sancionados con una multa de $ 4.50 diarios, sin perjuicio de ordenar el cierre del establecimiento mencionado por medio de la Policía. Notifíquese y cúmplase. Dada en Cali, a los diez y nueve días del mes de octubre de mil novecientos cuarenta y dos. El Alcalde (firmado), *Alfonso Barberena A.*—El Secretario de Gobierno Municipal (firmado), *Luis Erasmo Molina.*"

"Resolución número 875—Gobernación del Departamento. Cali.

. . . . . .

"Resuelve: ....Confírmase la Resoluón número 82, de fecha diez y nueve de octubre del corriente año, dictada por la Alcaldía Municipal de Cali, providencia por medio de la cual

se dispuso el cierre definitivo del establecimiento denominado *El Patio*, ubicado en el barrio Centenario, de esta ciudad. Cópiese y notifíquese. Devuélvase el expediente. El Gobernador (firmado), *Mariano Ramos R.*—El Secretario de Gobierno (firmado), *Jorge Enrique Velasco.*"

De esta última Resolución se solicitó reposición, y a este recurso recayó la Resolución número 56 de 22 de enero de 1943, por medio de la cual no se accedió a la revocatoria pedida.

III

Disposiciones violadas.

En la demanda se han traído las siguientes disposiciones como violadas por los textos demandados:

Artículos 15, 38 y 40 de la Constitución; 6º y 8º de la Ordenanza 64 de 1927; 84 de la Ordenanza 88 de 1925; 12 y 13 del Decreto nacional número 1986 de 1927; y 1º de la Ordenanza últimamente citada. En la aclaración de la demanda se agregaron los artículos 16, 26 y 52 de la Constitución.

IV

Fallo de primera instancia.

El Tribunal *a quo* falló el negocio en la siguiente forma:

"El Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *declara* nulas las Resoluciones dictadas por la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, número 875 de diez (10) de diciembre de 1942; y número 56, de veintidós (22) de enero de este año; y la Resolución número 82, dictada por la Alcaldía de Cali el 19 de octubre de 1942, sobre cierre o clausura definitiva del establecimiento de recreo denominado *El Patio*.

"En consecuencia, se declara que el señor Alvaro Micolta C. puede continuar en el libre ejercicio de las actividades que venía desarrollando al frente de su establecimiento *El Patio*, cuando éste fue clausurado por virtud de las Resoluciones que se anulan."

"No hay lugar a hacer declaración sobre responsabilidad solidaria por los perjuicios causados con tal medida al dueño del establecimiento nombrado."

"Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese."

Contra esta sentencia interpusieron el recurso de apelación el doctor Camilo Ulloa Caicedo y el señor Fiscal del Tribunal. En la segunda instancia actuó como apoderado del Reverendo Padre José Vargas Tamayo, S. J., Rector del Colegio Berchmans, y del doctor Hernando Caicedo, el doctor Guillermo Amaya Ramírez, quien solicitó pruebas, que oportunamente se practicaron.

Como es el momento de dictar sentencia, a ello se procede, y al efecto se considera:

V

Competencia del Consejo.

Antes de entrar a estudiar el problema de fondo, planteado en la sentencia apelada, habrá de resolverse el punto de la competencia del Concejo para conocer de los actos acusados, ya que el doctor Amaya Ramírez, apoderado del doctor Hernando Caicedo, ha dicho en su alegato que esta corporación no tiene jurisdicción para pronunciarse por la nulidad o validez de los actos *sub judice*. Tal afirmación se respalda en lo preceptuado por el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, inciso 2º, que dice:

> "No son acusables ante la jurisdicción contencioso-administrativa:
>
> "..... ....
>
> "2º Las resoluciones que se dicten en los juicios de Policía, de naturaleza penal o civil, y las sentencias proferidas en los juicios seguidos por fraude a las rentas nacionales, departamentales o municipales...."

No es el caso de hacer un análisis a fondo de la incompetencia de los Tribunales Contencioso Administrativos en lo referente a las resoluciones que se dicten en los juicios de Policía, pues son suficientes las consideraciones que siguen para decidir que el texto acusado sí cae bajo la jurisdicción del Consejo. En efecto: los actos que están expresamente excluídos del control contencioso administrativo, en virtud del mandato legal transcrito, son los actos jurisdiccionales de policía, que se producen para decidir sobre responsabilidad contravencional en un juicio. Estas resoluciones administrativas, dados sus fines, no están sometidas, por excepción, al control jurisdiccional del Consejo y los Tribunales Administrativos Seccionales.

Tal ocurre, por ejemplo, en las resoluciones dictadas en los juicios posesorios, en los de *amparo de marcas*, etc. En estos casos sí hay propiamente juicio, sometido a una tarifa de pruebas y con las ritualidades de procedimiento que ordenan disposiciones superiores, no como en el presente caso, en que el estudio del Consejo debe concretarse a ver si el acto administrativo acusado viola o nó una norma de derecho, de carácter superior.

VI

Consideraciones generales.

Acertadamente, el Tribunal examinó en detalle las disposiciones constitucionales citadas en la demanda, y concluyó de dicho estudio lo que en seguida se copia, por estar ajustado a derecho:

> "No se ve la violación directa entre esa enumeración y el cierre definitivo de un establecimiento de recreo. Pues que sea el Organo Legislativo el que tenga facultad para decretar las limitaciones de la libertad de industria, y el Poder Ejecutivo al que corresponda la aplicación de esas limitaciones, no implica que en un caso concreto haya que estudiar otro aspecto que el de si se han observado las reglas constitucionales y ordenanzales aplicables conforme a las facultades de los funcionarios que han actuado en el caso."

En la sentencia apelada hace el Tribunal la historia de las disposiciones legales que facultan a la Policía para decretar cierre temporal o definitivo de establecimientos o expendios, y, en general, de centros de reunión; párte el Tribunal *a quo* del artículo único de la Ley 51 de 1925, y analiza los Decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de la facultad contenida en el artículo 9º de la Ley 88 de 1925, o sean los números 1775 de 1926, 707 de 1927, 1954 de 1927 y 1986 del mismo año, referentes todos ellos a Policía y orden público. El Tribunal hizo igualmente la relación comentada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sobre el alcance de los textos citados.

No parece necesario, para resolver el caso en estudio, entrar a analizar a fondo las disposiciones citadas. El estudio concreto del punto planteado se puede circunscribir a dilucidar si *El Patio* podía ser cerrado definitivamente por las autoridades, por motivos de tranquilidad pública, aplicando el artículo 12, en armonía con el artículo 13, del Decreto número 1986 de 1927, del Gobierno Nacional, y vistas las pruebas que fundamentan la intranquilidad social que ocasiona el funcionamiento del citado establecimiento de recreo.

El texto de los artículos 12 y 13 mencionados es como sigue:

> "Artículo 12. La Policía puede ordenar que se cierren, por el tiempo que considere conveniente, los establecimientos o expendios en donde se verifiquen tumultos o desórdenes graves."
>
> "Artículo 13. También ordenará cerrar definitivamente los establecimientos a los cuales se compruebe que no observan las prescripciones o reglamentos de higiene."

Refiriéndose a los anteriores artículos el Consejo de Estado dijo, en su auto de 15 de junio de 1943, lo siguiente:

> "Pero en concepto del Consejo, el artículo 13, que dispone el cierre definitivo por motivos de higiene, no limita tal determinación a las razones de higiene, sino que declara que cuando se trata de estos motivos, el cierre siempre será definitivo, pero ello no quiere decir que quede excluído el cierre definitivo por otros motivos."

VII

Estudio general del problema planteado.

La aplicación de los artículos 12 y 13 del Decreto 1986 de 1927 implica el estudio de dos problemas. Primero, a la apreciación de los hechos por parte de las autoridades de Policía; segundo, a la extensión de las facultades de la Policía para tomar dichas medidas.

Se analizarán separadamente estas dos fases del problema de fondo que plantea la demanda.

A) Apreciación de los hechos.

De conformidad con el artículo 12 del Decreto citado, "la Policía puede ordenar que se cierren por el tiempo que considere conveniente los establecimientos o expendios en donde se verifiquen tumultos o desórdenes graves". El análisis de esta disposición demuestra que la Policía tiene la facultad de ordenar el cierre, que *puede* hacerlo por razones de conveniencia pública. Pero esta facultad está íntimamente relacionada con la segunda parte del artículo que establece los hechos que la generan, que dan lugar a su ejercicio. Esos hechos son los tumultos o desórdenes graves. Por su misma naturaleza la Policía actúa en una

forma rápida, toma medidas de emergencia para prevenir o reprimir violaciones del orden. Pero precisamente, como correctivo para los excesos que pueda cometer en virtud de la propia naturaleza de sus funciones, existe el control administrativo sobre sus actos y resoluciones. En el presente caso, por ejemplo, ante los Tribunales Administrativos se puede demostrar que el cierre del establecimiento *El Patio* no se decretó en virtud de que allí ocurrieran tumultos o desórdenes graves, de conformidad con las expresiones contenidas en el artículo 12 del precitado Decreto. Acontece, como lo anota el Tribunal Administrativo de Cali, que las pruebas presentadas por los interesados en sostener la validez de las resoluciones que cerraron *El Patio* son irregulares o deficientes. Los declarantes afirman en forma general que en el establecimiento *El Patio* suelen ocurrir frecuentes desórdenes en las horas de la noche, pero no presentan alusiones a casos concretos, y los informes de la Policía no suministran esta prueba para poder apreciar la gravedad que puedan revestir.

El Consejo mantiene su tesis de que por causa de "tumultos o desórdenes graves" pueden cerrarse ciertos establecimientos o expendios en forma definitiva, según la magnitud de los hechos que determinen tal medida. La facultad de la Policía no puede ser caprichosa a este respecto, sino que debe ser graduada según sean graves o leves los hechos que originan su actuación. En el presente caso, aparecen en el expediente pruebas vagas e imprecisas, de las cuales se deduce que los desórdenes que suelen ocurrir en el establecimiento *El Patio* no son de tal gravedad que justifiquen la medida extrema de un cierre definitivo.

B) Extensión de las facultades de la Policía en ésta materia.

Fritz Fleiner y otros expositores destacan la tesis de que la Policía tiene la función de tomar las medidas necesarias para la conservación y la seguridad del orden público, pero sin exceder jamás la graduación absolutamente necesaria a fin de evitar que el uso abusivo de esta facultad se transforme en una limitación indebida de la libertad de los ciudadanos en el ejercicio de sus actividades profesionales.

Un establecimiento como *El Patio* tiene una vida diurna y otra nocturna. En las Resoluciones acusadas aparece dicho por las propias autoridades que en el transcurso del día suelen concurrir allí honorabilísimos damas y caballeros de la sociedad de Cali, dentro de un distinguido y reposado ambiente de regocijo. Los desórdenes que se dice ocurren en *El Patio* se presentan a altas horas de la noche, según la aseveración de los propios vecinos quejosos. Todo esto demuestra y prueba que el establecimiento *El Patio* tiene una vida diurna sosegada y tranquila, y otra nocturna susceptible de desórdenes y tumultos. Siendo esto así, no se ve la razón para que las autoridades de Policía procedan a ordenar un cierre total del establecimiento, tanto en el día como en la noche. Por evitar los posibles desórdenes nocturnos se cae en el exceso de suprimir el funcionamiento de ese lugar de recreo durante las horas apacibles del día. Existe, por lo tanto, un exceso en el ejercicio de las facultades que le da a la Policía el artículo 12 del Decreto 1986 de 1927.

Desde otro punto de vista, conviene advertir que los establecimientos de la naturaleza de *El Patio* tienen múltiples actividades, a pesar de ser uno solo el local donde funcionan. En esos lugares se verifican tés bailables, en otras ocasiones lo fundamental es el servicio de cantina, y a veces la música es el atractivo principal que encuentra el público. En consecuencia, para evitar que se sucedan tumultos o desórdenes graves es preciso establecer cuál de las actividades enunciadas puede ori-

ginarlos. La Policía debe apreciar todas esas circunstancias porque los desórdenes quizás puedan evitarse mediante reglamentaciones que limiten o supriman algunas de las actividades de esos establecimientos, susceptibles de acarrear desórdenes, sin necesidad de recurrir a una medida tan extrema como el cierre definitivo, el cual no debe aplicarse sino en *ultima ratio*.

El Consejo estima que el análisis de los hechos y el estudio de las facultades de la Policía, para el caso de autos, no justifica la medida extrema del cierre definitivo que se ha decretado con relación al establecimiento de *El Patio*, que funciona en la ciudad de Cali, y que, por consiguiente, la sentencia recurrida debe ser confirmada.

VIII

Fallo.

El Consejo de Estado, en virtud de las consideraciones anteriores, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y en desacuerdo con el concepto de su Fiscal, *confirma* la sentencia apelada, proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cali con fecha 19 de noviembre de 1943.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Aníbal Badel, Tulio Enrique Tascón, Carlos Rivadeneira G., Guillermo Hernández Rodríguez. Gabriel Carreño Mallarino, Jorge Lamus Girón, Gonzalo Gaitán.—Luis E. García V., Secretario.

Suspensión provisional—Nulidad de ordenanzas.

(Consejero ponente, doctor Guillermo Hernández Rodríguez).

Consejo de Estado—Bogotá, veinticinco de julio de mil novecientos cuarenta y cinco.

En libelo presentado el 5 de junio del presente año, el señor Clemente Salazar M. demandó ante el Tribunal Administrativo de Barranquilla la nulidad del artículo 4º de la Ordenanza 19 de 1945, expedida por la Asamblea del Atlántico.

Como pronta providencia solicitó, fundándose en el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo, la suspensión provisional del acto acusado, por considerar que era manifiestamente inconstitucional. El Magistrado sustanciador admitió la demanda por auto de fecha 6 de junio último, y el Tribunal, con el salvamento de voto del sustanciador, doctor Fontalvo, negó la suspensión provisional pedida, por medio de auto de fecha 9 de junio del presente año.

En el juicio se hizo parte el señor Néstor Carlos Consuegra, quien constituyó como su apoderado al doctor Sebastián Oyola Sarmiento, con el fin de impugnar la acción.

Notificado el actor del auto que negó la suspensión provisional, interpuso el recurso de apelación para ante esta Superioridad, y como el recurso fue otorgado y los autos se hallan en el Consejo, se procede a resolver de plano.

I

Acto demandado.

El artículo demandado dice así:

> "Artículo 4º de la Ordenanza número 19 de 1945, expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico:
>
> "En cumplimiento y desarrollo del numeral 3º del artículo 186 del Acto legislativo número 1 de 1945, según el cual corresponde a las Asambleas organizar la Contraloría Departamental, a partir de la promulgación de la presente Ordenanza el Auditor General de la Contraloría y el Contador Jefe de la Sección de Contabilidad y Revisión de la misma serán elegidos por la Asamblea para un período de dos años, a partir del 1º de junio del presente año."
>
> "Con excepción del Contralor General del Departamento y de los dos funcionarios a que se refiere el inciso anterior, el personal restante del Departamento de Contraloría será de libre nombramiento y remoción de una Junta integrada así:
>
> "El Contralor General del Departamento, el Auditor General de la Contraloría y el Contador Jefe de la Sección de Contabilidad y Revisión."

"El Contralor Departamental presidirá dicha Junta, y en su defecto, el Auditor General de la Contraloría, y será Secretario de la misma el Secretario de la Contraloría. La Junta así integrada celebrará sus reuniones cuando sea convocada por el Presidente o cuando lo estime conveniente la mayoría de sus miembros, quienes constituídos en tal carácter también podrán citar para reunirse."

"Quedan derogadas todas las disposiciones ordenanzales contrarias a lo preceptuado en este artículo."

II

Disposición violada.

Considera el actor que el artículo ordenanzal antes transcrito es violatorio de las siguientes disposiciones fundamentales:

Constitución Nacional:

Artículo 187, ordinal 3º, y ordinal 6º, los cuales dicen así:

"Corresponde a las Asambleas:

"..... ....

"3º Organizar la Contraloría Departamental y elegir el Contralor para un período de dos años...."

"6º Llenar las demás funciones que les señalen la Constitución y las leyes. (Artículo 83 del Acto legislativo número 1º de 1945)."

"Artículo 63. No habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento."

III

El problema jurídico.

El problema jurídico planteado consiste en establecer qué interpretación debe dársele al ordinal 3º del artículo 187 de la Constitución Nacional, en relación con las facultades de la Asamblea Departamental para organizar la Contraloría y elegir el Contralor.

Para interpretar este artículo constitucional correctamente, conviene relacionarlo con la organización que las leyes han dado a la Contraloría Nacional, y con las prácticas que las Asambleas Departamentales han solido emplear en la designación de los Contralores, las cuales han ostentado vicios que el constituyente de 1945 quiso corregir.

De conformidad con la Ley 42 de 1923, orgánica de la Contraloría Nacional, reformada por el Decreto-ley número 911 de 1932, "el Contralor General tiene competencia exclusiva en todos los asuntos referentes al examen, glosa y fenecimiento de cuentas de los funcionarios o empleados encargados de recibir, pagar o costear fondos o bienes de la Nación, en lo relativo al examen y revisión de todas las deudas y reclamaciones, de cualquier naturaleza, a cargo o a favor de la República, derivados de la administración activa y pasiva del Tesoro Nacional, y en todos los asuntos relacionados con los métodos de contabilidad y con la manera de llevar las cuentas de la Nación, la conservación de los comprobantes y el examen e inspección de los libros, registros y documentos referentes a dichas cuentas". Además, el Contralor General tiene facultad para nombrar todos sus subalternos, que son de libre nombramiento y remoción.

El artículo constitucional actual, al referirse a la facultad de las Asambleas para elegir al Contralor Departamental, no tenía otros antecedentes ilustrativos distintos de la organización que rige en materia de Contraloría Nacional sin hacer abstracción de las experiencias que se le habían presentado en las distintas secciones administrativas del país. Al hablar de las Contralorías Departamentales y del Contralor, la Constitución entiende un sistema semejante al que existe en la escala nacional, y que tiene en su tope un jefe supremo responsable, quien la dirige y nombra y remueve sus empleados. Anteriormente, de acuerdo con el artículo 54 del Acto legislativo número 3 de 1910, ordinal 3º. las Asambleas tenían la facultad de organizar en forma plural las Contadurías o Tribunales de Cuentas de los Departamentos y nombrar los Contadores o Magistrados correspondientes. Pero hoy día, con la reforma constitucional de 1945, este anticuado sistema de órganos plurales para ejercer el control fiscal ha sido sustituído por el moderno sistema de Contralor único, como existe en la escala nacional, y ya había aparecido en la práctica en los diversos Departamentos del país. De conformidad con la reciente reforma de la Constitución Nacional, el control fiscal en el país ha sido organizado en forma similar tanto a la escala nacional como seccional por el sistema de un Contralor único.

En consecuencia, *prima facie*, aparece que existe una discrepancia entre el sistema de control fiscal unitario, establecido para los Departamentos en la Constitución Nacional, y la organización plural en que se basa el artículo 4º de la Ordenanza número 19 de 1945, expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico.

IV

Suspensión provisional.

Comoquiera que el Tribunal Administrativo del Atlántico enfocó en forma diferente el problema jurídico que plantea la demanda, se negó a decretar la suspensión provisional de la disposición acusada, lo cual había sido pedido por el actor. La decisión del Tribunal lleva fecha de 9 de junio de 1945, y en ella salvó su voto en un sintético y juicioso estudio el Magistrado doctor Ricardo Fontalvo S.

Por la apelación que contra esa providencia del Tribunal Administrativo de Barranquilla interpuso el demandante, el asunto vino a consideración del Consejo de Estado, que por todas las consideraciones jurídicas antes expuestas, *revoca* el auto recurrido, y en su lugar decreta la suspensión provisional del artículo 4º de la Ordenanza número 19 de 1945, expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Badel, Tulio Enrique Tascón, Carlos Rivadeneira G., Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Jorge Lamus Girón, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

Resoluciones ministeriales.—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Guillermo Hernández Rodríguez).

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

El doctor Aurelio Camacho Rueda, obrando en su calidad de apoderado sustituto de la Sociedad Anónima Fábrica de Bebidas Fermentadas, S. A., por ausencia de su principal, doctor Carlos Lleras Restrepo, con fecha 22 de julio de 1944, demandó ante el Consejo de Estado la nulidad de las providencias dictadas por el Ministerio de la Economía Nacional el 10 y el 25 de julio del mismo año, con las cuales se confirmó la Resolución número 39 de 11 de febrero de 1943, proferida por la Superintendencia de Sociedades Anónimas. Por medio de esta Resolución la Superintendencia de Sociedades Anónimas no accedió a conceder autorización a la Sociedad denominada Fábrica Nacional de Bebidas Fermentadas *La Triunfadora,* para colocar nuevas acciones provenientes en su mayor parte de la repreciación de los bienes sociales y de la incorporación al capital, de su *good will.*

I

Hechos de la demanda.

La demanda se basa en los siguientes hechos:

"Primero. La Fábrica de Bebidas Fermentadas *La Triunfadora,* S. A., se constituyó en forma de Compañía Anónima, por medio de la escritura número 280, de febrero 4 de 1937, otorgada ante la Notaría Cuarta de esta ciudad, con un capital de $ 32.400.

"Segundo. Por medio de la escritura número 615, de febrero 24 de 1939, de la misma Notaría, se reformaron los estatutos para, entre otras cosas, aumentar el capital social a la suma de $ 80.000.

"Tercero. Una nueva reforma tuvo lugar, la que se llevó a cabo por medio de la escritura número 2889, de septiembre 25 de 1939, igualmente de la misma Notaría, consistente en disponer que, con el voto de las tres cuartas partes de las acciones, se podrían decretar aumentos del capital social por valorización de activos, emitiendo las acciones correspondientes y repartiéndolas gratuitamente entre los accionistas, en proporción a las acciones en su poder.

"Cuarto. Mediante el lleno completo de los requisitos estatutarios, inclusive con la presencia de un comisionado de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, quien tomó parte activa en las discusiones, la Asamblea General de Accionistas de *La Triunfadora,* reunida al efecto, aprobó en dos debates sucesivos, como consta en las actas correspondientes, el aumento del capital social a la suma de $ 300.000; es decir, decretó un aumento de $ 220.000, descompuesto así: por valorización ca-

tastral de bienes raíces de la Sociedad y mejoras no capitalizadas, según el avalúo efectuado por el Municipio de Bogotá, por medio de la Sección correspondiente, $ 150.270.15; por adquisición por la misma Empresa de un bien incorporal o *good will*, según determinación oficial efectuada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, previo dictamen pericial y con todos los requisitos legales, $ 64.585.75; y los $ 5.144.10 restantes deberían suscribirse, preferencialmente, por los accionistas de la Compañía, mediante la emisión de acciones de valor nominal de veinte pesos, igual al de las anteriores. Las acciones representativas de los primeros dos valores serían repartidas entre los accionistas, en forma enteramente gratuita y en proporción a las acciones en su poder.

"Quinto. Esta reforma estatutaria se elevó a escritura pública, como consta en la distinguida con el número 2535, de septiembre 23 de 1942, de la Notaría Segunda de Bogotá.

"Sexto. Con el objeto de vender las acciones representativas del aumento de capital por medio de aportes en dinero, es decir, las acciones correspondientes a la partida de $ 5.144.10, el señor Gerente de la Compañía elevó, para dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 58 de 1931, una solicitud de permiso a la Superintendencia de Sociedades Anónimas, solicitud fechada en noviembre 5 de 1942.

"Séptimo. La dicha Superintendencia, por medio de su Resolución número 39, de febrero 11 de 1942, extendiendo la solicitud de permiso aun para las acciones que no se iban a dar a la venta, o sea a las correspondientes a los otros dos valores ya formados por la Sociedad, que se destinaban a los accionistas en forma gratuita porque de ellos eran, como es obvio, negó tal permiso en general; es decir, tanto para las acciones que cubrían el valor de $ 5.144.15 y de $ 64.585,75.

"Octavo. Pedida la reconsideración de la antedicha providencia, y en subsidio la apelación para ante el señor Ministro de la Economía Nacional, por auto sin número, de marzo 30 de 1943, proferido por la misma Superintendencia, se negaron ambos recursos.

"Noveno. En vista de la negativa anterior, la Empresa interesada, por conducto de su apoderado, recurrió de hecho ante el superior citado, quien accedió a conceder el recurso, y, por tanto, ordenó el envío del expediente a su Despacho, el cual profirió la providencia sin número, de fecha 10 pasado, contra la cual se intentó, para agotar la vía administrativa, el recurso de reposición, fallado negativamente por medio de la providencia de junio 26 último, providencias estas últimas contra las cuales, repito, la Empresa solicita, por mi conducto, que las declaréis nulas por violatorias de claras y terminantes disposiciones legales, y por abuso de las atribuciones por la ley conferidas a ambos Despachos Administrativos, como espero demostrarlo en el curso de la presente demanda."

II

Los actos acusados.

Los actos acusados son dos Resoluciones del Ministerio de la Economía Nacional. La primera, de fecha 10 de junio de 1944, por la cual se confirma en todas sus partes la Resolución número 39, de fecha 11 de

febrero de 1942, dictada por la Superintendencia de Sociedades Anónimas. La segunda tiene fecha 26 de junio del mismo año, y tuvo por objeto negar la reposición de la providencia anterior. Para apreciar el contenido de estas dos Resoluciones conviene presentar por separado el planteamiento objetivo del problema de fondo y los razonamientos jurídicos con que fue resuelto en la Resolución principal, originaria de la Superintendencia de Sociedades Anónimas:

A.—Planteamiento objetivo del problema:

La Resolución acusada plantea en su parte motiva el problema de fondo en los siguientes términos:

> "La Sociedad antes mencionada solicitó de la Superintendencia de Sociedades Anónimas permiso para la colocación de nuevas acciones creadas por un reciente aumento de capital. Para sustentar su apelación, presentaron las actas de las sesiones celebradas por la Asamblea General de Accionistas, en las cuales aparece la determinación de crear nuevas acciones, la correspondiente copia de la escitura pública número 2535 de 23 de septiembre de 1942, otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito, instrumento por medio del cual se legalizó el acuerdo de la Asamblea a que se hace referencia." "El aumento de capital resolvieron decretarlo a base de la valorización del edificio en que funciona la fábrica de bebidas que explota la Sociedad, en la suma de $ 150.270.15, de acuerdo con un nuevo avalúo que fijó la Oficina de Catastro Municipal de Bogotá, y que ascendió a la suma de $ 213.000. Se aumentó, asimismo, el capital con la cantidad de $ 64.585.75, por valor del *good will* de la Empresa, estimado en esa suma oficialmente. En tal virtud el capital, que era de $ 80.000, quedó elevado a $ 220.000, cantidad que se completó con la suma de $ 5.144.10, representada en acciones que deberían ser pagadas de acuerdo con las disposiciones estatutarias.
>
> "El capital vendría a quedar representado en quince mil (15.000) acciones nominativas, por valor de $ 20 cada una."
>
> "Se dispuso, además, que las acciones de capital que debían emitirse por adiciones y mejoras y valorización de los inmuebles de la fábrica y por el valor del *good will* de la Empresa, habrían de distribuirse gratuitamente entre los accionistas actuales, en proporción a las acciones que cada uno de ellos tuviera en su poder, completando si fuera el caso, lo necesario en dinero para evitar el fraccionamiento de acciones, siendo entendido que en ningún caso las nuevas debían pasar de once mil (11.000), o sea las correspondientes al aumento de capital decretado."
>
> "La Superintendencia de Sociedades Anónimas, después de hacer un análisis minucioso y detallado y de examinar el alcance de la legislación comercial colombiana sobre aumento de capital en las sociedades comerciales y de la incorporación del *good will* como un capital real y efectivo, resolvió negar la autorización solicitada por la Fábrica de Bebidas Fermentadas *La Triunfadora*, S. A., para colocar las acciones provenientes de un aumento de capital, de $ 214.855.90, por no tratarse de aportes efectivos destinados a acrecer el fondo social."

B.—Tesis jurídicas de la Superintendencia de Sociedades Anónimas.

La Resolución acusada, del Ministerio de la Economía Nacional, sintetiza los fundamentos jurídicos que tuvo en cuenta la Superintendencia para basar su dictamen, en los siguientes párrafos:

> "Que no es posible aumentar el capital de una sociedad que no se haya fundamentado en nuevos aportes de capital, porque el artículo 568 del Código de Comercio, al disponer 'que el capital social será fijado de una manera precisa e invariable y no podrá ser disminuido durante la sociedad', prohibe precisamente operaciones de la clase de las ejecutadas por la Sociedad *La Triunfadora;*
>
> "Que el aumento de este capital vendría a significar la distribución de utilidades no realizadas, lo cual está prohibido por el artículo 568 del Código de Comercio y el artículo 16 de la Ley 58 de 1931;
>
> "Que sería de graves consecuencias aumentar en la práctica la inscripción de acciones liberadas, no provenientes de utilidades efectivas demostradas por el balance durante la sociedad, lo que resultaría de la confusión del papel que desempeñan los *activos fijos,* formados por bienes que no entran en el movimiento del tráfico comercial, y los *activos movibles,* que son los sujetos a cambios debidos al cumplimiento del objeto social;
>
> "Que los socios que forman una sociedad no pueden abonar el valor estimativo del capital o de los bienes que aporten en especie, sino una sola vez, es decir, en el momento de constituírse la sociedad, lo que impide que los socios puedan variar por acuerdo de sus voluntadas tal estimación;
>
> "Que como no es utilidad sino la obtenida y realizada como consecuencia de una transacción, no puede permitirse que valores o utilidades en potencia sean capitalizables, ya que el *good will* no viene a ser sino el exponente de un crédito ganado, que no puede traducirse sino en la prosperidad correlativa del negocio, lo que impide que se incorpore al capital."

El Ministerio discrepa en gran parte de las apreciaciones de la Superintendencia, pero resuelve dejar la resolución de fondo de tan importante problema al Consejo de Estado, finalizando su Resolución en los siguientes términos:

> "A pesar de las consideraciones anteriores, el Ministerio considera que por tratarse de una cuestión jurídica de tánta importancia, es mejor y más conveniente que sea el Consejo de Estado, que es la suprema autoridad en asuntos jurídico-administrativos, quien decida definitivamente y de una manera clara y precisa este interesante problema, para que así se llene jurisprudencialmente el vacío de que adolece nuestra legislación sobre *good will.*
>
> "Por las razones expuestas, el Ministro de la Economía Nacional, *resuelve:*
>
> "Primero. Confírmase en todas sus partes la Resolución número 39, de fecha 11 de febrero de 1943, dictada por la Superintendencia de Sociedades Anónimas."

III

Razones jurídicas de la demanda.

En su largo libelo el demandante presenta, analiza y controvierte con una serie de argumentos las razones jurídicas en que se basó la Superintendencia de Sociedades Anónimas para dictar la Resolución mencionada.

A) Interpretación del artículo 568 del Código de Comercio: En primer término, el demandante insiste en los argumentos que el doctor Carlos Lleras Restrepo presentó en su alegato de apelación ante el Ministerio de la Economía Nacional, relativos a la interpretación que debe dársele al artículo 568 del Código de Comercio, el cual dice que "el capital social será fijado de una manera precisa e invariable, y no podrá ser disminuido durante la sociedad". Piensa el doctor Carlos Lleras Restrepo, que los términos "precisa e invariable" dicen relación a la forma como el capital se señala y no a las modificaciones que con respecto a él puedan introducir en lo futuro nuevos actos jurídicos cumplidos por los acuerdos de las voluntades de los socios y con el lleno de los requisitos legales.

> "En otras palabras —agrega— los términos 'precisa e invariable' se refieren, como lo indica claramente la redacción del artículo, a la manera de fijar el capital. La ley ha querido que quien negocia con una sociedad pueda estar enterado, por los extractos de las escrituras públicas, en las cuales consta su constitución, o su reforma, del monto del capital con que la sociedad cuenta, de manera que ese capital no pueda modificarse retirando bienes del fondo social, ni tampoco acreciendo ese fondo por nuevos aportes, sin que esto último se haga público por la respectiva reforma estatutaria. No se podría, por ejemplo, decir en los estatutos de una sociedad que el capital será hasta de X pesos, o no menor de tanto ni mayor de tanto. El capital debe estar fijado de manera precisa y no puede variar sin que una reforma estatutaria, llevada a cabo con todo el lleno de los requisitos previstos, consagre la modificación."

B) Aumento del capital por revalorización de activos. Apoyados en citas del comentarista argentino Mario A. Ribarola, los demandantes sostienen, con base en la interpretación antecedente del artículo 668 del Código de Comercio, que siendo permitido el aumento del capital social siempre que se cumplan los requisitos estatutarios y de ley, nada se opone, por ausencia de prohibición legal, a que ese aumento se alcance mediante la revalorización de activos para respaldar la emisión de nuevas acciones. La valorización de los activos produce una disparidad entre el concepto legal de capital y la realidad de las cosas, de manera que el aumento de capital con base en dicha repreciación no tiene efecto distinto al de realizar un ajuste de las cosas en interés de los accionistas, que son a este respecto los principales interesados. Sostienen los demandantes que, a diferencia de lo que acontece en la Argentina, no existe en Colombia una reglamentación que haga obligatoria la intervención del Gobierno en el reavalúo de los activos para el fin indicado, pero que no obstante, la operación hecha por la Sociedad *La Triunfadora*, tiene su fundamento en el avalúo catastral del edificio donde funciona, practicado por la Oficina de Catastro de Bogotá, y en el justiprecio del *good will*, verificado por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales

C) El aumento del capital y la distribución de utilidades. Respecto de la tesis de que el aumento de capital por revalorización de activos no

es una distribución de utilidades, trae el demandante, entre otras, las siguientes citas del alegato del doctor Carlos Lleras Restrepo:

> "Esta operación nada tiene que ver con una distribución de utilidades, ni puede dársele ese carácter. Las sociedades no pueden repartir dividendos sino tomándolos de los beneficios líquidos, y para mí es indudable que la simple valorización de activos no constituye beneficio liquido mientras este último no se realice, tal como lo afirma la Superintendencia en el texto de su Resolución. Por esto el presente caso es fundamentalmente distinto del que se ha presentado en otras muchas sociedades al repartir los dividendos en acciones. En este último caso lo que ocurre en realidad es que una parte de las utilidades sociales en determinado ejercicio se aplica a aumentar el capital de la empresa. En otras palabras: es como si el accionista recibiera efectivamente sus dividendos y los invirtiera en la suscripción de nuevas acciones para aumentar el capital."

En seguida dedica el demandante una parte de su libelo a demostrar que de conformidad con los artículos 494 y 569 del Código de Comercio existe libertad para los socios de estimar libremente, por acuerdo entre ellos mismos, el valor de los bienes que aportan en especie entre ellos mismos, el valor de los bienes que aportan en especie a una sociedad, lo que lo conduce a sostener que en el caso presente la Fábrica de Bebidas Fermentadas *La Triunfadora*, podia, con base en la ley y en sus estatutos, reavaluar sus bienes sociales.

D) Capitalización del valor del *good will*. Respecto del *good will*, la Superintendencia sostiene que no puede ni debe tenérsele como valor patrimonial efectivo para basar un aumento de capital mientras no medie una negociación sobre el mismo. Frente a esta tesis, los abogados de la Compañía sostienen que el reconocimiento legal del *good will*, efectuado en Colombia por medio de los Decretos 818 de 1936 y 554 de 1942, para los efectos del impuesto sobre patrimonio, implica lógicamente que no se le puede desconocer como activo de una empresa para el efecto de servir de base a la emisión de acciones. Uno de los argumentos sobre el particular lo desarrolla el doctor Lleras Restrepo así:

> "Es a todas luces evidente que los bienes intangibles, como el *good will*, que tiene un valor apreciable en dinero, pueden formar parte de los activos de una sociedad. La determinación del valor del *good will* no tiene efectos simplemente fiscales sino también de todo orden. Y, de consiguiente, como representativo de un valor en el activo, juega en él el mismo papel de los bienes corporales, constituyendo la prenda común de los acreedores de una empresa, y representando también el interés social de los socios de la compañía. Por ejemplo: al constituirse una sociedad, uno de los socios puede aportar su negocio y recibir en acciones un valor no solamente equivalente al de los bienes muebles o inmuebles vinculados a dicho negocio, sino también una cantidad adicional más, en la cual los socios, de común acuerdo, estiman el *good will* del negocio. Este es un procedimiento de diaria ocurrencia, que se presenta en todas las operaciones de fusión de empresas. Como se ve, en estos casos el cómputo del *good will* sirve de base a la emisión de acciones. De la misma manera, una sociedad ya constituída puede adquirir por compra a otra empresa pagándole en dinero o en nuevas acciones. el *good will*. También aqui el cómputo del valor del *good will* sirve de base a la emisión de acciones."

E) Límites de las facultades de la Superintendencia. Finalmente, se sostiene que la Superintendencia ha sobrepasado la autorización contenida en el artículo 17 de la Ley 58 de 1931, que dice así:

> "Las sociedades anónimas que quieran dar a la venta sus acciones deberán exhibir una autorización de la Superintendencia, quien sólo la otorgará cuando la entidad que la solicita haya llenado todas las formalidades prescritas en las leyes, so pena de nulidad."

Comentando el demandante el anterior artículo, dice lo siguiente:

> "De modo que el permiso debe solicitarse, únicamente, cuando las acciones vayan a darse a la venta, o sea cuando se celebre el 'contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero', como lo define el artículo 1849 del Código Civil, siendo el requisito del precio en dinero esencial para la conformación de este contrato, como lo reafirma el artículo 229 del Código de Comercio. Ahora bien: el artículo 6º de la reforma de los estatutos de la Empresa, que consta en la escritura número 2535, de septiembre 23 de 1942, de la Notaría Segunda de esta ciudad, que acompañó a la demanda, dice: 'Las acciones de capital que deben emitirse por adiciones y mejoras, y valorización de los inmuebles de la Fábrica y por el valor del *good will* de la Empresa, se *distribuirán gratuitamente* entre los accionistas actuales en proporción a las acciones que cada uno de ellos tenga en su poder, los cuales, si fuere el caso, completarán lo necesario en dinero para evitar el fraccionamiento de acciones, siendo entendido....' Las acciones correspondientes a valorización de activos permanentes y a incorporación dentro del capital de la Empresa del *good will* ganado por ella misma, no iban ni van a darse a la venta; se traspasarán gratuitamente a los socios. Luego no hay venta, y, por tanto, la Superintendencia carece de facultad de dar el permiso que ha negado respecto a ellas. El permiso únicamente debió referirse a las acciones correspondientes al aumento de capital en la suma de $ 5.144.10, motivo éste por el cual, desde el principio de esta demanda, he venido diciendo que la nombrada entidad, y, por tanto, el Ministerio de la Economía, al resolver en segunda instancia han debido entender que la petición del señor Gerente de la Empresa hacía referencia a este pequeño número de acciones, únicas que, en realidad, serán vendidas. Las demás, se repite, se darán en forma gratuita a los accionistas actuales, en proporción a sus acciones."

IV

Normas superiores violadas.

Sostiene el demandante que las providencias demandadas, aprobatorias de la Resolución de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, violaron las siguientes disposiciones legales:

Artículo 568 del Código de Comercio, en concordancia con el 500 del mismo Código, por "errónea interpretación de la expresión 'precisa e invariable' y por negativa a reconocer un aumento de capital de conformidad con los estatutos de la Empresa y decretado únicamente por los accionistas de la misma".

Artículos 588 del Código de Comercio y 36 de la Ley 58 de 1931, en cuanto "los aplicaron para un caso no comprendido en ellos, pues no se trataba de capitalizar utilidades o superávit ganado, sino de valorización de activos y del nuevo bien adquirido por la Empresa, o sea el *good will*".

Artículos 98, ordinal j), del Decreto 818 de 1936, y 33 y siguientes del Decreto 554 de 1942, en cuanto "negaron la realidad del *good will* reconocido por estas disposiciones".

Artículo 1849 y sus concordantes de los Códigos Civil y de Comercio, en cuanto "le dieron el carácter de contrato de venta al reparto de acciones, de manera gratuita, entre los accionistas".

Artículo 17 de la Ley 58 de 1931, por "extensión o abuso de facultades, por cuanto aplicó las que allí se conceden para el permiso previo respecto de las acciones que se van a dar a la venta, para las que se iban o van a repartir gratuitamente".

El Consejo de Estado es competente para conocer el negocio, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 34 de la Ley 167 de 1941, en concordancia con el artículo 62 ibídem.

V

Peticiones de la demanda.

En ejercicio de las acciones de que tratan los artículos 66 y 67 de la Ley 167, pide el demandante que se decrete lo siguiente:

> "Primero. Son nulas las providencias dictadas por el Ministerio de la Economía Nacional, fechadas el diez y el veintiséis de julio de 1944, en cuanto por ellas se confirmó la Resolución número 39 de 1943, de la Superintendencia...."
>
> "Segundo. Pide el restablecimiento del derecho violado con tales providencias, declarando que no es necesario el permiso de que habla el artículo 17 de la Ley 58 de 1931, para el reparto gratuito de las acciones de la Fábrica de Bebidas Fermentadas *La Triunfadora*, S. A., y que puede dar a la venta las representativas del aumento del capital en la suma de $ 5.144.10, por estar autorizado este aumento por la Asamblea General de Accionistas y por haberse llenado las formalidades legales exigidas."

En subsidio, en caso de que sea necesario el permiso exigido por el artículo 17 de la Ley 58 de 1931, para la colocación de las acciones correspondientes al aumento del capital decretado por la Empresa, solicita el demandante que se dé el permiso para la colocación de la totalidad de las acciones, o se ordene que sea concedido por la Superintendencia de Sociedades Anónimas.

VI

Con fecha 27 de noviembre de 1944 el señor Fiscal de la corporación rindió concepto favorable a las súplicas de la demanda, y en la parte final de su escrito sintetizó sus conclusiones así:

> "De consiguiente, estando como está demostrado que es real y efectivo el aumento de los bienes inmuebles, y que es real y evidente el *good will* de la Compañía demandante, y que ese aumento de precio no es en el fondo sino la expresión del importe o valor de los dividendos que dejaron de percibir los socios para invertirlo en los inmuebles y mejoras, importe o valor

que representa las utilidades obtenidas por la Sociedad e incorporadas en tales bienes, utilidades provenientes también de la buena fama de los productos de la Empresa, necesariamente se impone conceder el premiso, tanto para la venta de 257 acciones y 205 milésimos de acción, como para el estampillaje de las acciones que han de emitirse en favor de los accionistas en representación del valor mayor adquirido por los bienes tangibles e intangibles de la Compañía, hechas las deducciones para el fondo de reserva impuestas por el artículo 25 de la Ley 51 de 1918, cuyo cumplimiento no puede eludirse."

VII

Estudio del problema jurídico.

La controversia jurídica entre los abogados de la Sociedad Fábrica de Bebidas Fermentadas *La Triunfadora*, S. A., y la Superintendencia de las Sociedades Anónimas, plantea toda una serie de problemas jurídicos que pueden ordenarse en la siguiente forma:

1º *Regla de la invariabilidad del capital social:*

Interpretación del artículo 568 del Código de Comercio respecto al alcance que debe dársele a la norma por medio de la cual se establece que el capital social será fijado de una manera precisa e invariable.

2º *Capitalización de utilidades y de activos repreciados:*

Debe estudiarse si la llamada valorización de activos y su capitalización es un procedimiento legítimo reconocido en nuestro derecho comercial positivo.

3º *El "good will" y su incorporación al captial:*

Hay que estudiar a este respecto si el *good will* puede incorporarse a capital y servir de base para la emisión de nuevas acciones.

4º *Graduación de las atribuciones de la Superintendencia de Sociedades Anónimas:*

A este respecto debe examinarse cuál es el alcance de la facultad contenida en el artículo 17 de la Ley 58 de 1931, sobre autorización de la Superintendencia para colocar nuevas acciones.

Los cuatro puntos principales a que se contrae el debate jurídico sobre que versa la presente demanda serán analizados a continuación en capítulos diferentes para mejor orden y comprensión de las tesis que se sostienen en este fallo.

CAPITULO PRIMERO

Regla de la invariabilidad del capital social.

El carácter de persona jurídica que tiene la sociedad anónima, con haber propio e independiente de los socios, conduce al surgimiento de la regla de la invariabilidad del capital social.

La persona natural responde ante la sociedad, de sus actos jurídicos, con todos sus bienes, y respondía en el derecho arcaico con su persona física.

La sociedad anónima, como persona jurídica, tiene una responsabilidad *sui generis*, que gravita sobre todo su patrimonio, comprendido el capital original y los bienes que llegare a adquirir en el curso de su existencia. Pero esta responsabilidad no se extiende a sus socios, que

son personas distintas de la sociedad, y que sólo arriesgan el aporte que hubieren hecho.

Esta personería jurídica independiente y autónoma de la sociedad anónima, que actúa como una institución en las relaciones económicas del conjunto humano, exige como garantía para la colectividad en general y para los ciudadanos en particular, que la fuente y estructura de su existencia, su capital social, no esté sujeto a dilataciones o contracciones ocultas, sino que figure ostensiblemente ante todos, fijado de una manera clara y precisa.

Refiriéndose a esta teoría de la invariabilidad del capital, el tratadista León Batardón, en su libro *Inventarios y Balances*, dice lo siguiente:

> "Mientras que el comerciante individual tiene naturalmente completa libertad para retirar de su negocio una parte de las sumas en él empleadas, los asociados vienen obligados a mantener dentro del patrimonio social la integridad de sus aportaciones. La ley, en efecto, no prescribe para el comerciante particular ninguna medida especial de publicidad destinada a hacer conocer al público la importancia de su capital; responde indefinidamente con todos sus bienes personales."
>
> "La sociedad, al constituirse, hace constar en la escritura el capital social y la forma de su aportación. Este capital es la garantía inmediata de los terceros que entrarán en relaciones con la empresa. La sociedad no puede alterar su capital inicial a no ser con las mismas formalidades que han sido necesarias para constituirlo."
>
> "Esta regla es lo que constituye el llamado principio de la invariabilidad del capital...."
>
> "Esta regla de la invariabilidad del capital se impone con mayor motivo aún en las sociedades por acciones debido a la responsabilidad limitada de los socios...."

El artículo 151 del Código de Comercio obliga a las compañías anónimas a expresar claramente la cuantía y composición de su capital. Es por la garantía de este capital como los terceros consienten en entrar en relaciones con la compañía. Es necesario, pues, que el capital no pueda ser voluntariamente alterado.

Esta regla de la invariabilidad del capital cumple la doble tarea de garantizar a los terceros y a los propios accionistas. En su actividad económica la sociedad mercantil entra en relaciones con otras personas que necesitan saber de manera precisa cuál es la magnitud del capital de la empresa con quien están negociando. Según el grado de solvencia de la sociedad los terceros contratarán con ella por mayores o menores sumas.

Respecto de los accionistas mismos la precisión en el capital social tiene gran importancia porque su ingreso como socios suele estar inspirado por el volumen del capital que mueve la empresa. En todo caso, un aumento del capital significa para los accionistas que no están en posibilidades para comprar nuevos títulos, una disminución de la importancia proporcional de su aporte con los resultados consiguientes según las normas estatutarias.

La regla de la invariabilidad del capital o, mejor dicho, de la precisión del capital, cobra mayor importancia en los tiempos modernos, dado el intenso desarrollo que han adquirido las sociedades anónimas, hasta llegar, en los países civilizados, a dominar el mecanismo general de la vida económica. En el Estado moderno, en que las actividades económicas suelen ser frecuentemente reguladas por el Estado para bene-

JAIME TOSON VILLEGAS
DONACION

ficio de la colectividad, no es concebible que estas gigantescas compañías anónimas funcionen sueltamente con libertad de dejar en una zona alástica y penumbrosa la magnitud de su capital social, que es la base estructural de su existencia.

Sección I—La precisión del capital en la legislación colombiana.

Examinada en términos generales la importancia de esta regla, se procede a analizar las modalidades que ella tiene dentro de la legislación colombiana.

El artículo 568 de nuestro Código de Comercio lleva incorporada dicha regla general, y dice así:

> "El capital social será fijado de una manera precisa e invariable, y no podrá ser disminuido durante la sociedad."
>
> "En cuanto al aumento del capital durante la sociedad, se observará la disposición del artículo 500."

El artículo 500 citado dice así:

> "Ningún socio podrá ser obligado a aumentar su aporte, o a reponerlo si se perdiere durante la sociedad, salvo el caso de estipulación en contrario."

Para comprender exactamente el alcance y repercusión de estas disposiciones, conviene advertir que la regla de la invariabilidad del capital, si se examina en el fondo, se refiere propiamente a su precisión, a que no puede variarse de una manera caprichosa y oculta sino observando los procedimientos públicos que señalan las leyes, como las que entre nosotros establecen que la sociedad se forma y prueba por escritura pública registrada conforme al Código Civil.

El capital de una persona natural está sujeto a las dilataciones y contracciones cotidianas de su vida económica. En cambio, el capital de la sociedad anónima se fija de manera precisa e invariable por escritura pública, y su aumento no podrá hacerse sino en la misma forma, por escritura pública. Puede decirse que el lapso comprendido entre dos instrumentos públicos relativos al capital de una sociedad anónima constituye un período de tiempo dentro del cual el capital no ha podido ser variado en ninguna forma, permaneciendo rígidamente fijo.

Del estudio del artículo 568 del Código de Comercio, al relacionarlo con el espíritu general que caracteriza dicha regla, se deducen dos principios fundamentales:

1º *El capital social no puede ser disminuido durante la sociedad.*

Esta regla está claramente enunciada en el artículo 568, que se comenta, y según ella el capital social, constituido al origen de la sociedad, no puede desaparecer. Esta no desaparición debe entenderse simplemente como una especie de inmortalidad jurídica del capital invertido, puesto que en la práctica la sociedad, como toda persona que actúa en la vida comercial, corre el riesgo de ver disminuir su patrimonio y a veces puede perderlo totalmente. Por esta razón, el mismo Código, que establece que el capital jurídicamente no puede disminuirse, prescribe también, en el artículo 589, que en caso de pérdida de 50% del capital social los administradores procederán inmediatamente a la liquidación de la sociedad, y si no lo hicieren la Superintendencia de Sociedades Anónimas podrá decretarla por facultad que le confiere el artículo 12 de la Ley 58 de 1931.

2º *El capital social será fijado de una manera precisa e invariable.*

De conformidad con las reglas generales arriba analizadas, el artículo 568 del Código de Comercio, al decir que el capital social será fijado de una manera precisa e invariable, está sentando en el derecho positivo colombiano la teoría general sobre la invariabilidad del capital social.

Esta invariabilidad debe entenderse en el sentido general que a esta tesis le dan los expositores y las legislaciones de otros países, según el texto del mismo artículo; la precisión y la invariabilidad se refieren a la manera de fijar el capital, el cual, como lo indica el segundo inciso, puede ser aumentado durante la vida de la sociedad. Pero al efectuarse cualquier variación ascendente del capital se debe aplicar el mismo principio de precisión y de invariabilidad, esto es, que el aumento del capital se debe hacer llenando todos los requisitos de fondo y forma que requiere la constitución inicial de la sociedad, sin que posteriormente se puedan operar aumentos de capital de manera oculta. En otros términos: la escritura pública es el acto solemne y formalista al través del cual se fija y se precisa en forma invariable el capital, sin que exista ningún otro procedimiento que lo pueda sustituir para hacer aumentos de capital. En otros términos: mientras no se haga una escritura pública con los requisitos legales, el capital no puede ser aumentado, y en el balance de la sociedad deberá aparecer siempre en el pasivo la misma cifra por este concepto. Este es el sentido y éste es el alcance del artículo 558, que no hace otra cosa que trasplantar a nuestro derecho positivo la norma general de la invariabilidad del capital social.

Sección II—El aumento del capital social.

El hecho de que en algunos países, como en Francia, este principio tenga apenas una existencia jurisprudencial y entre nosotros esté incorporado en el Código de Comercio, implica algunas consecuencias peculiares.

En Francia la tesis fue construída por la doctrina y la jurisprudencia. Algunos tratadistas, como Léon Lacour y Julliot de la Morandière, se refieren a la aumentación del capital social en los siguientes términos:

> "Acontece frecuentemente que una sociedad, en el curso de su existencia, aumenta su capital mediante la emisión de una nueva serie de acciones. A pesar del silencio de la ley es necesario considerar, junto con la jurisprudencia, que este aumento implica una nueva constitución parcial de la sociedad, que exige, para su validez, la observación de todas las reglas contenidas en los artículos 1 a 5, 22 a 25 de la Ley de 1867, salvo en lo concerniente a los órganos sociales de la sociedad, puesto que ya existen." *(Précis de Droit Commercial,* Léon Lancour y Julliot de la Morandière, página 54).

En cambio, entre nosotros la tesis sobre la posibilidad de aumentar el capital social no tiene su origen en la jurisprudencia sino en el artículo 568 del Código de Comercio, que establece la norma según la cual el capital social será fijado de una manera precisa e invariable, y no podrá ser disminuido durante la sociedad. El segundo inciso del texto dice:

> "En cuanto al aumento del capital durante la sociedad, se observará la disposición del artículo 500."

Los dos textos están diciendo que el capital no puede ser disminuído pero sí aumentado, subsistiendo la precisión y la invariabilidad en

cuanto a la manera de fijar ese capital. Esa manera no puede ser distinta de las formalidades solemnes que se exigen para la constitución primitiva que entraña también el justiprecio de los aportes en especie. Desde el momento en que el artículo está hablando en qué es posible un *aumento de capital*, se está refiriendo, con vocablos precisos, a la agregación de nuevos capitales sobre los ya existentes. El capital concebido como una forma activa de la riqueza tiene un precio que puede variar según sean las fluctuaciones del valor de la moneda. El precio a este respecto no es otra cosa que la expresión monetaria del valor. Y el artículo que se comenta no se refiere para nada a las expresiones cambiantes de precios de un capital sino a su aumento, lo cual no entraña una referencia a simples desplazamientos de precio, sino nuevas adiciones concretas y materiales de capital. Queda reforzada esta tesis interpretativa con la referencia que el mismo artículo 568 hace del artículo 500, que dice:

> "Ningún socio podrá ser obligado a aumentar su aporte, o a reponerlo si se perdiere durante la sociedad, salvo el caso de estipulación en contrario."

La aumentación a que se refiere este artículo es la que tiene lugar por suscripción de nuevas acciones-capital, y no a la que pudiera provenir de una repreciación de activos ya existentes. Persigue dicho artículo que al viejo socio de una anónima no se le imponga como obligación perentoria en un momento determinado la suscripción de nuevas acciones para aumentar el capital. El artículo ampara al socio contra esta perspectiva. Esta prohibición existe también en la legislación francesa, la cual es comentada por Georges Ripert, en su Curso de Derecho Comercial dictado en la Universidad de París, en la siguiente forma:

> "No es permitido a la Asamblea General aumentar los compromisos de los accionistas; la mayoría no puede forzar a la minoría a adquirir obligaciones suplementarias, como sucedería, por ejemplo, si la Asamblea General vota un aumento de capital y decide que todos los accionistas tienen la obligación de suscribir las nuevas acciones que se emitan. Esta deliberación sería nula. Sería necesaria la unanimidad para consentirla, porque un accionista no está obligado si no puede aumentar sus compromisos."

La interpretación que deba dársele al artículo 550 del Código de Comercio no puede diferir de los conceptos contenidos en la cita que acaba de transcribirse del civilista y tratadista de Derecho Comercial señor Ripert. El aumento del capital, del artículo 500, se refiere al aporte de capitales nuevos, creados fuera de la sociedad y no producidos dentro de sus fronteras por acumulaciones internas distintas a las que puedan sobrevenir por un retorno a capital de los dividendos de los accionistas.

En algunos países la expresión monetaria del capital social ha solido cambiarse cuando intervienen desvalorizaciones legales de la moneda. En efecto: una medida de esta naturaleza crea un fuerte desequilibrio en los balances porque los valores del activo tienen en la moneda un valor mucho más grande. Para equilibrar el pasivo con el activo y solamente para equilibrarlo intervienen entonces no propiamente aumentos de capital sino modificaciones de su expresión en dinero.

Cuando se opera un aumento de capital sin aporte de nuevos valores y sin que haya mediado una desvalorización legal de la moneda, no se está haciendo en realidad un aumento sino acrecentando la expresión numérica de un capital sin adicionarlo con nuevos aportes materiales.

En otros términos: se trataría de ponerle un nuevo nombre a la misma cosa. Los dos textos fundamentales de nuestro Código de Comercio, los artículos 568 y 500, no permiten semejante operación, que violenta nuestro sistema legal y que vendría a desarreglar nuestro sistema tributario, si fuese permisible.

CAPITULO SEGUNDO

Capitalización de utilidades y de activos repreciados.

La Superintendencia de Sociedades Anónimas sentó la tesis de que no puede aumentarse el capital por revalorización de activos, puesto que esto entrañaba una distribución de beneficios con violación del artículo 568 del Código de Comercio, y del 36 de la Ley 58 de 1931, según los cuales los dividendos se deducirán exclusivamente de los beneficios líquidos.

La Superintendencia sostiene esta tesis con base en el hecho de que a los socios se les distribuyen de manera gratuita nuevas acciones representativas del aumento de capital por valorización de los activos tangibles y de los intangibles, como el *good will*. Esta adquisición gratuita de nuevas acciones la entiende la Superintendencia como una repartición de dividendos sin sujeción a lo prescrito en nuevas leyes, según las cuales no se pueden distribuir utilidades sino sobre los beneficios líquidos.

Contra esta tesis de la Superintendencia, el doctor Carlos Lleras Restrepo argumenta en la siguiente forma:

> "Cuando se reavalúa un activo se hace un acto simple de reajuste del capital nominal al real, de los bienes que lo representan. Entonces la acción que por tal concepto se emita entra a representar a su vez una parte del capital, a compensar en el pasivo del balance la modificación de los activos, pero sin que esos activos se sustraigan de la masa social en forma de reparto de utilidades. La totalidad de esos activos continúa dentro de la empresa, constituyendo la prenda común de los acreedores. El interés social de cada socio de la compañía no se modifica en mucho ni en poco; continúa siendo el mismo en realidad. Lo que los socios hayan de recibir en proporción de sus acciones en el momento de liquidarse la sociedad, después de pagar las deudas sociales, no varía en más ni en menos por el hecho de que los bienes estén representados en acciones por más o menos valor nominal."
>
> "En cambio, cuando se distribuyen utilidades, lo que por tal concepto se reparte sale de la masa social para incorporarse al patrimonio particular de los accionistas, y, de consiguiente, deja de ser prenda común para los acreedores de la empresa."

Se comentarán estos respetables conceptos en dos secciones distintas.

Sección I—Beneficio normal y ganancia extraordinaria.

Lo que propiamente se llama beneficio tiene su origen en la aparición de nuevos valores, como resultado del proceso de producción, fenómeno que adquiere toda claridad en las ramas de transformación industrial. La sociedad se constituye inicialmente con el aporte de capitales bajo la forma de dinero, lo cual no constituye un fin en sí mismo, pues bien pronto se transforman en medios de producción y en fuerza de trabajo. El capital original figura en los balances de las sociedades

en el pasivo como una especie de deuda para con los accionistas. Pero la sociedad propiamente dicha no conserva ese dinero en sus arcas sino que lo invierte para realizar de la mejor manera posible su objeto social. De su forma estática en dinero el capital pasa, al través de una *metamorfosis, a transfigurarse en capital productivo mediante su in*versión en inmuebles e instalaciones, maquinarias, materias primas y fuerza de trabajo. Todos estos elementos figuran en el activo y constituyen la estructura orgánica de la sociedad al través de la cual funciona y toma vida.

En el proceso de producción se crea nuevo valor, del cual surgen normalmente los beneficios que se reparten a los accionistas en forma de dividendos. Los haberes de la sociedad, que constituyen la forma activa del capital primitivo, no pueden distribuirse como dividendos porque al hacerlo indefinidamente periclitaria la sociedad por sustracción de activos y desaparición del capital.

Como queda dicho, el beneficio corriente de las sociedades anónimas surge de los mayores valores creados en el proceso de producción y se reparte en forma de dividendos. Se trata, pues, del resultado de una actividad creativa. Puede suceder, no obstante, que la empresa realice otras ganancias imprevistas, que se apartan de la formación normal del beneficio. Esta ganancia imprevista puede provenir del aumento de precio de sus instalaciones por resultado de múltiples factores, como, por ejemplo, la depreciación de la moneda y el alza de los precios, o lo que se denomina vulgarmente valorización como resultado, en materia de inmuebles, de mejoras públicas o privadas en predios aledaños. Esta ganancia supletoria es simplemente un aumento en la expresión monetaria del valor de esos bienes, que bien podrían estar en las mismas condiciones materiales que tuvieron años antes al constituirse la sociedad anónima. Esos bienes son la forma material del capital, que ha sufrido una *metamorfosis que lo lleva de una expresión monetaria a una* existencia material, operación que se expresa en el balance por el tránsito de una cifra en el pasivo a una estimación de bienes en el activo; en el fondo esta repreciación de activos para transformarlos en capital viene a hacer una recapitalización del capital, un cambio de símbolos numéricos sin que en realidad se verifique un aumento real del capital, como lo dispone el artículo 568 del Código de Comercio, que exige la agregación de nuevos valores traídos de fuera de la sociedad.

Tanto es así este fenómeno, que en la cita anterior que se ha hecho del alegato del doctor Carlos Lleras Restrepo, se dice que los activos reavaluados continúan en su totalidad dentro de la empresa, constituyendo la prenda común de los acreedores.

> "El interés social de cada socio de la compañía —agregan los demandantes— no se modifica en mucho ni en poco; continúa siendo el mismo en realidad."

Todos estos trasplantes de cifras, todos estos aumentos y reavalúos de capital, según los mismos demandantes, no operan ningún cambio real en la estructura de la sociedad; se trata de simples fenómenos numéricos que no son alentados por desplazamiento efectivo de capitales constituidos fuera de la sociedad, y que vengan a ella a reforzar su vida económica.

Tienen razón los demandantes en decir que con el aumento del capital por revalorización de activos no se opera ningún movimiento nuevo en la sociedad, sino simplemente un reajuste de cifras. Pero este fenómeno no debe ni puede ser analizado aisladamente dentro de los límites de la existencia de la sociedad, sino que hay que vincularlo también a las

relaciones que existen entre la anónima mercantil y el Estado. Nada real sucede en la operación que se discute, y, por lo tanto, es susceptible de que con ella se perjudique el interés de los terceros.

El Estado podría también ser víctima si este procedimiento fuera aceptado en sus proyecciones fiscales, especialmente en la determinación de la materia gravable para la liquidación del impuesto sobre exceso de utilidades.

Además, este problema de revalorización de activos no puede ser analizado unilateralmente con una confiada y halagadora perspectiva de ascenso permanente de precios. La vida económica conoce empinadas coyunturas de prosperidad seguidas de intensas depreciaciones dentro del fenómeno de las crisis cíclicas del sistema contemporáneo. Nada garantiza que el alza actual del precio de los bienes de las compañías anónimas sea invulnerable a los estragos que pudiera ocasionar un período eventual de crisis económicas.

Nuestras disposiciones legales y reglamentarias tienden cada vez más a darle a la sociedad anónima un carácter institucional orgánico, en cuyo interior de fronteras no impera de manera absoluta el principio de una desarreglada libertad contractual. Al través de la Superintendencia de Sociedades Anónimas el Gobierno supervigila estrechamente esas entidades para la adecuada ejecución de las leyes y cumplimiento de los decretos que se relacionen con ellas. Al no autorizar la Superintendencia el aumento de capital con base en revalorización de activos no ha hecho cosa distinta que hacer cumplir las disposiciones del artículo 568 del Código de Comercio, que prohibe la disminución del capital de la sociedad, y que en determinadas condiciones y con ciertas formalidades permite su aumento, siempre que se trate de una operación real por medio de la cual se traigan capitales nuevos y forasteros al círculo de vida de la sociedad o se reincorporen a capital utilidades líquidas destinadas a entregarse a los accionistas en forma de dividendos.

Sección II—Necesidad de reforma legal.

El aumento de precio que sufren algunos inmuebles pertenecientes a sociedades anónimas, es semejante a la adquisición y crecimiento del precio de los predios urbanos o rústicos, a los cuales el trabajo del hombre no les ha infundido valor, pero que, sin embargo, tienen un precio como una especie de reflejo de la actividad humana social, que se desarrolla en su rededor y que los va ubicando cada vez más, sin que se desplacen, cerca de las vías de comunicación y de los centros urbanos de consumo.

Esta ganancia extraordinaria, que no emana directamente de la actividad de la anónima determinada por su objeto social, la consideran algunos tratadistas como una especie de superávit de capital, y no propiamente como un beneficio realizado. El señor Delio Gómez, en su libro *Anónimas Mercantiles,* dice, sobre este problema, lo siguiente:

> "Corresponde anticipar, que cualquier exceso que arroje el reavalúo sobre el valor contable de los activos fijos, no es un beneficio realizado, ni siquiera realizable, ya que en la mayoría de los casos la venta de los bienes reavaluados determinaría la liquidación de la sociedad. Por lo mismo, dicho exceso no puede ser objeto de reparto, usando para ello los activos sociales. En consecuencia, el aumento en el valor de los activos que pueda resultar de tales reavalúos, será efectivamente un superávit de capital, que no puede distribuirse en forma distinta a un dividendo en acciones, y eso en los casos óptimos."

Esta apreciación concuerda con el criterio de la Superintendencia, que no admite que en el fondo de este fenómeno se trate de una distribución de utilidades líquidas. Ya se ha dicho que por su naturaleza, su origen y su forma de existencia en la sociedad, no se trata de un beneficio corriente sino de una ganancia especial, que se va formando por una especie de aglutinamiento aluvial, y que no está destinada normalmente a repartirse como utilidades, lo que impide su tránsito a la capitalización, mientras un texto legal y una reglamentación no lo condicionen y lo permitan. El justiprecio frecuente y libre de los bienes de una sociedad para aumentar el capital con base en su reavalúo, podría dar lugar a graves arbitrariedades y fraudes a la ley, que pusieran en peligro el interés de terceros. El Código de Comercio y la Ley 58 de 1931 establecen, por ejemplo, que en caso de pérdida del 50% del capital suscrito, se debe decretar la disolución y liquidación de una sociedad. Esta regla, que tiende principalmente a defender a terceros y al público en general, podría ser burlada por este procedimiento de repreciaciones fantásticas e irresponsables. La plena libertad en la repreciación y capitalización de activos, sin control por parte de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, dejaría la posibilidad de audaciosas especulaciones para levantar artificialmente grandes compañías de capitales nominales apenas asentados sobre activos precarios, sometidos a una engañosa y constante inflación de su justiprecio.

De la documentación que obra en el expediente aparece la pulcritud comercial con que se está obrando en este caso de la sociedad anónima Fábrica de Bebidas Fermentadas. El *good will* y los bienes inmuebles de la Empresa fueron avaluados con intervención de las autoridades. Pero no es posible que sobre la base de un caso como éste se construya por vía jurisprudencial una situación general y nueva, que sólo depende de la creación legislativa y reglamentaria.

No sería razonable, y, principalmente, no sería justo que la ganancia extraordinaria sin trabajo que reciben los activos sociales, y que proviene de la vida en comunidad, sirviera precisamente para elevar los capitales y llegara a tener efectos en la rama fiscal, haciendo desaparecer el exceso de utilidades que pudiera representarse, a fin de esquivar el pago del impuesto respectivo, que sólo persigue, por lo general, devolver a la colectividad representada en el Estado parte de la superganancia que tiene su fuente en condiciones especiales de la vida en sociedad.

Siendo ilegal el procedimiento que se comenta, para poderlo permitir sería necesaria una intervención legislativa. En los Estados Unidos el impuesto sobre el exceso de utilidades *(excess-profits tax)* está balanceado con un impuesto sobre el capital social de las compañías *(the capital stock tax);* de tal manera, al tratar de evadir uno de estos gravámenes, se cae en el radio de imposición del otro. Por otra parte, el capital que se toma como base para liquidar estos dos impuestos es el capital original declarado por las compañías, el cual puede ser revisado posteriormente, cuando las inversiones se modifiquen. Las compañías no disfrutan de plena libertad para modificar el avalúo de sus activos sociales. Ha sido necesaria una autorización o permiso del Estado para corregir el avalúo del capital a raíz de cada reforma de las leyes que tratan del impuesto sobre la renta.

> "Bajo la Ley de 1939 —dice el profesor Alfredo G. Buehler—, con el propósito de permitir a las compañías esquivar el fuerte impuesto sobre el exceso de utilidades, como consecuencia de una inexacta previsión de beneficios, se les permitió aumentar pero no disminuir ese valor en los años de 1939 a 1940. Para el año que terminó el 30 de junio de 1941, y posterior-

mente, cada tres años, las compañías pueden revisar el avalúo de su capital para aumentarlo o disminuírlo. Se les deja considerable soltura para establecer el valor del capital, pero acontece que si se aprecia muy alto para evadir el impuesto sobre exceso de utilidades, entonces aumenta lo que se debe pagar por concepto del gravamen sobre el capital *(the capital stock tax)*." (Buehler G. Alfred: *Public Finance*, página 544).

Además, estos dos impuestos nacionales no excluyen el gravamen seccional y local sobre la propiedad, el famoso y tradicional impuesto estadinense llamado *general property tax.*

Mientras disposiciones legislativas no intervengan para permitir y reglamentar el aumento del capital por reavalúo de activos, la tesis de la Superintendencia de Sociedades Anónimas debe sostenerse por las razones que se exponen en este fallo. Una reforma legal en este sentido es necesaria, porque esta operación no podría permitirse sino sujeta a una reglamentación minuciosa que equilibre los intereses de las sociedades anónimas con los del Estado, y del público en general, que debe ser eficazmente protegido.

CAPITULO TERCERO

El "good will" y su incorporación al capital.

La noción del *good will* se ha incorporado en el derecho fiscal colombiano como una de las consecuencias del impuesto sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades, que se creó entre nosotros por medio de la Ley 78 de 1935. En efecto: dicho estatuto legal, además del gravamen sobre la renta propiamente dicho, estableció, con carácter adicional y complementario, un impuesto sobre el exceso de utilidades líquidas obtenidas en cada año por las personas naturales o jurídicas gravadas con el impuesto sobre la renta, y de capitales mayores de veinticinco mil pesos, que dieran un rendimiento superior al doce por ciento anual. Al mismo tiempo, como otro gravamen adicional sobre la renta, fue creado el impuesto sobre el patrimonio. De conformidad con la misma Ley, debe entenderse por patrimonio el conjunto de derechos apreciables en dinero que tiene una persona, deducido el monto de sus deudas.

El establecimiento de estos impuestos planteó toda una serie de problemas nuevos, y, entre otros, el relativo a la apreciación de los bienes intangibles que, como el *good will*, son susceptibles de estimación en dinero, de acuerdo con la concepción legal del patrimonio. Además, para los efectos del impuesto sobre exceso de utilidades, que aparece cuando la cuota de beneficio es superior al 12% sobre el capital invertido, tiene mucha importancia sobre si el *good will* formado en el curso de la existencia de una sociedad anónima, puede avaluarse para aumentar el capital y reducir así dicha cuota de beneficio, mermando, por lo tanto, o haciendo desaparecer totalmente, las superutilidades.

Para estudiar el problema de si es posible o nó la capitalización del *good will*, surgido en el curso de la existencia de una sociedad anónima, conviene, como trabajo preliminar, examinar los textos de la ley y de los reglamentos con los cuales se ha elaborado la concepción del *good will* en derecho positivo colombiano.

Sección 1—Disposiciones legales y reglamentarias sobre "good will".

Las disposiciones de carácter fundamental sobre el *good will* son las contenidas en el Decreto reglamentario número 818 del 16 de abril de 1936; en el de carácter extraordinario número 554 de 28 de febrero de

1942, y, últimamente, en el Decreto número 503 de 1945. Las partes respectivas de aquellos Decretos son las siguientes:

a) El Decreto 818 de 1936, por el cual se reglamenta la Ley 78 de 1935, en los artículos relativos al *good will*, dice así:

"Artículo 98. Tanto para la declaración de patrimonio, que debe hacer el contribuyente, como para la estimación que de ese patrimonio debe hacer el empleado liquidador, a falta de aquella declaración se seguirán las reglas siguientes:

"..... ....

"j) Concesiones, patentes de invención, marcas de fábrica, de comercio y de agricultura, propiedad literaria y artística y derechos de nombre o razón social, por su precio de adquisición."

"Cuando las propiedades de que trata este numeral no hubieren sido adquiridas por precio conocido, o hubieren sido constituidas o reformadas por los mismos contribuyentes que las exploten, deberán ser justipreciadas a costa del interesado, o por el Jefe de Rentas, otro por el contribuyente, y un tercero, en caso de desacuerdo, por la Cámara de Comercio de la capital del Departamento de la vecindad del contribuyente."

b) El Decreto 554 de 1942, por el cual se dictan disposiciones sobre impuestos, al tratar de los bienes incorporados y de su avaluación, dice:

"Artículo 33. El contribuyente que se crea propietario de bienes intangibles o *good will*, no adquiridos por compra, debe elevar su petición de avalúo a la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, antes de presentar su declaración de renta y patrimonio, llenando los siguientes requisitos:

"..... ....

"Artículo 34. El Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, en vista de lo alegado y probado en el memorial, puede exigir comprobaciones adicionales, inclusive la inspección ocular de la empresa y de los libros de contabilidad del contribuyente, la cual se llevará a efecto por los empleados a quienes designe."

"Artículo 35. Del resultado deducirá el funcionario mencionado si existe o nó el bien incorporal o *good will*, cuyo avalúo se solicita, teniendo en cuenta que para que éste se presente es necesario que las superutilidades obedezcan precisamente a condiciones especiales de la persona o entidad solicitante, y no a la acción del Estado, o a otras causas sociales independientes y extrañas a ella, entre las cuales debe contarse la protección aduanera, o de cambios, bajos salarios o la diferencia entre las prestaciones sociales concedidas por el solicitante y sus trabajadores con las concedidas por otras empresas de la región y del país en general, sea de las ordenadas por la ley o autorizadas por contrato de trabajo o voluntariamente por los empresarios. A estos efectos, la Jefatura oirá los conceptos de los Ministerios de la Economía Nacional y de Trabajo, Higiene y Previsión Social, cuando lo estimare conveniente."

"En los casos de que empresas igualmente protegidas se coloquen en situaciones diferentes por razones distintas a la protección, previo su señalamiento y comprobación, puede decretarse el avalúo del posible *good will;* pero el rendimiento normal y la tasa de capitalización habrá de calcularse por lo menos en cinco puntos más que los aceptados para otras empresas en condiciones normales, de acuerdo con los datos que posee la Jefatura de Rentas."

"Es entendido que la reglamentación general establecida en este Decreto obra también en estos casos."

De los textos anteriores se deducen, para el caso que se analiza, las siguientes conclusiones:

1ª Que el derecho fiscal colombiano reconoce la existencia, como un elemento del patrimonio, de bienes intangibles o *good will;*

2ª Que el *good will* supone en derecho positivo fiscal colombiano la existencia de superutilidades;

3ª Que las superutilidades deben obedecer a condiciones especiales de la persona o entidad, y no a la acción del Estado o a otras causas sociales;

4ª Que la valuación del *good will,* cuando no ha sido adquirido por compra, se hace con la intervención y control de órganos del Estado, como la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales;

5ª Que el período de actividades que debe analizarse no puede ser inferior, en ningún caso, a cinco años, y que la tasa de capitalización contemplará el período en el cual se espera que seguirá produciéndose un exceso de utilidades, sin que este período pueda ser superior a cinco años;

6ª Para constatar si existen superutilidades debe calcularse primero el interés normal para relacionarlo con el tipo medio de rentabilidad en industrias e inversiones de la misma naturaleza en el país, teniendo en cuenta el mayor o menor riesgo de la inversión estudiada, etc.

Se observa que la reglamentación colombiana es vacilante, porque quiere resolver en un mismo texto el problema contradictorio que se le plantea al Fisco con el avalúo del *good will.* Si se trata del impuesto de patrimonio, el interés del Fisco sería hacer un avalúo pleno, incluyendo también las superutilidades que puedan derivarse por la acción protectora intervencionista del Estado, como gravámenes aduaneros defensivos, etc. Pero si el *good will,* una vez avaluado, va a servir para aumentar el capital, entonces las utilidades excesivas pueden desaparecer, porque éstas expresan simplemente una relación de porcentaje con el capital que las genera. Si las utilidades se mantienen fijas y el capital aumenta, la tasa del beneficio o de la utilidad disminuye. Si doscientos pesos ($ 200.00) son la utilidad derivada de un capital de mil pesos ($ 1.000.00), tenemos una tasa del beneficio, del 20%. Pero si la misma utilidad de doscientos pesos ($ 200.00) proviene de un capital doblado a dos mil pesos ($ 2.000.00), por capitalización de *good will,* la tasa del beneficio disminuirá al 10% y desaparecerán las superutilidades, que son todas las superiores a un 12%. Este fenómeno impele a los agentes del Fisco a ser prudentes en el avalúo del *good will,* que si llega a capitalizarse produce una metamorfosis del impuesto, pues al desaparecer el exceso de utilidades, que tiene tarifas de gravamen que van del 12 al 33%, no queda como retribución para el Tesoro Nacional sino el impuesto sobre patrimonio, que tiene una tasa menos fuerte, con una progresividad que va del 1 al 11%, según la última reforma consignada en la Ley 35 de 1944. Bajo estas dos influencias contradictorias, la que aconseja un aumento del *good will* para acrecentar el producto del impuesto sobre patrimonio, y la que indica su disminución para asegurar el rendimiento del gravamen sobre exceso de utilidades, se ha movido en una forma vacilante y contradictoria la reglamentación colombiana sobre esta materia.

Sección II—El "good will" y el impuesto sobre exceso de utilidades.

En el informe rendido por la Comisión de la Cámara de Representantes, que estudió la reforma tributaria en 1935, y que fue elaborado por el doctor Carlos Lleras Restrepo, se expresó en forma clara y brillante cuál era el propósito que animaba la instauración del impuesto sobre superutilidades. En aquel documento se dijo:

> "En la mayor parte de los casos, ese superprovecho no se origina en las condiciones personales del individuo, *que no pueden tomarse nunca en cuenta en las sociedades anónimas*, sino en circunstancias externas, que realizan más o menos completamente un monopolio. Muy frecuentemente dicho monopolio tiene su origen en la misma ley; es una creación del Estado, como sucede con el proteccionismo aduanero, que elimina para ciertas industrias la competencia de sus similares extranjeras.
>
> "Parece, pues, equitativo que un superprovecho que así se engendra en la acción del Estado, o en otras causas sociales, independientes o extrañas al individuo, se grave considerablemente para que el producto de ese gravamen devuelva a la colectividad, para la satisfacción de las necesidades generales, siquiera parte de lo que ella hizo nacer y prosperar.
>
> "Lo importante es el principio, esto es, la consagración de la tesis de que el capitalista no puede aspirar a una ganancia ilimitada, sin contribuir progresivamente a sufragar los gastos de la Administración Pública."

Como se ve, la intención del legislador ha sido la de que las personas naturales o jurídicas favorecidas con un beneficio que sobrepase la cuota de rendimiento normal, tributen en relación con el incremento de sus facultades tributarias tan provechosamente acrecentadas con el amparo del Estado y de su organización social. Si el *good will* se pudiese capitalizar por su avalúo, provocaríamos el fenómeno de la desaparición de las superutilidades y la extinción de las entradas del impuesto, que las grava tergiversando los propósitos de la ley. El *good will*, producto de las superutilidades, dialécticamente las elimina al ser capitalizado. El *good will* se destruye a sí mismo. Los Decretos antes citados, debido a las fuerzas contrapuestas de que son producto, dictan una reglamentación que prácticamente presenta como principio general el de que el impuesto sobre exceso de utilidades se puede evadir cambiándolo por el de patrimonio, de tarifa más reducida, con la simple avaluación del *good will*, cuando ha sido constituido o formado por el mismo contribuyente. Dentro de esta tesis, la omisión de la declaración de la existencia del *good will*, y su justiprecio, deja subsistente el impuesto sobre exceso de utilidades.

Se trata de que el impuesto está condicionado a un olvido de los contribuyentes; se paga el gravamen por omisión, a pesar de que la ley orgánica del impuesto sobre la renta consideró el impuesto sobre exceso de utilidades como un gravamen adicional y universal para todos, cuando hubiese superutilidades, sobre la base de una tasa de beneficio superior al del 12%. La capitalización del *good will* permite burlar el espíritu de la ley y sus propósitos de equidad fiscal.

Dentro de la técnica financiera, el impuesto sobre exceso de utilidades no puede analizarse sino como una forma de aplicación de la tesis según la cual toda persona, por el hecho de pertenecer a una comunidad política organizada, debe contribuir de acuerdo con sus facultades. Quien recibe superbeneficios está, por lo general, en condiciones de contribuir

con mayores sumas al Fisco Nacional. En realidad, el gravamen sobre exceso de utilidades es una aplicación de esta norma, y un desarrollo de la tesis sobre la progresividad del impuesto.

Nociones distintas en la reglamentación del gravamen y en la doctrina que en torno de esto se ha formado, presentan el impuesto sobre superutilidades como una especie de castigo por el empleo de medios y de factores ilegítimos. Reflejando esta tendencia, que ha invadido y saturado tanto la doctrina como la práctica de la administración financiera colombiana, dice el doctor Manuel A. Alvarado, en uno de sus importantes trabajos sobre materias tributarias:

> "Partimos también de la base de que el *good will* debe estar siempre representado por factores especiales de recibo comercial y legal, y que en ausencia de esos factores, el solo superrendimiento no demostraría la existencia de ese bien incorporal. Esto quiere decir que puede haber casos en que la superutilidad se debe a factores ilegítimos, como la especulación con el trabajo o con el consumidor, en cuyo caso se justifica ampliamente el gravamen sobre esa superutilidad, gravamen que el legislador ha establecido precisamente para esos casos, con fines sociales y económicos."

Existe, pues, la tendencia a establecer que el cómputo del avalúo del *good will*, como un elemento del patrimonio, no debe hacerse en caso de que los empresarios utilicen en sus negocios procedimientos ilegítimos, a fin de que se vean obligados a pagar el impuesto sobre exceso de utilidades como una especie de sanción, de castigo y condena fiscal.

Precisa repetir que de conformidad con el espíritu de la Ley 78 de 1935, aclarado en el informe que presentó la Comisión a cuyo estudio estuvo el proyecto original, el impuesto sobre exceso de utilidades tiene su base en una apreciación de las facultades tributarias del contribuyente, y en el propósito de que el Estado sea retribuido por el amparo que otorga a este proceso creativo de superutilidades, además de sus objetivos sociales, consistentes, entre otros, en inclinar al capitalista, como única vía de evasión, a aumentar los sueldos y salarios de sus trabajadores.

El impuesto sobre exceso de utilidades es considerado por la misma ley orgánica como parte de un todo indivisible, que es el impuesto sobre la renta. Y este gravamen no es un castigo sino una prestación debida al Estado por el simple hecho de que los contribuyentes pertenecen a una comunidad política organizada, y la tarifa con que se liquida tiene un carácter progresivo, que consulta las facultades de quienes deben pagarlo. Estas mismas características gravitan en el impuesto sobre exceso de utilidades, y le dan fisonomía y peculiaridades, puesto que, según la ley, forma un todo indivisible con el impuesto sobre la renta, del cual no es más que un factor adicional o complementario.

Sección III—Capitalización del "good will".

De acuerdo con todas estas consideraciones, se procede a resolver el problema planteado por la demanda, consistente en decidir si el *good will*, una vez avaluado, puede servir de base para aumentar el capital social con la emisión de nuevas acciones para distribuir gratuitamente entre los socios. A este respecto, se observa:

1º *Carácter precario del "good will".*—El aumento de capital permitido por los artículos 500 y 568 del Código de Comercio no se refiere a cambios nominales sino a una elevación real del capital por aportes

traídos fuera de la sociedad, que vengan a acrecentarlo, o por capitalización de beneficios líquidos.

El *good will*, debido a su carácter intangible y relativamente incierto, carece de una existencia permanente, no es susceptible de poderse realizar de manera efectiva sino a través de una transacción, como lo dice la Superintendencia de Sociedades Anónimas. Determinados factores económicos no pueden apreciarse sino a través de ciertas modalidades de expresión, como el valor al través del precio. De la misma manera, el *good will*, sujeto a las alternabilidades de dilatación y contracción de los factores que lo engendran, no puede estabilizarse en valores contables sino al través de alguna operación que lo estabilice, como una transacción, por ejemplo. Si una sociedad anónima adquiere una empresa poseedora de un *good will*, es claro que invierte capitales por cifras fijas en la adquisición de ese valor intangible. Se trata de un aporte nuevo, de un bien intangible, que se ha materializado en un precio de compra. Si la adquisición se ha hecho con reservas, puede también servir de base para un aumento de capital.

Hoy día, de conformidad con los artículos 28 y 30 de la Ley 35 de 1944, y en armonía con el Decreto 526 de 1945, el *good will* adquirido por compra, aporte, o por cualquier otra causa, debe también avaluarse para los efectos fiscales, sin que esta apreciación pueda ser por ningún motivo superior al precio de adquisición.

Pero el *good will* formado en el proceso de vida de una sociedad tiene una existencia precaria, como la del infante que aún no ha nacido. Su magnitud y su importancia no se concretan y precisan sino en el momento de realizarse, de ser objeto de una transacción. Al fin y al cabo, estos bienes intangibles toman su fuerza y su vida de los bienes tangibles, como los fuegos fatuos tienen una procedencia material, a la cual se vinculan. Si una empresa poseedora de un *good will* desaparece y se liquida, sus máquinas pueden venderse a diferentes compradores, y sus valores no se extinguen porque se les adapte a otras funciones. En cambio, el *good will*, al liquidarse la empresa como unidad comercial o económica, por la dispersión de los bienes materiales que le servían de fundamento, desaparece de una manera total, deja de existir, no tiene valor, no tiene precio. Sucede como con el movimiento humano, que desaparece con la muerte.

Esta existencia precaria del *good will*, sujeta a la permanencia e inmutabilidad de ciertos factores que se agitan dentro de un mundo económico siempre cambiante, hacen que su avalúo no pueda servir de base para una capitalización mientras no sufra al través del cambio una metamorfosis que lo materialice con un precio determinado y pagado. Este carácter precario del *good will* ha sido destacado por eminentes tratadistas, como por el gran economista norteamericano Edwin A. Seligman, de la Universidad de Columbia, quien al respecto dice así:

> "Con el *good will* de un negocio sucede que la continuación de las operaciones beneficiosas está frecuentemente tan condicionada por la capacidad personal del propietario temporal, que hay menos diferencia entre el capital y la renta que en el caso de un privilegio permanente o perpetuo."
>
> "El *good will* de un negocio puede considerarse en un sentido como el resultado de un laborioso esfuerzo, pero su valor no guarda ninguna relación con ese esfuerzo. El *good will* puede existir hoy y desaparecer mañana, sin ningún cambio de propietario." (Edwin R. A. Seligman: *Principles of Economics*, páginas 263 y 264).

Esta vida incierta del *good will*, que, como dice Seligman, existe hoy día, pero puede desaparecer mañana, no lo hace apto para servir de base a un aumento de capital en una sana organización financiera. Cuando algún *good will* se adquiere por compra, es motivo de una inversión. El capital de la compañía o parte del capital, sin dejar de figurar como un guarismo en el pasivo, pasa a ocupar un renglón en el activo, bajo la rúbrica de *good will*. Este proceso de materialización al través del cambio, de la compraventa, es lo que permite considerarlo como capital, o, mejor dicho, representativo de una inversión de capital. En otros términos: el capital puede invertirse en *good will*, pero el *good will* no puede transformarse en capital.

2º *Contradicciones de la capitalización del "good will"*.—Dentro de las normas de la legislación positiva colombiana en materias fiscales, y dentro de la doctrina y jurisprudencia creada en torno suyo, el *good will* está sustancialmente ligado a la existencia de superutilidades.

> "Lo cierto es que sin superutilidades el *good will* no existe." (Alvarado: *Tratado de Ciencia Tributaria)*.

Aplicado este criterio al avalúo del *good will* y a su capitalización, se encuentra el fenómeno a que se aludió antes, consistente en que el *good will* se destruye a sí mismo. Si, por ejemplo, mil pesos ($ 1.000.00) producen trescientos pesos ($ 300.00), y la tasa de beneficio normal en esa rama de producción es del 12%, se tiene el siguiente cuadro:

Utilidades...	$ 300.00
Menos interés normal...	120.00
Utilidad del *good will*	180.00

Si se toma una tasa de capitalización igual a la normal, del 12%, sobre la base de una gran estabilidad de todos los factores que determina el *good will*, se tiene que para producir esos $ 180.00 de superutilidades, al 12%, se requeriría un capital de $ 1.500.00, cifra en la que se avalúa, por lo tanto, el *good will*.

Avaluado, pues, el *good will* en $ 1.500.00, y siendo el capital tangible, de $ 1.000.00, se tendría en este ejemplo que al incorporar el *good will* en el capital se obtiene un capital total de $ 2.500.00, que sigue produciendo una utilidad de $ 300.00, o sea un beneficio anual menor del 12%. Como el *good will* no existe en nuestra legislación sino cuando hay superutilidades a un rendimiento superior al 12%, en el ejemplo que se ha dado, en su última fase, el *good will* ha desaparecido.

La capitalización del *good will* puede conducir a su desaparición por sustracción de superutilidades, como sucede en el ejemplo anterior, con el cual se ha querido destacar una teoría aislando el caso de los factores que en la vida real pudieran interferirlo. Este método de análisis abstracto descubre la tendencia a la desaparición de las superutilidades por capitalización del *good will*. ¿Dónde están las raíces materiales con que se alimenta este fenómeno de tan sorprendentes contradicciones dialécticas?

Se ha dicho en este estudio que esa especie de existencia inmaterial del *good will* está unida a algo material, como la llama al leño que la alimenta. Esta tendencia a la desaparición del *good will*, como resultado imprevisto de su propia capitalización, no es otra cosa que el reflejo sobre la pantalla comercial de la ley económica, según la cual en el sistema contemporáneo existe una tendencia a la baja de la tasa media de la ganancia hacia la cual son arriadas todas las ramas industriales hostigadas por la ley de la concurrencia. Los capitales que buscan colocación prefieren necesariamente las empresas en que la tasa del beneficio es más elevada. La afluencia de capitales sobre esta rama aumenta

la producción por el ensanche de las plantas y la dilatación de la oferta hace disminuir los precios con la baja consecuencial del beneficio.

Dentro de una misma compañía se opera el fenómeno de que los superbeneficios aumentan el precio de las acciones en la bolsa comprimiendo su rendimiento proporcional en razón del interés normal en el país. Los nuevos accionistas compran los papeles por encima del valor nominal. El primitivo accionista gana superbeneficios, pero el nuevo, el que ha comprado las acciones a precios elevados, encuentra que el superbeneficio no le aprovecha. El exceso de utilidades puede existir para la sociedad y sus socios originarios, pero para recientes accionistas ha desaparecido. El *good will* se mata a sí mismo.

La desaparición del *good will,* como espuma, desde el punto de vista de los compradores contemporáneos de acciones, es un fenómeno equivalente a la desaparición del exceso de utilidades por capitalización del *good will.* El uno opera en particular para cada accionista y el otro obra sobre la sociedad en su conjunto.

El *good will* tiene una vida versátil y ondulada, con curvas de alza y largas bolsas de depresión. A este fenómeno incorpóreo no puede dársele, en sana organización económica y fiscal, la carta de ciudadanía y de inmortalidad que se le otorgaría permitiendo su capitalización antes de encarnarse materialmente en una transacción comercial.

Examinado en otro capítulo el problema de la capitalización de activos revaluados y habiendo hecho el análisis del fenómeno que implicaría la capitalización del *good will,* conviene advertir que estos dos problemas suelen eslabonarse. Hay entre ellos una especie de equilibrio de vasos comunicantes, y se podría caer en una redundancia o exceso si los dos fueran sometidos separada y unilateralmente a un nuevo justiprecio ascendente. En efecto: a veces el mayor valor que por alza de precios o perturbaciones monetarias llegan a adquirir ciertos bienes tangibles, vendría a transformarse en parte integrante del intangible *good will.* Para aclarar este concepto, conviene transcribir las opiniones que sobre el particular emitió la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en el oficio número R. 10069 H., de 29 de noviembre de 1939, que dice así:

> "A la Jefatura tampoco se le escapa el argumento hecho por otros contribuyentes en igualdad de condiciones, consistente en que si fueran a adquirirse hoy los bienes de que se trata, su valor sería superior al de compra anterior. Mas a esto se contesta, que, como ya se dijo, el costo rige por el precio de adquisición; además, este mayor valor actual, de ser efectivo, lo que indica es que su propietario goza de ciertas ventajas sobre sus posibles competidores actuales, nacidas éstas de causas extrañas e independientes, que lo colocan en cierta posición de privilegio. Efectivamente, existe en esos casos un patrimonio, pero no expresado en bienes tangibles, sino en bienes incorporales, susceptibles de avaluación pericial, en la forma reglamentada en el Decreto 818 de 1936."

Si el precio de adquisición en virtud de nuevos fenómenos económicos y monetarios llegare a ser sobrepasado con gran ventaja en las condiciones reales del mercado, sucedería que el privilegio que entraña su compra primitiva a un bajo precio, viene a expresarse en una generación de superutilidades, lo que conduce a la formación del *good will.* Puede decirse, en consecuencia, que este mayor precio de activos tangibles se traslada al valor del *good will.* En este caso, y estrictamente encerrados dentro de este ejemplo, podría decirse que no es permisible

el avalúo simultáneo de los activos materiales y del *good will.* Si se reavalúan los activos no hay *good will.* Si hay *good will* no debe haber reavaluación de activos.

Este es otro ejemplo de cómo el *good will,* bién intangible, toma su fuerza y forma de ciertas circunstancias materiales externas y tangibles.

Sección IV—Carácter estricto de la legislación fiscal.

El doctor Carlos Lleras Restrepo plantea el argumento de que no es lógico ni concebible que la legislación fiscal reconozca la existencia del *good will* para gravarlo con impuesto, sin que, consecuencialmente, se le admita también para otros efectos, como para incorporarlo al capital de una empresa comercial mediante la emisión de acciones con base en su avalúo. Los términos en que el doctor Lleras Restrepo desarrolla esta tesis son los siguientes:

> "Una empresa puede llegar a poseer un *good will* por dos caminos diferentes: o bien porque lo adquiera cuando ya ese *good will* se ha creado, al precio que estime oportuno, o bien porque el *good will* se haya formado como consecuencia del manejo de la empresa, y de las circunstancias favorables propias de esta misma empresa, que engendran una utilidad superior a la normal. El *good will* que se forma por la segunda vía tiene, como el otro, un valor en dinero, un precio comercial, constituye un patrimonio de la empresa. Por esto, obrando con criterio científico, las leyes fiscales disponen que sobre dicho *good will* se cobre el impuesto adicional, que se calcula sobre el valor del patrimonio. De manera que, expresamente, el derecho colombiano acepta la existencia, dentro del patrimonio de una sociedad, del bien incorporal denominado *good will,* y lo grava con impuestos, bien sea que dicho bien haya sido adquirido por compra o se haya ido formando a lo largo del desarrollo de los negocios sociales. Y esto es técnico, porque precisamente es ese patrimonio incorporal el que en buena parte determina el alza de las acciones en el mercado con respecto al valor nominal que les señalaron los estatutos. El valor de la acción en el mercado halla una parte de su respaldo en este patrimonio incorporal.
>
> "¿Y cómo puede concebirse que las leyes, simultáneamente, consideren que existe un patrimonio para poder gravarlo con impuesto, y se nieguen a reconocerlo como activo de una empresa, para el efecto de que sirva de base a la emisión de acciones? El procedimiento sería inequitativo, reñido con la realidad de las cosas, radicalmente absurdo."

No todo es lógico en la ciencia del derecho, donde no siempre existen vasos comunicantes entre sus diversas ramas y secciones. El derecho fiscal tiene sus particularidades, su dominio exclusivo y excluyente, como consecuencia de una relación dispareja entre el Estado y el individuo. La acreencia del impuesto, por ejemplo, nace por un acto unilateral de la Administración y el contribuyente que quiera litigar y excepcionar contra ella; deberá primero, como requisito indispensable, desconocido en la práctica civil y comercial, pagar lo que se le cobra como gravamen. Las leyes fiscales tienen la característica general de que actúan sobre fenómenos de hecho para perseguir lo que al Estado se le pueda deber, sin tener en cuenta nada más, pero también nada menos, que el interés del Fisco. El reconocimiento de un bien, de un patrimonio, de una empresa, para poder cobrarle el impuesto no implica la consagra-

ción legal de su existencia en todos los aspectos de la vida jurídica. El cobro del impuesto sobre un patrimonio mal habido no tiene el efecto de agua bautismal para sanear su origen.

La jurisprudencia y la doctrina francesas han relievado esta peculiaridad de las leyes financieras. El Consejo de Estado, en ese país, había dicho desde 1921:

> "En principio, las leyes fiscales, que no tienen objeto distinto al de arreglar el presupuesto del Estado y los impuestos, no podrían modificar los textos orgánicos sin que la intención de hacerlo esté expresamente manifestada en el texto mismo."
>
> "Una ley fiscal está destinada a gravar la materia fiscal, la materia imponible, descubriéndola donde se encuentre, sin preocuparse primordialmente de las condiciones en que se halla, puesto que se trata de aprenderla tal como se presenta de hecho, sin cuidarse de averiguar lo que ella representa y vale en derecho. La ley fiscal repercute sobre situaciones de hecho y no sobre situaciones de derecho y, dentro de esas situaciones de hecho distingue entre lo que caerá bajo el golpe del impuesto y aquello que podrá escaparle."

Comentando en su curso de finanzas públicas estas conclusiones de Corneille, el profesor Gaston Jéze dice lo siguiente:

> "Tanto es así que una ley de impuesto que grava determinada institución no debe ser interpretada como un reconocimiento legal de esa institución, cuando una ley orgánica decide lo contrario".

Bastan estas consideraciones de teoría general para delimitar el ámbito propio en que actúan las leyes financieras. La ley fiscal considera que el *good will* constituye un patrimonio gravable, pero eso no implica su reconocimiento como base para emitir nuevas acciones y elevar las cifras del capital social de una compañía anónima. El Código de Comercio no puede ser reformado por las leyes fiscales sino cuando expresa e inequívocamente así se declare. Esta tesis permite al legislador fiscal una gran libertad de movimiento en beneficio del Tesoro de la Nación, porque lo exime de quedar cautivado en los esparaveles de su preocupación por las lejanas repercusiones que puedan tener sus dictámenes sobre otros aspectos y ramas del derecho. El objetivo fiscal se alcanza como fin exclusivo sin adherencias próximas ni remotas con otras zonas que están bajo el dominio y el imperio de leyes especiales.

CAPITULO CUARTO

Graduación de las atribuciones de la Superintendencia de Sociedades Anónimas.

En la parte primera de esta sentencia, relativa a la historia del negocio, se dijo que los demandantes alegan extralimitación de facultades por parte de la Superintendencia de Sociedades Anónimas al dictaminar en general que no podían colocarse, sin discriminación, ninguna de las nuevas acciones que proyecta emitir la sociedad anónima Fábrica de Bebidas Fermentadas *La Triunfadora,* unas con base en la revalorización de activos permanentes, otras sobre el avalúo del *good will,* y una pequeña parte correspondiente a un aumento efectivo de capital. Los títulos con base en los dos primeros factores serían distribuídos gratuitamente a los viejos socios, en proporción al número de acciones que tengan, y las últimas serían vendidas entre los mismos.

Los demandantes fundamentan sus observaciones en el artículo número 17 de la Ley 58 de 1931, que dice así:

> "Las sociedades anónimas que quieran dar a la venta sus acciones, deberán exhibir una autorización de la Superintendencia, quien sólo la otorgará cuando la entidad que la solicita haya llenado todas las formalidades prescritas en las leyes, so pena de nulidad."

Comoquiera que en este capítulo se emplea la palabra "vender" para relacionarla con la autorización de la Superintendencia, sobre que versa el texto legal, los demandantes sostienen la tesis de que la distribución gratuita de acciones no requiere ese permiso oficial.

Esta argumentación de los demandantes conduciría a una negativa de plano de sus principales pedimentos, puesto que podría argüirse que el artículo 17 de la Ley que se comenta no autoriza sino la venta de acciones y excluye, por lo tanto, todo otro procedimiento distinto de emisión.

La Ley 58 de 1931, por medio de la cual se organizó la Superintendencia de Sociedades Anónimas, persigue establecer un control del Estado sobre estas importantísimas instituciones de la vida mercantil moderna, que son las sociedades anónimas, con el objeto de preservar al público que entra en relación con ellas, y asegurar la estabilidad y diafanidad de los negocios sociales. Si la ley estableció que las sociedades anónimas no podían dar a la venta sus acciones sin previa autorización de la Superintendencia, dentro del criterio de control intervencionista que se acaba de indicar, precisa entender que si para ese caso que implica una incorporación de nuevo capital a la empresa se requiere autorización, con mayor razón es indispensable cuando se trata de emitir nuevos títulos de manera gratuita, operación que podría engendrar una grave situación financiera de la compañía. Dicho artículo debe interpretarse así, fijando el valor de las palabras con sujeción al propósito fundamental de la ley, que tiene un sentido claro y preciso.

La distribución de acciones en el caso presente ofrece, además, algunas particularidades que atenúan y desdibujan su gratuidad. En efecto: la operación que se examina se basa en su mayor parte en la emisión de acciones respaldadas en la repreciación de activos en el avalúo del *good will* que son bienes de la anónima, garantía de terceros y representativos en caso de liquidación del haber por distribuir entre los socios. Examinada la operación desde este punto de vista, se halla que su carácter de gratuidad desaparece y que en el fondo se resuelve la operación en una negociación onerosa: los accionistas le dejan a la compañía esos valores sobre los cuales tienen derechos y en cambio reciben los nuevos títulos.

Pero aun en el caso de que el primer acto de repartición de estas acciones se considere de carácter gratuito, la operación entraña de todas maneras para los socios de las anónimas, la posibilidad de vender ulteriormente sus títulos. Desde este punto de vista la gratuidad primitiva no es sino el pórtico de entrada al proceso de circulación de acciones mediante la operación jurídica de la venta.

Ni el texto legal, ni el espíritu de la ley están restringidos a funcionar en relación exclusiva con el carácter formal del primer acto de la colocación de acciones, sin que abarquen panorámicamente todo el proceso que sobreviene al ser lanzados los títulos a la circulación, cualquiera que sea la forma externa de su introducción originaria en el mercado. El solo hecho de que tales acciones sean susceptibles de ser vendidas con posterioridad, obliga a la Superintendencia de Sociedades Anónimas

a intervenir para autorizar su colocación tomando en cuenta la guarda de los intereses del público y de la colectividad que la ley le ha confiado.

Estas breves consideraciones permiten apreciar que la Superintendencia de Sociedades Anónimas no ha hecho uso abusivo de las facultades que le confiere la Ley 58 de 1931 para controlar y autorizar la emisión de acciones de las sociedades anónimas.

Sinopsis.

La sociedad anónima Fábrica de Bebidas Fermentadas *La Triunfadora* ha intentado elevar su capital social de $ 80.000.00 a $ 300.000.00, decretando un aumento de capital, de $ 220.000.00, que se descomponen así:

$ 150.000.00, por valorización catastral de bienes raíces de la sociedad, justipreciados por la sección correspondiente del Municipio de Bogotá.

$ 64.585.75, por concepto de la adquisición por la empresa de un bien intangible o *good will*, según dictamen pericial de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.

$ 5.144.10, por emisión de acciones para ser suscritas preferencialmente por los accionistas de la empresa.

A

La primera operación se resuelve en una elevación del capital social por repreciación de activos, lo cual entraña una violación de la regla de la invariabilidad del capital social consignada en el derecho positivo colombiano por el artículo 568 del Código de Comercio. Al establecer este texto fundamental que el capital social será fijado de una manera precisa e invariable y no podrá ser disminuido durante la sociedad, quiere significar que jurídicamente las cifras que en el balance representan el capital social no pueden ser mermadas y que el capital sólo podrá elevarse por los actos solemnes prescritos para la constitución de la anónima, a condición de que se trate de aumentos efectivos por adición a la órbita de la empresa de capitales forasteros producidos fuera de sus fronteras, o mediante la capitalización de las utilidades líquidas destinadas a ser repartidas entre los socios y provenientes del beneficio que se deriva de la creación de nuevos valores en el proceso de producción propio del objeto de la sociedad.

B

El *good will*, en derecho positivo colombiano, es un valor intangible que se deriva del exceso de utilidades provenientes de un beneficio anormal. Esta superganancia está sometida a la presión constante de las leyes de la concurrencia, que tratan de reducirla a las proporciones corrientes del momento económico. La existencia precaria del *good will* determina que el cálculo futuro de prolongación de su existencia está limitado a un reducido número de años en nuestra legislación fiscal, y que su apreciación estable en cifras tenga que ser el producto de una especie de encarnación material al través de una transacción en que se invierten capitales para adquirirlo, mientras es susceptible de pasar de su estado prenatal a una existencia precisa y definitiva. Capitales de una sociedad pueden invertirse en la adquisición de un *good will* por compra, pero el *good will* creado por la misma anónima en el curso de su existencia no puede transformarse en capital social. Además, las leyes y las reglamentaciones en materia fiscal son de carácter estricto y gravitan sobre situaciones de hecho en tal forma que sus disposiciones, a menos de mandato legal expreso,

no pueden entenderse como modificatorias de los textos sustantivos. Como todo bien suscitable de apreciación en dinero, el *good will* existe en las transacciones económicas entre los particulares, pero en la legislación colombiana sólo ha sido reconocido para efectos fiscales.

C

La emisión de nuevas acciones por la suma de $ 5.144.10 representa un aumento efectivo del capital por aportes traídos fuera de la empresa mediante la suscripción de que serán objeto al ponerse a la venta, y, por lo tanto, de acuerdo con las explicaciones dadas en el texto de esta sentencia, dicha operación debe ser autorizada por ser procedente y legal.

D

La Superintendencia de Sociedades Anónimas está autorizada por leyes orgánicas para autorizar la emisión de acciones de las sociedades anónimas como un medio de control del Estado, en beneficio del público, de estos poderosos órganos institucionales que han surgido en la vida económica y comercial.

La repartición de acciones a los socios con base en repreciación de activos y en el avalúo del *good will*, si fuese permisible, no sería a título gratuito porque en el fondo hay una operación onerosa. En todo caso las acciones colocadas gratuitamente son susceptibles de venderse con posterioridad porque por el hecho de emitirse entran en el proceso de transacciones comerciales y bursátiles, siendo, por lo tanto, de pertinente aplicación el texto legal que exige para este fin la autorización de la Superintendencia de Sociedades Anónimas.

Fallo.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y apartándose del concepto de su Fiscal, falla:

Primero. No son nulas las providencias dictadas por el Ministerio de la Economía Nacional con fechas 10 y 26 de julio de 1944, por medio de las cuales se confirmó la Resolución número 39 de 1943, de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, en cuanto esta entidad le negó a la sociedad anónima Fábrica de Bebidas Fermentadas *La Triunfadora* la autorización requerida para emitir acciones y elevar el capital social con base en la repreciación de sus bienes raíces y en el avalúo de un bien intangible o *good will.*

Segundo. Autorízase a la sociedad anónima Fábrica de Bebidas Fermentadas *La Triunfadora* para vender nuevas acciones representativas de un aumento efectivo de capital por la suma de cinco mil ciento cuarenta y cuatro pesos con diez centavos ($ 5.144.10).

Tercero. Para que la Superintendencia de Sociedades Anónimas pueda hacer efectiva la autorización anterior, deberán cumplirse los requisitos legales y reformarse la escritura 2535 de 23 de septiembre de 1942, de la Notaría Segunda de Bogotá, a fin de limitar el aumento del capital social a la suma de cinco mil ciento cuarenta y cuatro pesos con diez centavos ($ 5.144.10), a que se refiere el punto anterior de este fallo.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Ricardo Uribe Escobar, Gonzalo Gaitán, Guillermo Hernández Rodríguez, Jorge Lamus Girón, Tulio Enrique Tascón, Carlos Rivadeneira G., Gabriel Carreño Mallarino.—Luis E. García V., Secretario.

Actos de las Asambleas.—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Guillermo Hernández Rodríguez).

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre siete de mil novecientos cuarenta y cinco.

En fecha veintidós de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, el doctor David Rincón Bonilla, en acción pública, presentó ante el Tribunal Administrativo de Ibagué demanda de nulidad de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º y 7º de la Ordenanza número 41 de 1944, "por la cual se dictan algunas disposiciones sobre degüello de ganado mayor, etc.", expedida por la Asamblea Departamental del Tolima.

El juicio ha seguido su trámite legal correspondiente, tanto en el Tribunal de primera instancia como en esta corporación, y se encuentra para ser fallado en definitiva.

I

El acto acusado.

El actor, en su libelo, pide la declaración de nulidad de los artículos 1º a 7º de la Ordenanza 41 de 1944, expedida por la Asamblea del Tolima. Estos artículos dicen:

"Ordenanza número 41 de 1944.

(junio 27)

por la cual se dictan algunas disposiciones sobre degüello de ganado mayor, se prohibe el consumo de la chicha y se dictan otras disposiciones.

"Artículo 1º Prohíbese el sacrificio del ganado hembra en estado notorio de preñez, salvo en casos especiales, como sufrir de ranilla o alguna lesión temporal que haga necesario su sacrificio.

"Artículo 2º Si no obstante lo dispuesto en el artículo anterior el sacrificio se consumare, será castigado el infractor con el doble del impuesto, y podrá hacerse efectivo el exceso después del sacrificio de la res.

"Artículo 3º Queda también prohibido el sacrificio de reses hembras menores de seis años que sean notoriamente aptas para la reproducción y que no estén comprendidas en las causales de excepción de que trata esta Ordenanza.

"Artículo 4º El Gobierno del Departamento procederá, tan pronto sea sancionada esta Ordenanza, a reglamentar los artículos anteriores y el artículo 11 de la Ordenanza 29 de 1943.

"Artículo 5º Para efecto de las disposiciones anteriores, la edad de la res hembra deberá ser declarada por el interesado,

ante el Recaudador del impuesto, y verificada por éste donde no haya veterinario, o por dicho veterinario o el Administrador del Matadero, donde hubiere estos servicios.

"Artículo 6º La declaración notoriamente falsa del interesado será sancionada con el doble del impuesto causado, sanción que hará efectiva el respectivo Recaudador.

"Artículo 7º El valor de las sanciones que se establecen en los artículos anteriores será destinado por el Gobierno a la formación del Fondo Ganadero del Tolima."

II

Normas superiores violadas.

El actor considera que la Asamblea del Tolima, al expedir los artículos de la Ordenanza anteriormente transcrita, violó las siguientes normas de derecho positivo:

1ª Constitución Nacional: artículos 26, 28, 186 y 189.
2ª Código Político Municipal: el numeral 3º del artículo 97.
3ª Código Civil: artículo 669.

III

Razonamientos de la demanda.

Para sustentar las tesis sostenidas en la demanda el actor razona en su libelo así:

"Los citados textos de la Constitución y de la Ley, y sus concordantes en vigencia, les confieren a las Asambleas Departamentales, entre otras cuyo estudio no es del caso, la facultad de gravar, con arreglo al sistema tributario nacional, y para fines puramente fiscales, el beneficio o sacrificio de ganado vacuno; pero la legislación actual, ni aun la expedida en desarrollo del artículo 28 de la Constitución Nacional, por la cual el Estado interviene en la explotación de las industrias o empresas públicas o privadas, a fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, no les atribuye a las mencionadas corporaciones departamentales la facultad de *prohibir el sacrificio* de ganado hembra en aquellas condiciones, como lo han hecho los artículos de la Ordenanza objeto de esta demanda; luego es indudable que al prohibir dicha Ordenanza el sacrificio de ganado hembra en estado de preñez o menos de seis años, en el mismo estado, y al castigar con doble impuesto la contravención del artículo 1º de la citada Ordenanza, viola, en mi concepto, el artículo 26 de la Constitución Nacional, porque la propiedad está protegida en Colombia por un régimen de derecho que la garantiza, así como los demás derechos adquiridos con justo título; viola el artículo 28 ibídem, porque en las leyes expedidas para que el Estado intervenga en la explotación de las industrias o empresas públicas o privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, etc., ni en ningunas otras, no está la que faculta a las Asambleas Departamentales para hacer aquella clase de prohibiciones, ni éstas caben en la atribución que tienen dichas entidades para gravar, como recurso fiscal, el beneficio o sacrificio de ganado vacuno; viola los artículos 186 y 189 ibídem, porque prohibir el sacrificio de reses hembras en aquellas con-

diciones no es dirigir ni fomentar las industrias establecidas, ni la introducción de otras nuevas, ni establecer contribuciones con las condiciones y dentro de los límites que fija la ley; viola el artículo 97, numeral 3º, del Código Político y Municipal, porque la facultad allí conferida a las Asambleas Departamentales es para establecer contribuciones que sirvan para atender a los gastos de la Administración Pública; viola el artículo 669 del Código Civil, que garantiza el derecho de gozar y de disponer de lo propio, no siendo contra la ley y contra el derecho ajeno; y viola, en fin, el principio de legislación universal, del cual no hizo referencia porque no está atribuido a las Asambleas Departamentales, por medio de texto expreso, hacer aquella clase de limitaciones o cercenamientos al derecho de propiedad o a los atributos de gozar o disponer de ella."

IV

Peticiones de la demanda.

El actor solicita en su libelo lo siguiente:

a) La declaración de nulidad de los artículos 1º a 7º de la Ordenanza 41 de 1944, expedida por la Asamblea del Departamento del Tolima, "por la cual se dictan algunas disposiciones sobre degüello de ganado mayor...."

b) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se manifieste que quedan virtualmente nulos los decretos y reglamentos respectivos, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 93 de la Ley 167 de 1941; y

c) Pide, finalmente, la suspensión provisional de las disposiciones acusadas, por considerarlas manifiestamente violatorias de normas positivas y superiores de derecho.

V

Suspensión provisional.

Respecto de la suspensión provisional del acto acusado, el Tribunal Administrativo de Ibagué, en auto del 7 de septiembre de 1944, se pronunció negativamente así:

> "En el caso presente, para llegar a decidir si hubo violación de la Constitución o de la ley, es preciso hacer apreciaciones de derecho que sólo caben en la sentencia definitiva. No apareciendo a primera vista, como no aparece, en el caso presente, una contradicción entre las disposiciones materia de la demanda y una norma superior de derecho, la suspensión provisional no puede decretarse, lo cual resuelve el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley."

El Consejo de Estado, en auto del 29 de septiembre de 1944, confirmó el auto del Tribunal de Ibagué con el siguiente razonamiento:

> "Para resolver el recurso es suficiente considerar que aunque por el artículo 1º se prohibe el sacrificio de ganado hembra, por el artículo 2º se dobla el impuesto para quienes infrinjan tal prohibición. Lo que en realidad se establece es doble impuesto por concepto de sacrificio de reses hembras que estén en las condiciones que señalan los artículos 1º y 3º de la Ordenanza

acusada, y como los Departamentos están autorizados por el artículo 9º de la Ley 56 de 1918 para fijar libremente la cuota sobre impuesto de ganado mayor, dedúcese que los artículos acusados no violan, *prima facie*, las normas superiores que regulan la materia, y que, por lo mismo, el auto recurrido es jurídico y debe confirmarse."

"Las demás consideraciones hechas en la demanda, relacionadas con la violación de otras normas allí citadas, entrañan una cuestión de fondo que debe ser analizada al dictarse el fallo correspondiente, y que es ajena al incidente de la suspensión provisional."

VI

La sentencia del Tribunal Administrativo.

El Tribunal Administrativo de Ibagué, en sentencia del 5 de diciembre de 1944 negó las peticiones de la demanda, y en la parte motiva se expresa sobre el problema de fondo así:

"Si se analiza detenidamente la primera parte de la disposición que se estudia, se observa que la prohibición que ella contiene es más aparente que real, toda vez que, conforme al artículo 2º de la citada Ordenanza, la violación del primer artículo se traduce como castigo en el doble impuesto, que puede hacerse efectivo aun después de sacrificada la res...."

"Con todo, si bien es cierto que esa prohibición establece una limitación al derecho de propiedad, en cuanto prohibe beneficiar el ganado hembra en determinadas condiciones, esa limitación no va hasta atacar directamente el derecho de propiedad sino sencillamente a duplicar el impuesto cuando no se acata la prohibición señalada; impuesto creado con un fin determinado, como lo es el beneficio de la ganadería mediante la formación del Fondo Ganadero del Tolima, como lo indica el artículo 7º de la Ordenanza en cuestión. Verdad es que el artículo 26 de la Constitución Nacional, que se dice violado por la Ordenanza, garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, pero ese derecho, que garantiza la propiedad, no es absoluto: él tiene como límite la utilidad pública o el interés social...."

VII

Análisis del problema jurídico.

Se analizará el problema jurídico que plantea la demanda, confrontando los artículos de la Ordenanza demandada con los textos de la Constitución, del Código Político y Municipal y del Código Civil, que se consideran violados.

A) Confrontación con las normas constitucionales.

El demandante considera que los artículos de la Ordenanza acusada antes transcritos han violado los siguientes textos constitucionales:

"Artículo 26. Se garantiza la propiedad privada y 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. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad

REPUBLICA DE C
BIBLIOTEC
CORTE SU

blica o interés social resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social."

"La propiedad es una función social que implica obligaciones."

"Artículo 28. El Estado puede intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho."

"Artículo 186. Corresponde a las Asambleas:

".....

"2º Dirigir y fomentar por medio de ordenanzas y con los recursos propios del Departamento, las industrias establecidas y la introducción de otras nuevas; la importación de capitales extranjeros, la colonización de tierras pertenecientes al Departamento, la apertura de caminos y de canales navegables, la construcción de vías férreas.... etc."

"Artículo 189. Las Asambleas Departamentales, para cubrir los gastos de administración que les corresponden, podrán establecer contribuciones con las condiciones y dentro de los límites que fije la ley."

El demandante alega que la precitada Ordenanza entra en conflicto con el artículo 26 de la Constitución arriba transcrito, puesto que este texto garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, en tanto que la Ordenanza desconoce el derecho de propiedad sobre las reses hembras, porque limita la libertad del ganadero para sacrificarlas.

Se observa que el artículo constitucional consagra el derecho de propiedad, pero subordinando su ejercicio al interés público o social. Una cosa es el derecho de propiedad y otra distinta las diversas formas en que se puede ejercitar. La primera, la propiedad, no puede ser desconocida mediante expropiación, sino por motivos de utilidad pública o interés social, definidos por el legislador, mediante sentencia judicial e indemnización previa. Lo segundo, el ejercicio del derecho de propiedad, es, según el texto constitucional, una función social sujeta a obligaciones. Este criterio de diferenciación del derecho real y de su ejercicio está claramente consagrado por el artículo 28 de la Ley 153 de 1887, que dice:

"Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley."

De conformidad con estas observaciones, el texto constitucional que el actor considera violado consagra el derecho de propiedad, pero no prohibe que la ley intervenga en la reglamentación de su ejercicio.

En relación con el artículo 28 de la Constitución, que el actor considera infringido por la Ordenanza, conviene recordar que el constituyente de 1936 se inspiró en las reformas constitucionales de otros países, especialmente en la española de 1931, que en su artículo 44 consagró el principio del intervencionismo de Estado, en relación con los intereses de la economía nacional. Este sentido general de intervencionismo, que está presente en el artículo 28 de la Carta, antigua numeración, fue destacado por la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la siguiente interpretación:

"La Constitución de Colombia —dice la Corte—, al autorizar en su artículo 28 la intervención del Estado para racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, *abarcó en su totalidad el problema, y no se refirió solamente a la racionalización técnica, sino también a la comercial y a la económica.* Interpretar en otra forma esa disposición sería mutilar el pensamiento del constituyente, y darle a esa reforma trascendental un sentido demasiado limitado, que haría ineficaz la intervención."

El intervencionismo del Estado en todo el ámbito en que actúa y se desplaza la vida económica del país, comprende la ganadería como una rama importante de su riqueza, con un total de diez millones de cabezas, clasificadas en siete millones de hembras y tres de machos, por un valor total aproximado de cuatrocientos millones de pesos, según los cálculos del Ministerio de la Economía Nacional. Desde que Bastidas y Heredia trajeron a tierra firme los primeros ganados, hubo siempre una preocupación por conservar las hembras, a fin de asegurar la reproducción. La Ley 8ª de 1909 continúa la tradición de esta política y emplea el régimen impositivo de los Departamentos con un sentido de orientación económica:

"La renta de degüello de ganado mayor —dice la Ley— la constituye un impuesto que no puede exceder de dos pesos oro para el macho y de dos pesos cincuenta centavos para la hembra, sobre cada res bovina que se dé al consumo."

La ley se preocupa, por medio de la política fiscal, de preservar del sacrificio las reses hembras, con el propósito de asegurar la reproducción del ganado.

La sentencia de primera instancia dice con mucha razón que los dos primeros artículos de la Ordenanza acusada establecen en realidad no una prohibición, sino un impuesto doble para el sacrificio de reses en estado notorio de preñez. Desde este punto de vista la Ordenanza acusada no entraña una innovación en nuestras prácticas sobre el particular. Muchos Departamentos emplean el mismo sistema instaurado por el Tolima, según puede apreciarse en la siguiente cita tomada de la Memoria del Administrador de Rentas de Cundinamarca, correspondiente al año de 1942:

"Tres políticas se han seguido en el país sobre adopción de sistemas para determinar el gravamen sobre el sacrificio de ganado mayor: una, consistente en tarifas más altas cuando se trata del sacrificio de reses hembras; otra, contraria, según la cual el impuesto es superior para los machos, y, finalmente, la que establece un aforo igual para los dos sexos. En la primera clasificación tenemos a Cundinamarca, Boyacá, Atlántico, Cauca, Nariño y Norte de Santander, donde el impuesto sobre las hembras a veces es superior al doble del fijado a los machos; a la segunda corresponden Antioquia y Caldas, que gravan el sacrificio de reses machos con tarifa superior a la de las hembras; y a la tercera, el Tolima, Bolívar y Valle del Cauca, cuya tasación es igual en uno y en otro caso."

Se observa, sobre la cita anterior, que la mayor parte de los Departamentos colombianos tienen organizado el impuesto de degüello de ganado mayor con una tarifa superior para el sacrificio de reses hembras. El Tolima, por medio de la Ordenanza acusada, modifica su régimen fiscal en un sentido protector de su ganadería y como medio de corregir la grave situación creada por un déficit de 100.000 reses anuales en la

producción de ganados en ese Departamento, que hasta hace poco ocupaba el quinto lugar entre las secciones del país a este respecto.

El artículo 9º de la Ley 56 de 1918 dijo:

> "Los Departamentos pueden fijar libremente la cuota del impuesto sobre degüello de ganado mayor."

Comoquiera que los artículos 1º y 2º de la Ordenanza acusada no tienen otra función que la de reglamentar el impuesto sobre degüello de ganado mayor, se han limitado a desarrollar la libertad que les concede a los Departamentos el texto legal transcrito, sobre este aspecto de la organización fiscal de las secciones.

No aparece, pues, que los textos constitucionales antes transcritos hayan sido violados por las dos primeras disposiciones de la Ordenanza acusada.

B) Confrontación con el Código Político y Municipal.

Considera el demandante que la Ordenanza acusada viola el numeral 3º del artículo 97 del Código Político y Municipal, el cual dice así:

> "Artículo 97. Son funciones de las Asambleas:
>
> "..... ....
>
> "3º Establecer y organizar los impuestos que necesiten para atender a los gastos de la Administración Pública, con arreglo al sistema tributario nacional, pero sin gravar artículos que sean materia de impuestos de la Nación, a menos que para hacerlo se les dé facultad expresa por la ley."

Los artículos 1º y 2º de la Ordenanza acusada se refieren, como queda dicho, a la organización del impuesto de degüello de ganado mayor, optando por uno de los tres sistemas que suelen usarse en Colombia. Por otra parte, el impuesto de degüello de ganado mayor tiene un carácter departamental desde la Ley 8ª de 1909, y no es objeto, en consecuencia, de gravámenes de carácter nacional.

C) Confrontación con el Código Civil.

Considera el actor que ha sido violado el artículo 669 del Código Civil, que dice:

> "El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno."

El artículo 3º de la Ordenanza prohibe el sacrificio de hembras menores de seis años, que sean notoriamente aptas para la reproducción, salvo en casos especiales, como sufrir ranilla o alguna lesión temporal que haga necesario el sacrificio.

El actor considera esta disposición como atentatoria contra el derecho de propiedad consagrado en las disposiciones constitucionales que antes se transcribieron, y en el artículo 669 del Código Civil. Nuevamente se insiste en la diferencia de fondo entre el derecho de propiedad y el ejercicio de ese derecho. La disposición ordenanzal no elimina el derecho de propiedad sobre los semovientes, y sólo se contrae a limitar su ejercicio en una de sus manifestaciones, como es el sacrificio de la res menor de seis años, pero quedando su dueño con plena autonomía para venderla y darle otros usos.

El demandante endereza su argumentación partiendo de la base equivocada de que la Asamblea del Tolima tomó sus disposiciones con fundamento en el artículo 28 de la Constitución, hoy artículo 32, cuando en realidad desarrolló las atribuciones que le confiere el ordinal 2º del

artículo 186, hoy 187, de la Constitución. Esta disposición de la Carta autoriza a las Asambleas para dirigir y fomentar por medio de ordenanzas y con recursos propios del Departamento, las industrias establecidas y la distribución de otras nuevas. En cambio, el artículo 32 se refiere a las facultades del Estado para intervenir en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción. Las atribuciones que confiere la Constitución al Estado y a las entidades departamentales para intervenir en materias económicas tienen un radio de actividad semejante pero no idéntico, como se desprende de las diferencias de redacción de los dos artículos. El Estado puede intervenir en el proceso de racionalización y las Asambleas tienen la facultad de fomentar las industrias establecidas y por establecer. La Nación y los Departamentos concurren, por mandato constitucional, cada uno con sus recursos y dentro de su propia esfera, para intervenir en la marcha de la economía colombiana.

Esta disposición ordenanzal toma su fuerza del ordinal 2º del artículo 186 de la Constitución, antigua numeración, el cual autoriza a las Asambleas Departamentales para fomentar las industrias establecidas. En nuestro vocabulario legal la palabra *industria* tiene una acepción amplia, y así, por ejemplo, a la principal actividad agrícola del país se le llama en leyes y decretos *industria del café*. Este artículo es a los Departamentos lo que el artículo 28 sobre intervencionismo de Estado es a la Nación, y, en consecuencia, se le puede dar la interpretación extensiva con que la Corte Suprema analizó la primera de las disposiciones citadas. La Nación y los Departamentos concurren, por mandato constitucional, cada uno con sus recursos y dentro de su propia esfera, para intervenir en la marcha de la economía colombiana.

El Departamento del Tolima, ante una alarmante disminución del número de cabezas de ganado, vino a dictar, por medio de la Ordenanza acusada, una serie de medidas para preservar las reses hembras del sacrificio, con el propósito de aumentar la reproducción. El interés privado se ve subordinado al interés económico de la colectividad. El derecho de propiedad no se extingue con estas medidas sino que su ejercicio se ve reglamentado por razones poderosísimas de carácter económico.

No existe, por lo tanto, a este respecto incompatibilidad entre los textos constitucionales y legales, de una parte, y las disposiciones ordenanzales, de otra. Toda res podrá ser sacrificada pero en determinadas condiciones.

Los artículos 4º, 5º, 6º y 7º de la Ordenanza son un desarrollo reglamentario de los tres primeros, los cuales se encuentran ajustados a la Constitución y a la ley. Consecuencialmente, la vigencia de aquellos artículos complementarios debe ser también mantenida.

FALLO

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto favorable de su Fiscal, *confirma* la sentencia recurrida, pronunciada por el Tribunal Administrativo de Ibagué el cinco de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, por medio de la cual se negaron las peticiones de la demanda que ha dado lugar a este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Uribe Escobar, Guillermo Hernández Rodríguez, Gonzalo Gaitán, Carlos Rivadeneira G., Gabriel Carreño Mallarino, Jorge Lamus Girón, Tulio Enrique Tascón.—Luis E. García V., Secretario.

Resoluciones ministeriales

(Consejero ponente, doctor Guillermo Hernández Rodríguez).

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

Por haber solicitado el señor Fiscal del Consejo, y haberse concedido, después de la tramitación de rigor, que fueran acumulados los juicios promovidos por el Capitán Gustavo Gómez y el señor Alberto Collins, cóntra algunas providencias del Ministerio de Minas y Petróleos, se procede a poner fin en una sola sentencia a las dos demandas relacionadas, ya que ambos negocios han sufrido la tramitación correspondiente, y es el momento de resolver (advirtiendo que es ponente del fallo el suscrito Consejero, conforme a la relación de autos hecha por la Secretaría). Para mejor entendimiento, se comenzará por hacer una breve reseña del origen y desarrollo de los hechos que ocasionaron las demandas propuestas.

I

Antecedentes.

El señor Gustavo Gómez, la Compañía de Petróleos del Pacífico y el señor Alberto Collins presentaron propuestas sucesivas para contratar la exploración y explotación de petróleos de propiedad de la Nación en las siguientes condiciones:

a) El señor Gustavo Gómez presentó ante el Ministerio de Minas y Petróleos, el 16 de agosto de 1943, una propuesta para exploración y explotación de petróleos de propiedad de la Nación, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Montería y Lorica, en el Departamento de Bolívar. Dicha propuesta fue registrada en el Ministerio bajo el número ciento sesenta y nueve (169);

b) La Compañía de Petróleos del Pacífico presentó ante el Ministerio, el 11 de septiembre de 1943, una propuesta similar, referente a un lote de terreno de 49.938 hectáreas de extensión, ubicado en los mismos Municipios de Montería y Lorica. Esta propuesta fue registrada en el Ministerio con el número ciento ochenta (180);

c) El señor Alberto Collins, en fecha 20 de noviembre de 1943, presentó una propuesta referente a un lote de terreno de una extensión de 26.210,5 hectáreas, ubicado en los mismos Municipios a que hacen referencia las dos anteriores propuestas. Esta fue registrada bajo el número ciento noventa y cinco (195). El Ministerio consideró que las anteriores propuestas se superponían entre sí, y resolvió estudiarlas conjuntamente; en efecto: por Resolución de diez y siete (17) de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) decidió no admitir ninguna de ellas, por "adolecer", según lo informa el Servicio Técnico, de serias deficiencias relacionadas con la demostración de la exploración superficial técnica de que trata la Ley....

Los tres interesados pidieron al Ministerio la reposición de la anterior providencia administrativa, y éste la reformó en Resolución de nueve (9) de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), por medio de la cual resolvió admitir "la propuesta de contrato registrada bajo el número 180, presentada el 11 de septiembre de 1943 por la Compañía de Petróleos del Pacífico....", y no accedió a las peticiones de los señores Gustavo Gómez y Alberto Collins.

II

Las demandas.

En libelos presentados el 7 y el 23 de octubre de 1944, el Capitán Gustavo Gómez, por medio de apoderado, y el señor Alberto Collins, en su propio nombre, respectivamente, demandaron la nulidad de las siguientes providencias administrativas:

a) La Resolución de fecha 17 de febrero de 1944, y

b) La Resolución de fecha 9 de agosto de 1944, procedentes ambas del Ministerio de Minas y Petróleos.

El libelo del Capitán Gómez se repartió a la Sala del suscrito Consejero ponente, y el del señor Collins a la del Consejero doctor Gonzalo Gaitán.

III

Hechos.

Los hechos en que se fundan las demandas son:

1º) La del Capitán Gómez:

"Pido que, previa la tramitación correspondiente, declaréis nulas, por ser violatorias de la ley, las siguientes providencias administrativas del Gobierno Nacional:

"a) La Resolución fechada el 17 de febrero de 1944, por medio de la cual el Ministerio de Minas y Petróleos resolvió:

'No se admiten las propuestas registradas bajo los números 169, 180 y 195, presentadas en su orden los dias 16 de agosto, 11 de septiembre y 20 de noviembre pasado, por el señor Gustavo Gómez, por la Compañía de Petróleos del Pacífico y por el señor Alberto Collins, respectivamente'; y

"b) La Resolución de 9 de agosto de 1944, por medio de la cual el Ministerio de Minas y Petróleos resuelve:

'Primero. Modifícase la Resolución de fecha 17 de febrero del corriente año, en el sentido de admitir, como en efecto se admite, la propuesta de contrato registrada bajo el número 180, presentada el 11 de septiembre de 1943 por la Compañía de Petróleos del Pacífico para la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, subyacente en un lote de terreno de 49.938 hectáreas de extensión, ubicado en los Municipios de Montería y Lorica, Departamento de Bolívar, alinderado así:.....

'Segundo. No se accede a las peticiones formuladas por los señores Gustavo Gómez y Alberto Collins en sus respectivos memoriales de fecha 20 de marzo último ambos.'

"Como consecuencia de la anterior declaración principal y para restablecer el derecho violado, os pido, además, que declaréis: Que el Ministerio de Minas y Petróleos debe aceptar la propuesta de contrato presentada por el Capitán Gustavo Gómez, en su propio nombre, el día 16 de agosto de 1943, registra-

da en los libros del Ministerio bajo el número 159, sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad de la Nación, en un lote de terreno de 35.816.38 hectáreas de extensión, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Monteria y Lorica, en el Departamento de Bolívar, y deslindado como se indica en la propuesta. En *subsidio,* y para el caso de que no prosperaren las anteriores peticiones principales, os pido declaréis: Que son nulas las Resoluciones de fecha 17 de febrero de 1944 y 9 de agosto de 1944, proferidas por el Ministerio de Minas y Petróleos, por medio de las cuales se rechazaron las propuestas formuladas por el Capitán Gustavo Gómez y el señor Alberto Collins, presentadas los días 16 de agosto y 20 de noviembre de 1943, respectivamente, para la exploración y explotación de petróleos de propiedad de la Nación, en un lote de terreno situado en jurisdicción de los Municipios de Montería y Lorica, en el Departamento de Bolívar, y se acepta, en cambio, la propuesta número 180, presentada el 11 de septiembre de 1943 por la Compañía de Petróleos del Pacífico, sobre un lote de terreno de 49.938 hectáreas de extensión, ubicado en jurisdicción de los mismos Municipios, en el Departamento de Bolívar. Como consecuencia de la anterior declaración, y para restablecer el derecho violado os pido que declaréis: Que antes de resolver el Ministerio sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la propuesta número 169, presentada por el Capitán Gustavo Gómez, debe otorgársele un plazo prudencial para que haga las aclaraciones o explicaciones y subsane las deficiencias anotadas por el Ministerio en las Resoluciones acusadas...."

2º) La del señor Collins:

"a) Con fecha 30 de noviembre de 1943 presenté al Ministerio de Minas y Petróleos una propuesta para contratar la exploración y explotación de los petróleos de propiedad nacional que puedan encontrarse en el subsuelo de un globo de terreno de 26.120.25 hectáreas de extensión, ubicado en los Municipios de Montería y Lorica, del Departamento de Bolívar, cuyos linderos se determinan así:

'Partiendo del punto A, situado en la margen izquierda de la quebrada *Monaflecha,* en su confluencia con la quebrada *Caimanera.* Las coordenadas del punto A son: 8 grados 41 minutos y 7 segundos y 6 décimos de latitud norte, y 5 horas 13 minutos al oeste de Greenwich; de aquí, se sigue el río Caimanera aguas arriba hasta el punto B, en la confluencia de la quebrada *Leticia* con *Caimanera.* La recta que une al punto A y B tiene el rumbo Sur 33 grados 45 minutos Oeste, y una longitud de 4.320 metros; del punto B, se sigue una recta de 11.180 metros, y rumbo Sur, 13.45 Oeste, hasta el punto C; del C, se sigue hacia el Oeste, en una distancia de 11.080 metros, hasta el punto D; del punto D se sigue una recta, también al Norte, en una distancia de 6.970 metros, hasta el punto E. situado en los nacimientos de la quebrada *Aguas Prietas,* en el sitio llamado *Tres Bocas;* de aquí, se sigue el curso de la quebrada *Aguas Prietas,* aguas abajo, hasta el punto F, en la confluencia de dicha quebrada y el río Canalete, sobre su margen izquierda. La recta que une el punto E y F tiene una longitud de 5.555 metros, y rumgo Norte 22 grados 10 minutos Oeste. La longitud entre los puntos E y F es de 6.300 metros, siguiendo el curso de la quebrada *Aguas Prietas.*

Del punto F se traza una recta de 13.660 metros y rumbo norte 43 Este, hasta el punto G, situado en la esquina suroeste de la plaza del pueblo de *La Aflojera;* del punto G se toma el curso de la quebrada *Pavas,* aguas abajo, hasta su confluencia con la quebrada *Monaflecha;* esta segunda quebrada, aguas abajo, hasta el punto A, que fue tomado como partida. La recta que une el punto A-G tiene una longitud de 11.830 metros, y su rumbo es Sur 54.15 Este. El lindero arcifinio entre A y G, por el curso de la quebrada, tiene una longitud de 14.500 metros.'

"b) Sobre la propuesta mencionada en el punto anterior recayó la providencia dictada por el Ministerio de Minas y Petróleos el 17 de febrero de 1944, cuya parte resolutiva es como sigue:

'En mérito de lo expuesto, el Ministerio de Minas y Petróleos *resuelve:* No se admiten las propuestas registradas bajo los números 169, 180 y 195, presentadas, en su orden, por el señor Gustavo Gómez, por la Compañía de Petróleos del Pacífico y por el señor Alberto Collins, respectivamente.'

"c) Como se ve, el Ministerio estudió y resolvió mi propuesta, registrada bajo el número 195, conjuntamente con otras dos propuestas de contrato: la marcada con el número 169, presentada por el señor Gustavo Gómez, y la distinguida con el número 180, hecha por la Compañía de Petróleos del Pacífico.

"d) La causa o motivo que determinó el hecho de que se estudiaran y decidieran conjuntamente mi propuesta y las presentadas por el señor Gustavo Gómez y por la Compañía de Petróleos del Pacífico, ya dichas, fue el haber estimado el Ministerio que las zonas de esas tres propuestas se hallaban parcialmente superpuestas entre sí. Así lo dice claramente el siguiente paso del citado fallo de 17 de febrero de 1944:

'Por hallarse parcialmente superpuestas entre sí, según informes del Servicio Técnico del Ministerio, de fechas 24 de noviembre pasado y 11 de enero del año en curso, se procede a estudiar conjuntamente las siguientes propuestas para contratar la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional: Número 169, presentada el 16 de agosto pasado por el señor Gustavo Gómez, referente a un lote de terreno de 35.816.38 hectáreas de extensión, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Montería y Lorica, Departamento de Bolívar. Número 180, presentada el 11 de septiembre pasado, por la Compañía de Petróleos del Pacífico, referente a un lote de terreno de 49.938 hectáreas de extensión, ubicado en los Municipios de Montería y Lorica. Número 195, presentada el 20 de noviembre de 1944, por el señor Alberto Collins. Comprende una extensión superficiaria de 26.120.25 hectáreas, con la misma ubicación de las anteriores.'

"e) En virtud de haberse considerado existente la superposición de zonas antes mencionadas, mi propuesta de contrato, que, como lo dejo expresado, fue registrada con el número 195, fue estudiada y resuelta junto con otras dos que tenían prelación sobre ella, en virtud de haber sido presentadas con anterioridad, y una de las cuales —la registrada bajo el número 180— fue encontrada inobjetable, y escogida, como se anota en hecho posterior de esta demanda.

"f) La zona de terreno a que se refiere la propuesta de contrato registrada bajo el número 195, presentada por mí, no se

superpone en todo ni en parte a las zonas que son objeto de las propuestas marcadas con los números 169 y 180, presentadas por el señor Gustavo Gómez y por la Compañía de Petróleos de Pacífico, respectivamente.

"g) En memorial de fecha 20 de marzo del año en curso solicité del Ministerio de Minas y Petróleos revocara la Resolución de 17 de febrero, y en su lugar se aceptara mi propuesta, o —en subsidio— se me concediera un plazo para corregir las deficiencias anotadas en dicha Resolución.

"h) El recurso de reposición anteriormente mencionado lo fundé en dos razones principales: la primera, que las deficiencias anotadas a mi propuesta en la Resolución ministerial de 17 de febrero no implican falta de demostración de haberse hecho la exploración superficial técnica que exige la ley; la segunda, que el lote materia de mi propuesta no se superpone total ni parcialmente en las dos de las propuestas marcadas con los números 169 y 180.

"i) En Resolución de fecha 9 de agosto del año en curso, el Ministerio de Minas y Petróleos, después de aceptar la propuesta de contrato registrada bajo el número 180, negó el recurso de reposición interpuesto por mi. En efecto: el numeral segundo de la parte resolutiva de esa providencia dice:

'Segundo. No se accede a las peticiones formuladas por los señores Gustavo Gómez y Alberto Collins, en sus respectivos memoriales de fecha 20 de marzo último, ambos.'

"j) En la parte motiva de la Resolución ministerial de 9 de agosto, citada en el punto i), se reconoce que el lote objeto de mi propuesta no se superpone, en todo ni en parte, en los que son materia de las propuestas 169 y 180.

"k) En la misma parte motiva de la providencia de 9 de agosto, dicha, el Ministerio afirma que en el lote de terreno que es objeto de la propuesta 195, o sea de la mia, se superpone la zona territorial correspondiente a la propuesta 212; y en esta superposición funda su negativa para concederme un término para subsanar las deficiencias tántas veces nombradas.

"l) Tales deficiencias, en caso de existir realmente, en manera alguna comprueban que se hubiese dejado de realizar sobre el terreno la exploración superficial técnica que preceptúa la ley."

IV

Derecho.

En derecho se fundan las demandas en los artículos 16 y 17 de la Ley 37 de 1931 (artículo 3º de la Ley 160 de 1936); 35 del Decreto 1270 de 1931; 8º de la Ley 153 de 1887, y demás disposiciones concordantes del estatuto de petróleos, y en las disposiciones pertinentes de la Ley 167 de 1941.

V

Excepciones.

Por auto de 9 de noviembre de 1944 se tuvo a la Compañía de Petróleos del Pacífico como parte en el juicio iniciado por el Capitán Gómez y a los doctores Carlos Arturo Torres Pinzón y Germán Silva Azuero como sus apoderados. La Compañía presentó como excepción perentoria la de no ser revisable la Resolución de fecha 9 de agosto de 1944, dic-

tada por el Ministerio de Minas y Petróleos, por medio de la cual se aceptó la propuesta formulada por la dicha Compañía de Petróleos del Pacífico. La Sociedad excepcionante alega que "de conformidad con el numeral 10 del artículo 34 de la Ley 167 de 1941, la competencia del Consejo de Estado solamente se establece para los actos de esta naturaleza que pongan fin a una actuación administrativa, y en ningún caso a los que le dan principio, en forma tal que el demandante no tiene derecho alguno para acusar la Resolución de fecha 9 de agosto, en cuanto por ella se da principio a la tramitación de la propuesta número 180". Dice, además, el apoderado de la Compañía que:

"El demandante no es parte, ni puede serlo, en la tramitación administrativa de la propuesta número 180, de la Compañía de Petróleos del Pacífico, y no teniendo interés jurídico en ella, mal puede pedir la revisión de la Resolución acusada para obtener con la nulidad de ella el restablecimiento de un derecho, siendo así que el Estado, al fin y al cabo, es soberano para contratar con quien le plazca, y la decisión de continuar con un proponente la propuesta respectiva no genera ningún derecho para el proponente."

VI

Concepto fiscal.

El señor Fiscal del Consejo de Estado hace un detallado estudio sobre el negocio del Capitán Gómez, y llega a las siguientes conclusiones:

"1ª *La competencia.* Dice a este respecto el señor Fiscal: "....porque se trata de Resoluciones ministeriales que ponen fin a una actuación administrativa, o deciden en el fondo la propuesta del primer postulante, Capitán Gómez, para aceptar en cambio la de un segundo proponente, resulta indudable que el honorable Consejo de Estado es competente para conocer del negocio, conforme al numeral 10 de la Ley 167 de 1941."

"2ª *La personería.* "....Innegable el interés jurídico del Capitán Gómez para demandar la nulidad de esas Resoluciones y pedir la reparación de su derecho, en ejercicio de la acción consagrada en el mentado artículo 67, ya que con tales actos se le causan evidentes perjuicios patrimoniales."

"3ª *La acción.* Dice el señor Fiscal del Consejo de Estado a este respecto, como conclusión: 'Dados los términos claros y precisos en que está concebido el dictamen de los peritos, y teniendo en cuenta, por otra parte, que el concepto se halla explicado y debidamente fundado, considero que debe dársele el valor de plena prueba, por no quedar la menor duda de que sus conclusiones corresponden a la realidad, y de que, por consiguiente, los técnicos del Ministerio erraron al estimar como deficientes los documentos acompañados por el Capitán Gómez.'

"De tal manera que, como las Resoluciones acusadas se fundamentan para rechazar la propuesta del mencionado Capitán Gómez, en el concepto del Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos, cuyo desacierto queda evidenciado mediante el peritazgo a que me he referido, no hay duda que tales providencias violan los artículos 16 de la Ley 37 de 1931 y 35 y 43 del Decreto reglamentario número 1270 del mismo año, según los cuales el aludido Capitán debe ser preferido en la ameritada concesión."

"En consecuencia, conceptúo se despachen favorablemente las súplicas principales de la demanda que dio origen a este proceso."

Respecto al juicio del señor Collins, considera procedente negar las súplicas del libelo, y, en la parte final de la vista, se expresa así:

"De acuerdo con el artículo 35 del Decreto 1270 de 1931, reglamentario de la Ley 37 del mismo año, las propuestas para los contratos de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional deberán presentarse al Ministerio de Minas y Petróleos, y constarán de un memorial que contenga la solicitud respectiva y un plano topográfico y geológico, acompañado de la memoria técnica correspondiente."

"De acuerdo con lo dicho resulta que el actor no cumplió a cabalidad los requisitos legales necesarios para que su propuesta pudiera ser admitida."

"En tales circunstancias, era lógico que el Ministerio preindicado la rechazara."

VII

Sobre las peticiones del señor Collins se considera:

Del mismo contenido de la demanda se desprende que lo que se trata de establecer en este proceso es que la zona a que se refería la propuesta no se superpone ni total ni parcialmente con las números 169 y 180, y que en ella no se superpone la propuesta 212. En la Resolución de 17 de febrero de 1944, el Ministerio estimó que las propuestas estudiadas —entre las cuales se contaba la del señor Collins— adolecían de serias deficiencias relacionadas con la demostración de la exploración superficial técnica de que trata la ley, por lo cual no las admitió. Y en la Resolución de 9 de agosto de 1944, el Ministerio expresa los siguientes conceptos, en relación con la propuesta 195, que es la del señor Collins:

"Sobre la 195: En la información rendida el 9 de junio del año en curso manifiesta que subsisten las serias deficiencias anotadas en el primer informe de dicho Servicio, pero que merced a la aclaración hecha por el recurrente, el lote no se superpone en los de las propuestas números 169 y 180, pero, en cambio, en él se superpone la propuesta registrada bajo el número 212.

"De conformidad con los referidos dictámenes, las propuestas números 169 y 195 adolecen aún de las serias deficiencias de carácter técnico que las hacen inadmisibles al tenor de las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes; por el contrario, la propuesta número 180 cumple todos los requisitos legales sobre demostración de la exploración superficial técnica..."

Y adelante agrega:

"....Ahora bien: como a la propuesta número 169 se superpone la 180 y a la 195 la 212, el Ministerio no puede acceder a las peticiones subsidiarias sobre concesión de términos para subsanar las deficiencias técnicas anotadas a sus respectivas propuestas, que formulan los recurrentes, señores Gómez y Collins. Conforme a reiterada jurisprudencia de este Despacho, para que opere el derecho de preferencia consagrado en la ley a favor del primer proponente es preciso que su solicitud reúna inicialmente todos los requisitos legales y reglamentarios indispensables para su admisibilidad; es decir, que la calidad

de primer proponente no faculta al interesado para que corrija las informalidades de que adolezca su solicitud de contrato, especialmente las relacionadas con la demostración de la exploración superficial, porque ello iría en perjuicio de los proponentes posteriores."

De lo relacionado se ve que de lo que se trataba en el juicio era de determinar si el actor había aportado pruebas que desvirtuaran las conclusiones de los actos demandados. Pero sucede que, como lo certifica el señor Secretario al folio 28 de este expediente, durante el término legal no se solicitaron pruebas, y, por consiguiente, no están establecidos en autos los hechos afirmados en la demanda, y como de acuerdo con los principios generales en materia de pruebas, al actor le incumbe demostrar los hechos de donde procede el derecho, es claro que las peticiones del señor Collins no pueden prosperar.

VIII

El juicio del Capitán Gómez—Estudio jurídico del problema.

El estudio del negocio requiere el examen de los diversos planteamientos jurídicos presentados por los representantes de las partes, y los cuales comprenden principalmente los puntos siguientes:

a) La competencia del Consejo de Estado para conocer del negocio;
b) La personería del actor;
c) Carácter de la potestad gubernamental en la aceptación de las propuestas para contratar la exploración con taladro y la explotación de petróleo de las propiedades nacionales;
d) Estudio de los dictámenes periciales.

A continuación se examinarán estos cuatro aspectos jurídicos del problema:

A.—La competencia del Consejo de Estado.

La Compañía de Petróleos del Pacífico, por medio de apoderado, presentó como excepción perentoria la de no ser revisable la Resolución de fecha 9 de agosto de 1944 dictada por el Ministerio de Minas y Petróleos, puesto que dicha providencia no pone fin a una actuación administrativa. De conformidad con el ordinal 10 del artículo 34 de la Ley 167 de 1941, el Consejo de Estado conoce privativamente y en una sola instancia, de los recursos contencioso-administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, de los Ministros o de cualquier autoridad o funcionario o persona administrativa del orden nacional, que pongan fin a una actuación administrativa y que no estén expresamente atribuídos a una jurisdicción distinta. El texto de esta disposición es claro en cuanto a que la competencia del Consejo de Estado en esas materias no surge sino al terminarse totalmente la actuación administrativa. El Consejo, respecto de las resoluciones ministeriales, no procede como Tribunal de segunda instancia, y, por lo tanto, no conoce por la vía contencioso-administrativa de nulidad o de plena jurisdicción, sino de las demandas promovidas contra los actos ministeriales que no sean susceptibles de ningún recurso ulterior ante el Organo Ejecutivo. En el presente caso la tramitación gubernamental para la celebración de los contratos de exploración y explotación de petróleos de la Nación, se desdobla en dos fases: en la primera, se reciben las propuestas y se escoge entre ellas, siguiendo el orden del artículo 16 de la Ley 37 de 1931; hecha la elección entre los diversos proponentes, el fa-

vorecido queda en condiciones de poder celebrar el contrato dentro de los noventa días siguientes a la fecha en que el Gobierno declare que la propuesta reúne las condiciones dichas. En la primera fase se escoge un proponente, y en la segunda se procede a celebrar con él el contrato de exploración y explotación de petróleos. De conformidad con este procedimiento, en la primera fase de la tramitación gubernamental la escogencia de uno de los proponentes significa el definitivo rechazo de los otros. Para estos últimos una resolución de esta naturaleza pone fin a toda la actuación gubernamental que venían adelantando ante el Ministerio. Su perspectiva queda definitivamente desechada y sin ulteriores recursos ante el Organo Ejecutivo para obtener que sea admitida. Basta este sintético examen del caso sometido al estudio del Consejo para concluir que la corporación sí tiene competencia para conocer de la demanda propuesta contra la Resolución de 9 de agosto de 1944, dictada por el Ministerio de Minas y Petróleos, puesto que ella puso fin a la actuación administrativa adelantada por el señor Gustavo Gómez sobre la exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional.

B.—La personería del actor.

Dice el apoderado de la Compañía de Petróleos del Pacífico que no es parte el actor, ni puede serlo, en la tramitación administrativa de la propuesta número 180 presentada por esa Sociedad, y no teniendo interés jurídico en ella, mal puede pedir la revisión de la Resolución acusada para obtener con la nulidad de ella el restablecimiento de su derecho. De conformidad con el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, la persona que se cree lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo, podrá pedir que, además de la anulación del acto, se le restablezca en su derecho. Toda la actuación gubernamental ha tenido como base legal el artículo 16 de la Ley 37 de 1931, y así procedió el Gobierno y los interesados en sus actuaciones ante el Ministerio de Minas y Petróleos. Ese artículo contempla el caso de que varias personas presenten propuestas para contratar la exploración y explotación de un mismo terreno, e indica la manera como debe proceder el Gobierno para escoger a la persona con quien deba contratar. De manera que la Resolución del 9 de agosto de 1944, demandada en autos, practicó la escogencia a que se refiere el artículo precitado, y, en consecuencia, al rechazar la propuesta del señor Gustavo Gómez, y al aceptar la de la Compañía de Petróleos del Pacífico, creó un acto condición, que es susceptible de perjudicar al primero, y que favorece al último. De esta situación surge el interés jurídico del señor Gustavo Gómez para proponer la demanda que se estudia. En la tramitación ulterior del contrato que el Gobierno pueda celebrar con la Compañía de Petróleos del Pacífico, según el artículo 3º de la Ley 160 de 1936, el demandante, señor Gustavo Gómez, no podría ser parte, precisamente porque su propuesta estaría definitivamente desechada. Pero en el estado presente del negocio, no se trata por parte del señor Gómez de intervenir en la tramitación gubernamental de la celebración del contrato del Gobierno con la Compañía opositora. Justamente se trata de una cosa distinta: de obtener la nulidad de la Resolución ministerial que rechazó la propuesta del señor Gómez, y que abrió la posibilidad para la Compañía de Petróleos del Pacífico de poder celebrar con el Gobierno un contrato de exploración y explotación de petróleos. Estas consideraciones demuestran que el demandante, señor Gustavo Gómez, sí tiene interés jurídico para demandar la nulidad de la Resolución de 9 de agosto de 1944, y que, por lo tanto, la excepción propuesta por la Compañía de Petróleos del Pacífico no puede prosperar.

C.—Carácter de la potestad gubernamental en esta materia.

En su alegato de conclusión, el representante de la Compañía de Petróleos del Pacífico planteó el problema relativo al carácter de las facultades que otorgan al Gobierno los artículos 30 y 16 de la Ley 37 de 1931. Sostiene el representante de la Compañía que se trata de una facultad discrecional, y no de una facultad reglada. Para sostener sus tesis formula, entre muchos otros, los siguientes argumentos:

"No hay en la Ley 37 disposición alguna que determine las pruebas con las cuales se deba demostrar que se ha hecho la exploración superficial técnica sobre el área solicitada en concesión, lo que queda al criterio del Departamento de Minas (hoy Sección Técnica), según el artículos 41 del Decreto 1270. La redacción del numeral 1º del artículo 16 demuestra que el legislador dejó al Ministerio del ramo en libertad para deducir si los documentos acompañados por un proponente demuestran o nó que éste hizo en realidad la exploración superficial técnica exigida por la misma Ley. Es común la división que los expositores en Derecho Administrativo hacen de la facultad del Gobierno en discrecional y reglada. En su *Tratado de Derecho Administrativo,* el profesor Vicente Santamaría de Paredes se expresa así:

'Fijándonos en el contenido de la potestad de mando, la dividimos en discrecional y reglada (distinción iniciada por Vivién, aunque no refiriéndola a esta potestad, como rectificaba a Macarell su concepto de lo contencioso-administrativo), según que al dictar sus disposiciones la Administración Pública pueda obrar libremente, o haya de sujetarse a límites o requisitos previamente determinados por una ley, un reglamento o un contrato. La autonomía de la Administración, como de todo Poder Público, en el cumplimiento de su misión respectiva, la imposibilidad de prever sucesos y necesidades que surgen con múltiples y variadas circunstancias, y la responsabilidad de los órganos administrativos si no atienden estas necesidades en el grado y forma como se presentan, hacen que la potestad de mando deba estimarse, por regla general, como discrecional, en tanto no aparezca limitada expresamente: sólo así podrán las autoridades obrar con la oportunidad del caso, la prudencia, la rapidez o la energía que la apreciación del caso les aconseje como más conveniente, según el conocimiento que tienen de las personas, tiempos, lugares y demás circunstancias. Pero hay veces que una regla anterior encauza o detiene la potestad de mando, porque un precepto superior a la voluntad de quien ordena ha exigido el requisito de oír a un determinado cuerpo o atribuido la facultad a otro funcionario, o constituído una obligación en favor de un tercero, o limitado las atribuciones dentro de cierto círculo, creyendo debió prever determinados casos e impedir posibles abusos; y entonces la potestad de mando aparece reglada. Esta división es de suma importancia para determinar la materia contencioso-administrativa.' (Páginas 61 y vuelta).

"El tratadista Fritz Fleiner, al hablar de poder discrecional, se expresa así:

'A pesar de esto, no puede hablarse de rigidez, pues en todo aquello que la autoridad administrativa no esté vinculada a la ley, decide su *potestad discrecional (pouvoir discrétionnaire).*

El legislador se basa en esta potestad administrativa cuando ordena a la autoridad tomar las *medidas oportunas* para el mantenimiento del orden público en caso de peligro para la seguridad general, o cuando autoriza la expropiación forzosa a favor de una empresa por causa de *utilidad pública,* o cuando supedita el permiso para la venta de alcohol, o que se prueba la *necesidad* del nuevo establecimiento. En la legislación y la ciencia del derecho se habla del arbitrio, o lo que es igual, del poder discrecional, cuando el derecho objetivo permite obrar a un órgano político según su propia determinación. Aquí resalta el contraste entre libertad y sujeción a la ley, contraste que tiene importancia también en la jurisprudencia. Sin embargo, en las consideraciones siguientes sólo se hablará del árbitro de las autoridades administrativas. El legislador se da cuenta de que en numerosas relaciones de la vida el resultado que quiere conseguir (protección de los intereses públicos) puede ser alcanzado por distintos caminos. Entonces el legislador se limita a trazar el marco legal dentro del cual la autoridad administrativa puede obrar libremente en cada caso. El motivo para esto no estriba solamente en el motivo de tener en cuenta las particularidades del caso concreto, o de hacer justicia, como sucedería con el arbitrio judicial. El legislador procede de esta suerte, considerando que sólo la autoridad administrativa tiene la experiencia necesaria para dictar ciertas disposiciones en sentido favorable al interés público. La autoridad administrativa encargada de la ejecución de la norma jurídica ha de expresar cómo debe resolverse cada caso particular de acuerdo con la ley, y para ello debe basarse en su manera de ver la realidad, debida a sus conocimientos científicos y a su experiencia práctica de la técnica administrativa. Por el poder discrecional que le otorga el legislador, la autoridad administrativa ha de determinar como pertinente, entre las varias posibilidades de solución, aquella que mejor responde, en el caso concreto, a la intención de la ley. En el reglamento de carácter legal siempre se encuentran indicios para saber qué elementos han de ser tenidos en cuenta para el ejercicio del poder discrecional. El legislador cuenta con la circunstancia de que en todos estos casos la autoridad nombrada para ejercer la potestad discrecional se atempera a las ideas dominantes en cada momento y en cada localidad. Al dejar, pues, que la potestad discrecional del Organo Ejecutivo intervenga en la fundamentación e interpretación de las relaciones jurídicas públicas, el legislador incorpora al cuadro de sus principios jurídicos un elemento móvil que permite a dicho Organo ejecutar los preceptos legales, de tal manera que responda a las variabilidades y exigencias de la vida y del interés público. Regularmente el poder discrecional se limita a los puntos concretos que el legislador ha dejado libres en un precepto jurídico. Si la ley permita la expropiación forzosa sólo cuando la *utilidad* pública lo exige, o si permite otorgar una concesión para vender bebidas alcohólicas cuando sea de *necesidad,* incumbe entonces a la autoridad administrativa determinar cuándo debe llevar a la práctica esos preceptos, qué sentido y qué alcance corresponde a la *utilidad pública* o a la *necesidad.* Cuando la ley encomienda a las autoridades administrativas la adopción de medidas *apropiadas* para obviar un peligro que amenace al orden público, aquéllas han de designar por sí mismas en qué

consisten esas medidas. Existe otra modalidad que se considera con frecuencia semejante a los casos de la potestad discrecional. El legislador puede haber dejado amplio margen para la interpretación de un concepto por él empleado. Así, un *accidente de trabajo* proporciona al obrero asegurado el derecho de reclamar ciertas prestaciones a la Mutua Patronal, y la *expropiación* prevista en la Constitución del Reich confiere al damnificado un derecho de indemnización. ¿Qué es un accidente de trabajo, y qué es una expropiación? La ley párte de la base de que se puede dar a estas preguntas una contestación objetiva e inequívoca, y que es un asunto de los órganos (Tribunales, autoridades administrativas) encargados de la ejecución de la ley (o Constitución) interpretarla en consideración a diversas circunstancias. A estos órganos no se les encomienda ninguna resolución discrecional. La solución está en la misma ley, y deberá buscarse a base de una justa interpretación de ella. Los ejemplos enumerados demuestran que en los verdaderos casos de potestad discrecional la situación dimanante de la norma jurídica sólo es dada por la autoridad administrativa al presentarse un caso concreto y sólo para él; por ejemplo: al despachar la solicitud de una licencia para expender bebidas alcohólicas del señor A; en la prohibición gubernativa para celebrar una asamblea a causa de un peligro de epidemia, etc. Según el principio de la subordinación, esto no impide que la autoridad súperior pueda dar instrucciones generales a los órganos subalternos sobre la forma en que se ha de aplicar la potestad discrecional en una situación concreta (por ejemplo: expedición de certificados de pobreza). Por lo tanto, queda también reducida la soberanía de los órganos inferiores en lo que respecta a la esfera de su facultad discrecional. La potestad discrecional de las autoridades administrativas desempeña también un papel de cierta importancia en la formación de la jurisdicción contencioso-administrativa. Fundamentalmente, los Tribunales Cotencioso Administrativos sólo pueden reparar violaciones del derecho causadas por los órganos de la Administración. Las cuestiones de la potestad discrecional se sustraen al control de los Tribunales Contencioso Administrativos. Sin embargo, las normas de la ley son también ineludibles para el poder discrecional. Por eso la cuestión de saber dónde empieza el dominio del poder discrecional y dónde termina, es, por sí misma, una cuestión de apreciación. La extralimitación en el poder discrecional constituye un acto ilícito. No someramente las limitaciones externas, las que la autoridad ha de respetar, sino que existen también ciertas limitaciones internas, que son impuestas a su poder discrecional: a la autoridad le está prohibido mandar a capricho dentro de su competencia; al ejercer aquélla su potestad discrecional, no puede imponer su arbitrio en cada caso particular, sino atendiendo a los factores que la ley quiere que se tengan en consideración. Juridicamente hablando, el abuso de la potestad discrecional equivale a una estabilización'." *(Institutciones de Derecho Administrativo,* páginas 166 y siguientes).

Para estudiar el problema planteado es necesario primero establecer en qué consiste el poder discrecional.

"Hay poder discrecional, dice Bonnard, cuando la ley o el reglamento, previendo una cierta competencia para la Administra-

> ción con motivo de una relación de derecho con un particular, se le deja a la Administración un libre poderdante para decidir si debe obrar o abstenerse, y en caso afirmativo, en qué momento debe actuar, cómo debe hacerlo, y el contenido que le va a dar a ese acto. El poder discrecional consiste, pues, en la libre apreciación que se le deja a la Administración para decidir si es oportuno o nó hacer tal cosa. El poder discrecional consiste en la libre apreciación por la Administración de la oportunidad de su actividad. La Administración, investida de un poder discrecional, se halla legalmente libre en su actividad; no está sometida a ninguna obligación jurídica, pero nò puede cometer ilegalidades. En consecuencia, no pueden existir derechos subjetivos para el administrado cuando se esté en presencia de un poder discrecional de la Administración, puesto que no estando ésta jurídicamente obligada, hace falta una de las condiciones del reglamento del derecho subjetivo." (R. Bonnard: *Précis de Droit Administratif*, página 64).

De conformidad con la tesis anterior, que es común a la generalidad de autores franceses, conviene examinar cuál es el carácter de la facultad que entraña el artículo 16 de la Ley 37 de 1931. Este texto dice, en su parte pertinente, que "en el caso de que varias personas presenten propuestas para contratar la exploración y explotación de un mismo terreno. el Gobierno escogerá entre las que acrediten tener capacidad financiera suficiente", sujetándose al orden que establece este mismo artículo, el cual contempla cuatro casos que escalona en importancia y enumera claramente. Se observa, en primer lugar, que el simple hecho de ser presentadas propuestas por los particulares obliga a la Administración a tramitarlas y escoger entre ellas. Se establece, pues, desde el principio, un derecho subjetivo del administrado para que se tramite la propuesta, y se entre a considerar su importancia y la prelación que pueda tener en relación con las otras, por aplicación del orden establecido en el artículo citado. No se está ante una situación en que la Administración pueda estar discrecionalmente obrando o no obrando. El artículo emplea el imperativo y dice que "el Gobierno escogerá" entre las propuestas que se le hayan presentado. Podría decirse que lo obligatorio para el Gobierno es escoger entre las diferentes propuestas, pero con libertad discrecional de preferir una a otras, pero contra esta observación está la circunstancia de que el mismo artículo establece un orden, obligatorio para el Gobierno, en cuanto al criterio que se deba seguir en materia de preferencias. En efecto: el artículo establece al respecto el siguiente orden:

> "1º Al primer proponente que demuestre haber hecho la exploración superficial técnica de que trata el artículo anterior.
> "2º Al propietario del suelo.
> "3º Al que tenga trabajos de explotación más próximos al área solicitada.
> "4º Al proponente de mayor área, en igualdad de condiciones.
> "El Gobierno reglamentará la forma como deben presentarse las propuestas y los trámites a que hayan de someterse."

Si, como se ve, el Gobierno está sometido a un orden que establece la ley de manera rigurosa, no puede argumentarse que se trata de ejercitar un poder discrecional, sino de actuar con una potestad minuciosamente reglada. No obstante, podría decirse que la demostración de haber hecho la exploración superficial técnica de que habla el artículo 15 de la Ley 37 de 1931, queda a la libre apreciación del Gobierno. Desde el momento

que se esté hablando de una demostración técnica se requiere el concepto de expertos, quienes, no obstante sus vastos conocimientos sobre la materia, pueden equivocarse, siendo susceptible su dictamen de una controversia científica para demostrar su equivocación." Los otros ordinales antes citados se refieren también a cuestiones de hecho y de derecho, que pueden ser controvertibles. El segundo ordinal, por ejemplo, da un orden preferencial secundario al propietario del suelo, y no sería justo que una equivocación de la Administración al respecto no fuera subsanable. Viene en seguida, en tercer orden preferencial, el que tiene trabajos de explotación más próximos al área solicitada. La Administración no tiene poder discrecional para decidir quién es el que reúne estas condiciones, sino que tiene que sujetarse a la situación de hecho que se le demuestre mediante las pruebas del caso. El mismo argumento vale para el cuarto ordinal, que se refiere al proponente de mayor área en igualdad de condiciones. Comoquiera que el representante de la Compañía Petrolera del Pacífico, con base en los autores por él citados: Fleiner y Vicente Santamaría de Paredes, sostiene que los actos que quedan de la Administración, a que se refiere la potestad discrecional, no son actos sometidos al recurso contencioso-administrativo; conviene decir que el Consejo de Estado, en fallo de 23 de febrero de 1938, sentó la siguiente tesis:

> "Pero la esfera del poder discrecional está siempre claramente definida en la ley, así como el reglamento no puede introducir modificación alguna al texto superior que le sirve de base, por lo cual puede demandarse la nulidad de los decretos reglamentarios, así como la de un acto discrecional, cuando excede del radio dentro del cual han de moverse." (*Anales* números 263 a 265, página 31).

La característica de la potestad discrecional consiste en la facultad de la Administración para decidir si debe o nó actuar, pero una vez que se resuelva a obrar, sus actos pueden llegar en su desarrollo a infringir preceptos legales o a ocasionar perjuicios a los particulares, siendo, por lo tanto, susceptibles del recurso contencioso-administrativo. Todas las observaciones anteriores demuestran que las normas fundamentales sobre cómo se desarrolla esta norma jurídica no dan a la Administración un poder discrecional para proceder, sino que le confieren una potestad reglada de manera expresa dentro de un orden de preferencias que la misma ley establece. Pero se advierte que, aun en el caso de actuaciones de la Administración por poder discrecional, existe en Colombia el recurso contencioso-administrativo.

D.—Estudio de los dictámenes periciales.

Por auto de 8 de noviembre de 1944 se decretaron las pruebas pedidas por la parte actora, las cuales se refieren a que peritos técnicos en la materia, nombrados en forma legal, previo el estudio del caso, dictaminen sobre los siguientes puntos:

> "I—Si en su concepto los documentos técnicos acompañados a mi propuesta acreditan suficientemente que se ha llevado a cabo en los terrenos a que se contrae la solicitud la exploración superficial exigida, y llenan los requisitos del artículos 35 del Decreto 1270 de 1931.
>
> "II—Si las objeciones que formulan los técnicos del Ministerio de Minas y Petróleos, y que aparecen en los respectivos informes, implican el que no se haya demostrado técnicamente

que se ha llevado a cabo la exploración superficial en los terrenos a que se contrae la solicitud, o que no se hayan satisfecho los requisitos exigidos por las disposiciones legales enumeradas en el punto anterior; o si, por el contrario, tales objeciones implican simples errores en la interpretación técnica de los informes."

Actuó como perito de la parte demandante el doctor Jesús Jiménez Jaramillo; el señor Fiscal nombró como perito al doctor Pablo E. Lucio; como perito tercero, nombrado por el Consejo, actuó el doctor Maximiliano Gaviria. Comoquiera que ésta es la prueba esencial a que se contrae el presente juicio, se procede a examinar los tres dictámenes.

A) Dictamen del perito doctor Pablo E. Lucio.

Después de fundamentar su concepto como perito, el doctor Pablo E. Lucio llega a las siguientes conclusiones:

"I—Los documentos técnicos acompañados a la propuesta del Capitán Gómez acreditan suficientemente que se ha llevado a cabo en los terrenos a que se contrae la solicitud la exploración superficiaria exigida, y se llenan los requisitos del artículo 35 del Decreto 1270 de 1931.

"II—Las objeciones que formulan los técnicos del Ministerio de Minas y Petróleos no implican el que no se haya demostrado técnicamente:

"a) Que se ha llevado a cabo la exploración superficial en los terrenos a que se contrae la solicitud, y sí parece claro que se llevó a cabo la exploración y se presentó la documentación técnica exigida. Las observaciones a la parte topográfica aparecen más de forma que de fondo, y, por tanto carecen de trascendencia.

"III—Las carteras de campo presentadas por el Capitán Gómez sí pueden considerarse como carteras de levantamiento topográfico y geológico y las tales tienen tal detalle de datos, que permiten dibujar con claridad los planos topográficos y geológicos correspondientes.

"*Enmendadura:* Es evidente que en la columna estratigráfica del mapa geológico se nota, especialmente, cuando se le resta mérito al mapa. Nuestra interpretación al porqué de esta enmendadura, raspadura o como quiera llamársele, es la de que fue hecha para suprimir subdivisiones geológicas que, si se hubieran dejado, habrían dado motivo a descripciones más detalladas en el informe general que debe acompañarse a los planos; pero, repetimos, que para los efectos técnicos de la propuesta, esas enmendaduras carecen de valor."

B) Dictamen del perito Jesús Jiménez Jaramillo.

El perito doctor Jiménez Jaramillo, en los párrafos más importantes de su dictamen, dice así:

"Al punto primero: En mi concepto los documentos técnicos acompañados a la propuesta del Capitán Gustavo Gómez acreditan más que suficientemente que se llevó a cabo en los terrenos a que se contrae la propuesta la exploración superficial exigida por la ley. Basta una sola mirada a los planos, tanto geográfico como geológico, para comprender que ellos no pudieron ser elaborados sin una exploración sobre el terreno."

A continuación el perito analiza y fundamenta su concepto. Sobre este primer punto el perito concluye así:

"En mi concepto (con la sola excepción de la cartega geológica, que la considero deficiente), los documentos técnicos que se acompañaron a la propuesta del Capitán Gustavo Gómez llenan las formalidades legales y reglamentarias exigidas para esta clase de trabajos, y me permiten afirmar que ellas de por sí prueban que se ha llevado a cabo la exploración superficial técnica del terreno solicitado, y que tal documentación permite identificar la zona solicitada en concesión, y juzgar de sus posibilidades petrolíferas.

"Al segundo punto: Las objeciones que formulan los técnicos del Ministerio de Minas y Petróleos no implican técnicamente que no se hubiera llevado a cabo la exploración superficial de los terrenos a que se refiere la solicitud del Capitán Gómez; a mi juicio, son más de forma que de fondo; son, si se quiere, cuestiones de detalle y de interpretaciones al alcance que cada cual le dé a las disposiciones legales. Estas objeciones, ni técnicamente, ni con una normal interpretación de las disposiciones legales, pueden considerarse como que en sí destruyan lo que aparece claro: que se llevó a cabo una exploración y que se presentó una documentación técnica que puede ser ampliada cuanto se exija, pero que no puede tacharse técnicamente de errónea, ni de contradictoria, ni que se hallen en desacuerdo unos datos con otros. En mi juicio, en este caso ocurre que los planos topográfico y geológico son muy completos y contienen mayores datos de los que es uso y costumbre, apareciendo, por consiguiente, que otros datos —que se han ceñido a las disposiciones reglamentarias— *aparentemente* son deficientes. Tal es el caso, por ejemplo, de la memoria técnica: por regla general, ésta ha sido una ampliación de la información geológica contenida en los mapas, pero en el caso presente el mapa es la ampliación de la memoria; quien sepa entenderlo ve en la columna estratigráfica de qué elementos está constituída cada formación; en los perfiles se da cuenta de las relaciones estructurales, y en los colores del mapa, en sí, la distribución de las formaciones dentro del área solicitada.

"Al punto tercero: Sobre carteras de campo, a más de las consideraciones ya expuestas, debo anotar que ni en las disposiciones legales, ni en la práctica, existe un cartabón definido para elaborarlas. Esta es una cuestión que varía con la persona que ejecuta el trabajo, siguiendo un plan más o menos general y acordado, pero sin sujeción a determinadas normas. Por lo tanto, considero que las carteras acompañadas a la propuesta del Capitán Gómez pueden considerarse como carteras de levantamiento topográfico; pero en cuanto a la parte geológica, la cartera es deficiente, en relación con los datos anotados en el mapa."

C) Dictamen del doctor Maximiliano Gaviria.

El doctor Maximiliano Gaviria, perito tercero nombrado por el Consejo, resumió su dictamen en los siguientes términos:

"En razón de las anteriores observaciones, y de acuerdo con el concepto del perito principal, doctor Pablo E. Lucio, me permito formular las siguientes conclusiones sobre el punto que es

JAIME TOBON VILLEGAS DONACION

materia de la diferencia o discrepancia entre los dictámenes presentados. En mi concepto, la cartera geológica de campo que se acompañó a la propuesta del Capitán Gustavo Gómez no es deficiente, porque con ella se acredita suficientemente que se hizo el estudio geológico sobre el terreno, ya que este documento, relacionado con la cartera topográfica, suministra base suficiente para la elaboración del plano geológico y para derivar las conclusiones a que llegó el geológico."

D) Ampliación del dictamen del perito tercero.

A solicitud del doctor Germán Silva Azuero, representante de la Compañía de Petróleos del Pacífico, se les exigió a los peritos. doctores Lucio y Gaviria, que explicaran y ampliaran su exposición pericial, lo cual hicieron en un extenso documento de treinta y dos páginas, y concluyeron diciendo lo siguiente:

"Examinamos todos los puntos, desde el primero hasta el octavo, que es el último; queda demostrado que ninguno de los documentos que se acompañaron a la propuesta del Capitán Gustavo Gómez adolece de deficiencia legal, y, por lo tanto, son aceptables."

Al explicar cómo y en qué forma la cartera de campo topográfica suministraba base suficiente para la elaboración del mapa geológico, el perito tercero se expresó así:

"La cartera topográfica contiene los datos topográficos, y estos datos hacen parte del mapa geológico; la cartera topográfica contiene datos geológicos; la cartera topográfica tiene varias poligonales aprovechadas por el geólogo para reconocer el terreno; y, por último, las poligonales de la cartera geológica fueron derivadas de las poligonales de la cartera topográfica. De este modo, la cartera topográfica es origen y base del trabajo geológico, y en esta forma (léase punto b) complementa la cartera geológica. Esto es lo dicho en mi primer dictamen, y es la verdad, y, por eso, lo repito. Pero que la cartera de campo topográfica suministra base suficiente para la elaboración del mapa geológico, 'sí no es concepto que yo sostenga, ni lo he expresado en parte alguna'."

Se observa que los tres peritos estuvieron en un todo de acuerdo, excepto respecto de la cartera geológica, que el perito Jiménez Jaramillo consideró deficiente. Sometido este punto a la consideración del perito tercero, doctor Maximiliano Gaviria, éste adhirió al dictamen del doctor Pablo E. Lucio, y lo amplió considerablemente en el sentido de que la cartera geológica se complementaba en forma satisfactoria con la utilización de los datos topográficos de la cartera topográfica. El Código Judicial, en su artículo 705, dispuso que para la comprobación de hechos que exijan conocimiento o prácticas especiales, intervinieran peritos, que, en el presente caso, dictaminan sobre cuestiones técnicas especiales, que los expertos conocen más a fondo que el fallador. El concepto de los peritos ha sido preciso, exacto y claro, por lo cual, de la valuación jurídica de los hechos técnicamente apreciados por expertos, se concluye que se deben resolver favorablemente las peticiones del señor Gómez, ya que el fundamento de las Resoluciones acusadas fue el concepto del Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos, el cual ha quedado desvirtuado con la prueba pericial a que se ha hecho referencia.

Decisión:

1º Son nulas las Resoluciones de 17 de febrero de 1944 y 9 de agosto del mismo año, del Ministerio de Minas y Petróleos.

2º En consecuencia, admítese la propuesta número 169, para explorar y explotar petróleos de propiedad de la Nación, en globo de terreno de 35.816.38 hectáreas de extensión, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Montería y Lorica, en el Departamento de Bolívar.

3º El Ministerio de Minas y Petróleos suspenderá la tramitación de la propuesta número 180, presentada por la Compañía de Petróleos del Pacífico, en cuanto a la zona en que dicha propuesta se superpone a la 169, del Capitán Gustavo Gómez.

4º Niéganse las peticiones formuladas por el señor Alberto Collins.

5º Niéganse las peticiones formuladas por la Compañía de Petróleos del Pacífico.

Cópiese, notifíquese, dése cuenta de lo dispuesto en este fallo al Ministerio de Minas y Petróleos, y archívese.

Revalídese el papel común empleado en la sentencia.

Ricardo Uribe Escobar, Guillermo Hernández Rodríguez, Gonzalo Gaitán, Jorge Lamus Girón, Tulio Enrique Tascón, Gabriel Carreño Mallarino, Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V., Secretario.

Autoridades nacionales.—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Guillermo Hernández Rodríguez).

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

En escrito presentado el 22 de junio del presente año, el doctor Luis Enrique Diaz, obrando en ejercicio del poder que le fue conferido por el señor Arquimedes Granados, pide al Consejo que declare la nulidad del oficio número 12723, de fecha 1º de agosto de 1944, por medio del cual el señor Contralor General de la República devolvió al señor Ministro de Guerra, sin refrendar, la orden definitiva de pago número 7/438, librada por ese Ministerio a favor del señor Granados, por la suma de mil novecientos pesos ($ 1.900.00), decretada por auxilio de cesantía, que le fue reconocido y ordenado pagar por medio de la Resolución número 904 de 15 de junio de 1944, dictada por el Ministerio de Guerra.

El libelo fue debidamente admitido, y como el negocio ha sufrido la tramitación de rigor, se procede a ponerle fin.

I

Vista fiscal.

El señor Fiscal del Consejo, en el concepto rendido con fecha 21 de agosto pasado, pide al Consejo que declare probada la prescripción extintiva de la acción, aun cuando, en su vista, estudia, además, el acto acusado, por cuestión de doctrina. Se expresa en estos conceptos el señor Agente del Ministerio Público:

> "Además, estudiada la Resolución del Ministerio de Guerra que ordena pagar la suma indicada al señor Granados, no se descubre la ilegalidad que anota la Contraloría, y que la llevó hasta el extremo de devolver sin refrendar la orden de pago girada por dicho Ministerio.
>
> "En efecto: el acto de la Contraloría se funda en que por Decreto número 283 de 12 de febrero de 1944 se dispuso que no habrá lugar a la gracia de que tratan los artículos 6º de la Ley 43 de 1942; 5º del Decreto 646 de 1943, y 90 del Decreto 170 de 1942, cuando el retiro del respectivo empleado se produzca por renuncia voluntaria del mismo.
>
> "La Contraloría entiende que el mencionado Decreto 283 'debe aplicarse a todos los asuntos que se decidan a partir de la vigencia de dicho Decreto, aun cuando la cesantía haya tenido lugar antes'; lo cual, en mi concepto, es un grave error de hermenéutica jurídica, porque un derecho se adquiere y consolida al amparo de una norma preexistente, y no cuando se pronuncie el decreto, resolución o sentencia correspondiente, que no hacen otra cosa que reconocer ese derecho. De ahí que si al tiempo

del retiro de Arquimedes Granados regía el artículo 6º de la Ley 43 de 1942, como lo aceptan tanto el Ministerio como la Contraloría, no puede caber la menor duda de que tenía derecho al auxilio de cesantía que allí se reconoce a los empleados civiles del ramo de Guerra con más de diez años continuos de servicio, sin que a ello se oponga la circunstancia de que cuando se dictó la Resolución de reconocimiento ya estuviera vigente el Decreto 283 de 1944, que descarta el auxilio para quienes se retiren por renuncia voluntaria, pues, de otra manera, se vendría a dar efecto retroactivo a una disposición, con el consiguiente menoscabo de un derecho reconocido por una norma legal.

"Empero, hay constancia de que la demanda se presentó el 22 de junio de 1945, o sea *más de diez meses* después de haberse comunicado al Ministerio de Guerra la resolución de la Contraloría General de la República, de no refrendar la orden librada a favor de Arquimedes Granados, según aparece del oficio de fecha 1º de agosto de 1944; lo que significa que la acción sobre nulidad del referido acto administrativo se ejercitó extemporáneamente, y que, por lo mismo, está *prescrita,* pues conforme al artículo 83 de la Ley 167 de 1941, los cuatro meses para accionar en tal sentido se cuentan 'a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción.

"Así, pues, me he permitido estudiar el acto acusado únicamente con el ánimo de hacer una rectificación doctrinaria; pero considero que debiéndose declarar probada la prescripción extintiva de la acción, como así lo solicito del honorable Consejo, consecuencialmente no habrá lugar al reconocimiento de la nulidad impetrada en la demanda."

II

Prescripción de la acción.

Como el señor Fiscal pide que se declare que la acción ha prescrito, es necesario comenzar por examinar este punto, pues de resultar así no se podrían entrar a resolver los pedimentos del libelo.

Lo primero que puede observarse es que en el presente caso se trata de un acto de la Administración, que afecta, como se deduce de su texto y de su alcance, derechos particulares, privados, del señor Granados, por lo cual, con la demanda no se persigue ejercer la tutela legal, en defensa del imperio del orden jurídico objetivamente considerado, sino de restablecer una situación subjetiva de derecho. Si así fuera, sería el caso de dar aplicación a una doctrina constante del Consejo de Estado, según la cual cuando tras la apariencia de una acción de nulidad se trata de obtener el restablecimiento de un derecho personal, se deben aplicar, para efectos de determinar la prescripción de la acción, los términos señalados en el artículo 83 del Código de lo Contencioso Administrativo.

No obstante, para desentrañar y determinar exactamente el carácter de la acción ejercitada, es indispensable relacionar los hechos de la demanda con sus peticiones, al través del examen general del asunto planteado. Se está en presencia en este caso de una resolución de la Contraloría General de la República, la cual consideró que la decisión por medio de la cual el Ministerio de Guerra decretó unas prestaciones sociales al señor Arquimedes Granados, estaba viciada de ilegalidad.

El Consejo comparte la tesis de fondo del señor Fiscal en cuanto reconoce el derecho que asiste a Arquimedes Granados para que se le aplique el artículo 6º de la Ley 43 de 1932, la cual regía en el momento de su retiro del Ministerio de Guerra. Resuelto así el problema de fondo inicial, queda por analizar lo relativo a la prescripción, y por establecer si la Contraloría General de la República tiene o nó autorizaciones legales para negarse a refrendar una orden de pago definitiva, con base en una interpretación jurídica sobre la ley sustantiva que deba aplicarse, a fin de decretar unas prestaciones sociales. Ni en la Ley 42 de 1923, orgánica del Departamento de Contraloría, ni en el Decreto 911 de 1932, que la reformó, se encuentra ninguna disposición que autorice a la Contraloría para que en ejercicio del control fiscal previo pueda dirimir un problema jurídico de fondo, donde no existe ostensible violación de la ley. y que es de la competencia privativa del Contencioso Administrativo.

III

Ambito del control previo.

Dentro del control fiscal de la Contraloría se ejerce un control previo que se llama jurídico o numérico legal. Los tratadistas colombianos, como el señor Leopoldo Lascarro, describen este control así:

> "El control jurídico o numérico legal tiene tres aspectos: el aritmético y de contabilidad, que se desarrolla a través de la revisión de las operaciones aritméticas verificadas en la liquidación de las rentas y de los gastos, y de la inscripción de sus resultados en los libros de contabilidad; el perceptivo, que se desenvuelve por la práctica de visitas e inspecciones objetivas sobre los libros y las existencias, y el jurídico, que tiene por objeto fiscalizar la aplicación de las tarifas que correspondan en el recaudo de las rentas e impuestos; controlar el fiel cumplimiento de las ordenaciones y de las normas fiscales vigentes para el egreso de fondos y de bienes a que hubiere lugar, y mantener la integridad de las existencias y del patrimonio que se adquiera con los fondos provenientes del Presupuesto."

Esta concepción del control previo, desde el punto de vista jurídico o numérico legal, tiene en el expositor colombiano citado algunas adherencias que podrían hacer pensar en que ese control comprende todo el panorama jurídico de la legalidad o ilegalidad del gasto. Pero dentro de la separación de poderes que han establecido los principios constitucionales colombianos, es indispensable distinguir entre el control fiscal de índole jurídica o numérico legal que corresponda a la Contraloría General de la República y al control contencioso-administrativo, que se ejerce por los Tribunales de ese ramo y por el Consejo de Estado. La legalidad general de los actos de la Administración Pública es juzgada en debate contencioso-administrativo por el Consejo de Estado y por los Tribunales Seccionales del ramo. Sólo a estos Tribunales corresponde decidir en forma general si esos actos administrativos se ajustan o nó a la ley. La Contraloría, por su parte, tiene una órbita propia, de carácter restringido pero claro, consistente en que en virtud del control fiscal puede analizar las operaciones aritméticas y juzgarlas en consideración a las normas legales de estricto carácter fiscal. Mientras la Contraloría desenvuelve su control previo dentro de la órbita fiscal propiamente dicha, está ejercitando funciones que le son propias; pero cuando rebasa sobre esas atribuciones legales, y enjuicia los actos de la Administración, en relación con leyes sustantivas, sin contenido

ni índole fiscal, está sobrepasando su competencia para invadir territorios jurídicos que entran dentro de la órbita de lo contencioso-administrativo. Así ha sucedido dentro del presente caso.

Ahora bien: la situación jurídica del señor Arquimedes Granados, en relación con las prestaciones sociales que reclamaba, quedó definida el 15 de junio de 1944 por la Resolución número 904 del Ministerio de Guerra. Esa providencia le reconoció una recompensa de $ 1.900.00, y fue notificada y ejecutoriada. Todo lo que después acaeció no fue otra cosa que el desarrollo mecánico del envío de las órdenes de pago definitivas a la Contraloría General de la República. De conformidad con las prácticas sobre la materia, las oficinas de manejo no pueden hacer pago alguno que no haya sido refrendado por la Sección de Control Previo de la Contraloría. La orden de pago definitiva girada a favor del señor Arquimedes Granados no requería examen distinto del de establecer si se basaba en una resolución ejecutoriada, si traía todos los comprobantes de rigor, y si el giro tenía apropiación con qué pagarse. En general, la Contraloría podía examinar todos los factores jurídicos de distinta índole fiscal que fuesen necesarios para conceptuar sobre la irregularidad de esa orden de pago definitiva. Traspasando sus atribuciones desbordó sobre ámbitos jurídicos que competen al Contencioso Administrativo. Nada se opondría, en consecuencia, a que el Ministerio de Guerra insistiera ante la Contraloría para el pago de la orden definitiva que desarrolle lo dispuesto en la Resolución número 904 de 1944, referente al auxilio de cesantía del señor Arquimedes Granados, y nada se opone también a que se demande la simple nulidad de ese acto exorbitante, sin someterse al término de prescripción para la acción sobre restablecimiento del derecho.

IV

Fallo.

En consecuencia, en virtud del exceso de poder de que está saturada la decisión de la Contraloría, teniendo en cuenta que la situación jurídica del señor Granados quedó definitivamente cristalizada en la Resolución número 904 de 1944, y que esa disposición no ha sido acusada ante lo Contencioso Administrativo, y está amparada por una presunción de legalidad que se reafirma con el concepto del señor Fiscal, que es pertinente y jurídico, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *declara nula* la providencia contenida en el oficio número 12723 del 1º de agosto de 1944, emanado del señor Contralor General de la República, por medio del cual devolvió sin refrendar la orden de pago número 7/438, librada por el Ministerio de Guerra a favor del señor Arquimedes Granados.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Gonzalo Gaitán, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón, Jorge Lamus Girón, Guillermo Hernández Rodríguez, Gabriel Carreño Mallarino, Gustavo A. Valbuena.—*Luis E. García V.*, Secretario.

Acuerdos municipales—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Guillermo Hernández Rodríguez).

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

El abogado Manuel Buenahora, haciendo uso de la acción consagrada en los artículos 65 y 66 de la Ley 167 de 1941, pidió ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cúcuta que se decretara la nulidad del Acuerdo número 38 del 27 de diciembre de 1944, expedido por el Concejo Municipal de esa ciudad, por medio del cual se reformó el impuesto de consumo de mercancía extranjera establecido por un acuerdo anterior.

I

Texto del acto acusado.

Las principales disposiciones del acto acusado, el cual aparece en su integridad en los folios 24, 25 y 26 del expediente, dicen así:

"Artículo 1º De conformidad con el artículo 23 de la Ley 99 de 1922, las mercancías extranjeras de cualquier clase, nuevas o usadas, que se introduzcan por cualquier vía al Municipio para su expendio, distribución, explotación, uso, causarán el impuesto de consumo de acuerdo con la siguiente tarifa:

"Primera clase: a dos centavos ($ 0.02) el kilogramo;
"Segunda clase: a un centavo ($ 0.01) el kilogramo;
"Tercera clase: a medio centavo ($ 0.005) el kilogramo;
"Cuarta clase: a un cuarto de centavo ($ 0.0025) el kilogramo,
"Quinta clase: a un quinto de centavo ($ 0.0020) el kilogramo.

"Artículo 2º Los artículos manufacturados en el país, y en cuya elaboración se empleen materias primas extranjeras, quedan gravados con este impuesto, pero se reducirá en un cincuenta por ciento (50%) teniendo en cuenta la clasificación que corresponda a los productos extranjeros similares."

"Artículo 5º La mercancía de tránsito para otros Municipios no pagará este impuesto, pero el introductor o sus comisionistas deberán llenar los requisitos que exijan los reglamentos de la Contraloría Delegada del Concejo.

"Parágrafo. Quien declare como de tránsito mercancías destinadas al consumo o expendio en este Municipio, que haya o trate de introducir a él por cualquier vía, pagará el impuesto como si se tratare de artículos gravados en primera clase, cualquiera que sea la calidad, y una multa de cincuenta pesos ($ 50.00), que impondrá el Alcalde Municipal, previa comprobación del hecho por los trámites del procedimiento policivo verbal."

"Artículo 10. El producto del impuesto de que trata este Acuerdo se destina íntegramente al Hospital de San Juan de Dios, a

cuyo cargo queda proveer a los gastos de higiene que correspondan al Municipio."

Los demás artículos no citados se refieren a la organización de la administración y recaudo del impuesto.

II

Fundamentos de la demanda.

Se transcriben a continuación los hechos principales en que el actor basa su demanda:

"1. Desde hace largos años los comerciantes de esta ciudad han venido pagando, en forma de contribución voluntaria y con destino al funcionamiento del Hospital de San Juan de Dios, un gravamen de dos y tres pesos por cada tonelada de mercancía que se exporta o importa al Municipio.

"2. Como en el año de 1935 algunos comerciantes demoraran el pago de la referida cuota voluntaria, el honorable Concejo Municipal expidió el Acuerdo número 4, de febrero 22 de ese año, con el cual gravó con la suma de $ 1.50 cada bulto o fardo de mercancías extranjeras que se introdujeran al Municipio (artículo 1º).

"3. Dado el carácter excepcional del Acuerdo número 4 de 1935, el consumo de las mercancías extranjeras que se introdujeran al Municipio de Cúcuta, continuó, pues, gravado en la forma anterior, de contribución voluntaria, y solamente en el mes de diciembre de 1943, por medio de los artículos 15 y siguientes del Acuerdo número 44 de ese año, el honorable Concejo Municipal gravó el consumo de las mercancías extranjeras y nacionales en la forma que en dicha disposición se indica; mas como esta nueva disposición provocara grandes reclamos por parte del comercio, dada su ilegalidad y su franca inconveniencia a la economía de la ciudad, con fecha 25 de febrero del año siguiente (1944), derogó el referido Acuerdo en la forma que se expresa en el número siguiente.

"6. Por último, y a pesar de que todas las disposiciones sobre el particular habían sido ya derogadas, como se ha visto, el mismo Concejo, por Acuerdo número 38, de diciembre 27 de 1944, dispuso 'reformar el impuesto sobre consumo de mercancías extranjeras establecido por el Acuerdo número 4 de 1935', y en sus artículos 1º y 2º gravó las mercancías extranjeras y las nacionales que se introduzcan por cualquier vía al Municipio para su expendio, distribución, explotación o uso, con el impuesto llamado de consumo, de acuerdo con la tarifa que en la misma disposición se señala, y que aparece en la copia auténtica que se acompaña, por cuyo motivo y por su extensión, no se transcribe en la presente demanda.

"7. De los hechos anteriores se concluye que para el día 13 de septiembre de 1935, la importación, exportación y consumo de mercancías no estaban gravados por el Municipio de Cúcuta en forma obligatoria.

"8. La Ley 74 de 1936, por la cual se aprueba el Convenio Comercial celebrado entre la República de Colombia y los Estados Unidos, prohibió gravar con impuesto, gravamen, derecho o tributo interno, en cualquier Departamento o Municipio de la República de Colombia, los artículos o productos naturales

o manufacturados en los Estados Unidos, con un impuesto distinto a los que se cobraban en la fecha de la firma de dicho Convenio, y prohibe asimismo gravar los mismos artículos con impuestos distintos o superiores a los pagaderos sobre artículos análogos de origen nacional.

"9. El Acuerdo acusado no eximió del pago del impuesto los artículos naturales o manufacturados en los Estados Unidos, conforme a las veces del Convenio Comercial; no eximió tampoco de dicho pago los artículos procedentes de los países con los cuales Colombia ha celebrado convenios similares, y en los cuales se ha pactado la cláusula de la nación más favorecida.

"10. En el mismo Acuerdo, y por medio de lo dispuesto en los artículos 1º y 2º, el Municipio distinguió, para gravarlos en forma distinta, los artículos nacionales de los de procedencia extranjera, y ya se vio cómo el mismo Convenio prohibe a las autoridades de Colombia gravar con impuesto superior los artículos naturales o manufacturados en los Estados Unidos, pues su intención fue la de que en todo caso pagarían iguales impuestos. Esto mismo puede decirse respecto de los artículos originarios de países con los cuales se haya pactado la cláusula de la nación más favorecida.

"11. La importación y exportación de mercancías es un hecho que ya está gravado por el Tesoro Nacional, y no puede ser gravado por los Municipios.

"12. El tránsito de los artículos de un Municipio a otro está prohibido gravarlo, según el Código de Régimen Político y Municipal."

Disposiciones violadas.

El actor señala como violadas por el Acuerdo 38 de 1944 las siguientes disposiciones: Ley 74 de 1936, y numerales 4º y 9º del artículo 171 de la Ley 4ª de 1913.

IV

Suspensión provisional y fallo de primera instancia.

Comoquiera que el actor solicitara la suspensión provisional del acto acusado, el Tribunal de primera instancia se negó a decretarla, y negó también la reposición que contra esa providencia interpuso el demandante.

El auto del Tribunal, de fecha 8 de febrero de 1945, dice en la parte pertinente así:

"Dice el doctor Buenahora 'que la Ley 74 de 1936, por la cual se aprueba el Convenio Comercial celebrado entre la República de Colombia y los Estados Unidos, prohibió gravar con impuesto, gravamen, derecho o tributo interno, en cualquier Departamento o Municipio de la República de Colombia, los artículos o productos naturales o manufacturados en los Estados Unidos, con un impuesto distinto a los que se cobraban en la fecha de la firma de dicho Convenio, y prohibe asimismo gravar los mismos artículos con impuestos distintos o superiores a los pagaderos sobre artículos análogos de origen nacional'.

"El Tribunal considera que para la fecha de la vigencia de la Ley 74 de 1936 los Concejos Municipales estaban autorizados

para gravar las mercancías de procedencia extranjera, tal como se colige de los términos de la Ley 99 de 1922, cuyo artículo 23 dice así:

'Para atender a los gastos de higiene municipal los Concejos podrán gravar el consumo de las mercancías extranjeras que no estén gravadas por la Nación, con el impuesto de consumo. Pero el gravamen no podrá exceder de un peso con cincuenta centavos por cada carga o fardo de setenta y cinco (75) kilogramos.'

"El inciso 4º del artículo 3º del Convenio celebrado entre Colombia y los Estados Unidos dispone:

'Los artículos o productos naturales o manufacturados de los Estados Unidos de América enumerados y descritos en la lista I, después de importados a la República de Colombia, estarán exentos de todo impuesto, gravamen, derecho o tributo interno establecido por cualquier Departamento o Municipio de la República de Colombia, distinto o superior a los autorizados por las leyes vigentes en la República de Colombia el día de la firma del presente Convenio.'

"De las anteriores disposiciones transcritas se ve que el Concejo Municipal de Cúcuta sí puede gravar los artículos de procedencia extranjera con un gravamen o impuesto que no podrá exceder de un peso con cincuenta centavos por carga o fardo de setenta y cinco kilogramos, límite que en el Acuerdo demandado está especialmente contemplado."

El Tribunal respaldó los anteriores conceptos transcribiendo en su auto de 17 de febrero del año en curso algunas citas de la sentencia proferida por el Consejo de Estado, en un negocio similar, con fecha 30 de mayo de 1941.

En el fallo de primera instancia se ampliaron las tesis que ya se habían expuesto en el incidente que se deja relatado, y se negó lo pedido por el demandante.

V

Concepto del señor Fiscal.

El señor Fiscal de la corporación expresó su punto de vista favorable a las tesis de la demanda, en la siguiente forma:

"Se tacha el Acuerdo acusado de violar la Ley 74 de 1936 y los numerales 4º y 9º del artículo 171 de la Ley 4ª de 1913.

"El artículo III del Convenio Comercial entre Colombia y los Estados Unidos, aprobado por el estatutó primeramente citado, establece en lo pertinente:

'Todos los artículos o productos naturales o manufacturados de la República de Colombia o de los Estados Unidos de América, después de importados al otro país, estarán exentos de todo impuesto, derecho, gravamen o tributo interno, distinto o superior a los causados por artículos análogos *de cualquier origen extranjero.*

'Todos los artículos o productos naturales o manufacturados de la República de Colombia o de los Estados Unidos de América, después de importados al otro país, estarán exentos de todo impuesto, derecho, gravamen o tributo interno, nacional o federal, distinto o superior a los pagaderos sobre artículos análogos de *origen nacional.*

'..... ....

'Los artículos o productos naturales o manufacturados de los Estados Unidos de América, enumerados y descritos en la lista I, después de importados a la República de Colombia, estarán exentos de todo impuesto, gravamen, derecho o tributo interno, establecido por cualquier Departamento o Municipio de la República de Colombia, distinto o superior a los autorizados por las leyes vigentes en la República de Colombia el día de la firma del presente Convenio.'

'..... ....'

"Para los efectos de este estudio, las normas que se acaban de transcribir pueden agruparse así: en primer lugar, las contenidas en los incisos 1º y 2º, que toman en consideración las mercancías provenientes de los Estados Unidos, frente a las de distinto origen —ya sea colombiano o de otro país—, para establecer que en ningún caso aquéllas sufrirán aquí un gravamen distinto o superior a los causados por éstas; en nada se refieren a los tributos establecidos o autorizados por las leyes vigentes, ni menos pretenden estabilizar sus actuales niveles. Y en segundo término se tiene la regla del inciso 4º, que se refiere exclusivamente a los artículos de los Estados Unidos, descritos en la lista I, adicional al Tratado, para disponer que no podrán elevarse los gravámenes departamentales o municipales *autorizados por las leyes vigentes* en Colombia el día de la firma del Convenio.

"Ahora bien: el Acuerdo 38 acusado distingue, en sus artículos 1º y 2º, los productos nacionales de los de procedencia extranjera, cualquiera que sea el país de origen, para gravar los últimos según una tarifa más alta que la aplicada a los primeros. Al Acuerdo no excluye de esta disposición los artículos provenientes de los Estados Unidos, de donde se sigue que por este aspecto es violatorio de la Ley 74 de 1936, como contrario a las normas del artículo III, incisos 1º y 2º, del Convenio Comercial que aquella Ley aprueba.

"La ilegalidad de los dos primeros artículos del Acuerdo acusado parece, pues, inevitable, aun aceptando, como acepto, que él no viola el inciso 4º del Tratado Comercial en referencia, si se tiene en cuenta, de una parte, el texto clarísimo de esta disposición, que habla de los gravámenes *autorizados* por las leyes y no de los que efectivamente estuvieran ya establecidos por Asambleas o Concejos; y de otra, la existencia de la Ley 99 de 1922, *vigente el día de la firma del Convenio,* cuyos límites de autorización a los Cabildos no han sido traspasados por el de Cúcuta en el acto querellado. Tal es también la interpretación que de la Ley 74 de 1936 hizo el honorable Consejo de Estado, en fallo de 30 de mayo de 1941.

"La ilegalidad de los demás artículos del Acuerdo 38 surge como consecuencia de la de los dos primeros, ya que aquéllos no son más que la reglamentación, que tiende a hacer efectiva la imposición fiscal consagrada en éstos, a darle un destino específico a su producto, etc.

"Finalmente, tampoco comparto el cargo de violación por parte del Acuerdo acusado del artículo 171 de la Ley 4ª de 1913, en sus numerales 4º y 9º, pero dada la anterior conclusión de ilegalidad parece inoficioso entrar a fundamentar este rechazo."

VI

Consideraciones jurídicas generales.

El impuesto sobre consumo de mercancías extranjeras es peculiar de muchos de los Municipios colombianos, que desde hace bastante tiempo lo incorporaron a su régimen fiscal, con base en la Ley 8ª de 1888, que en su artículo 4º dice:

> "Autorízase a las Asambleas Departamentales para que permitan a los Municipios respectivos establecer un derecho de consumo sobre las mercaderías extranjeras, el cual no podrá exceder de un peso cincuenta centavos ($ 1.50) por cada carga de ciento veinticinco (125) kilogramos. Exceptúanse de esta disposición aquellos Departamentos en que las mercaderías extranjeras estén ya gravadas o se graven con el derecho de pisadura, el cual tampoco podrá exceder de un peso cincuenta centavos ($ 1.50)."

El artículo 23 de la Ley 99 de 1922, sobre la misma materia, dice:

> "Para atender a los gastos de higiene municipal, los Concejos podrán gravar el consumo de las mercancías extranjeras que no estén gravadas por la Nación con el impuesto de consumo. Pero el gravamen no podrá exceder de $ 1.50 por cada carga o fardo de 75 kilogramos."

Todas estas disposiciones están elaboradas dentro de la orientación general del derecho fiscal colombiano, que, para evitar las dobles imposiciones, prohibe a los Concejos Municipales gravar objetos ya gravados por otras entidades administrativas, como el Estado y los Departamentos. Además, la aplicación concreta de los acuerdos municipales sobre la materia, y especialmente la liquidación de los impuestos, debe hacerse en forma global, teniendo en cuenta las disposiciones de carácter local, seccional y nacional.

En seguida se analizarán los diversos aspectos de la demanda, que considera violadas tres normas legales rigurosas.

Sección I: *Tratado Comercial Colombo-Americano.*

En el caso actual se trata, en el fondo, de que el Acuerdo municipal demandado, por defectos de técnica en su elaboración, no destaca ostensiblemente su sujeción a las normas incorporadas en el Tratado Comercial entre Colombia y los Estados Unidos. De conformidad con este Convenio existen al respecto tres normas fundamentales, a saber:

1ª Las mercancías de los Estados Unidos no pueden ser objeto de impuestos internos distintos o superiores a los que rijan para otras mercancías extranjeras. Se trata en el fondo de una modalidad de la cláusula de la nación más favorecida.

2ª Las mercancías de los Estados Unidos estarán libres de impuestos internos superiores o distintos a los que gravan los productos análogos de origen nacional. En otros términos: una vez pasada la Aduana la mercancía de Estados Unidos queda nacionalizada y en idénticas condiciones a las que rigen respecto de artículos análogos colombianos.

3ª Los gravámenes que pueden recaer sobre las mercancías estadinenses serán los existentes o autorizados por las leyes que estaban en vigencia en el momento de la firma del Tratado. En otros términos: las mercancías norteamericanas no pueden ser gravadas con impuestos de nueva creación.

De conformidad con las cláusulas transcritas, la aplicación de un impuesto previamente autorizado sobre el consumo de mercancías debe estar sujeto a la norma general del Tratado, según la cual los artículos estadinenses pagan la tarifa menor y están exonerados de los gravámenes de nueva creación. Si los impuestos para la mercancía nacional son superiores a los que rigen para la extranjera, los artículos norteamericanos pagarán lo mismo que esta última. Si los impuestos para la mercancía nacional son inferiores a los que rigen para la extranjera, los artículos de los Estados Unidos pagarán como si fueran colombianos.

Se trata, pues, de un régimen de excepción, que para su vigencia en los Municipios colombianos no requiere que sea repetido por los correspondientes acuerdos, aunque sería aconsejable como técnica que así se hiciera. Si el Acuerdo demandado mencionara expresamente las mercancías norteamericanas para aplicarles el impuesto, estaría en oposición flagrante con las normas del Tratado Comercial a que estas consideraciones se refieren. Pero no siendo así, el régimen de excepción que el Convenio Internacional establece no ha sido violado, puesto que sus cláusulas se imponen a los funcionarios de la Administración municipal en el momento de hacer la liquidación. Para el efecto, estos funcionarios deben tener en cuenta que en virtud de tratados vigentes la mercancía norteamericana se considera, para efectos del impuesto, como si fuese colombiana, tanto en el caso del artículo 1º del Acuerdo demandado como en el previsto en el artículo 2º Si así no se hiciese, tales liquidaciones serían ilegales.

Con relación a la aplicación del Tratado Comercial Colombo-Americano, el demandante suscita otro punto de menor importancia, relativo a la fecha del Convenio Internacional y a la expedición posterior del artículo demandado. Considera el actor que el susodicho Tratado exoneró a las mercancías norteamericanas de los nuevos impuestos que se pudieran crear. Acontece que de conformidad con el inciso 2º, artículo 1º, del Convenio, se dijo que no se les impondrían a los artículos americanos gravámenes "distintos o superiores a los establecidos *o mandados a imponer* por las leyes de la República de Colombia vigentes el día de la firma de este Convenio". El texto transcrito comprende todos los impuestos que en esa fecha estuvieran autorizados por leyes, aunque su organización y cobro no se hubiese organizado. El artículo 23 de la Ley 99 de 1922, antes transcrito, autorizó a los Concejos Municipales para gravar el consumo de mercancía extranjera que no esté gravada por la Nación, con un impuesto de consumo que no exceda de un peso con cincuenta centavos ($ 1.50) por cada carga o fardo de 75 kilogramos. Dentro de estos límites autorizados con anterioridad a la firma del Tratado con los Estados Unidos, los Municipios colombianos pueden organizar el impuesto, comoquiera que no se trata de la creación de un nuevo gravamen sino de la organización de los que estaban previstos en leyes preexistentes.

Sección II: *No gravamen del tránsito de las mercancías, y conclusiones finales.*

Por otra parte, se observa que el Acuerdo no grava el tránsito de los artículos de un Municipio a otro, puesto que tal operación de tráfico ha sido expresamente exonerada del impuesto por el artículo 5º del Acuerdo. En consecuencia, son infundadas las acusaciones que a este respecto se formulan en la demanda.

Habiendo sido examinadas todas las bases de la demanda, se concluye que el Tribunal Administrativo de la primera instancia falló correctamente al no acceder a las súplicas del actor. No obstante, conviene in-

sistir en que el Convenio Comercial Colombo-Americano se impone sobre el Acuerdo a que esta sentencia se refiere, y que, en consecuencia, las autoridades liquidadoras del impuesto deben tener en cuenta todas esas disposiciones para aplicárselas justamente a las mercancías de procedencia estadinense. Si así no se hiciere, tales liquidaciones quedarían viciadas de nulidad por contravenir normas legales de forzosa aplicación para encontrar la materia gravable y hallar el monto de la imposición. Con esta advertencia, el fallo de la primera instancia debe confirmarse.

VII

Fallo.

En virtud de las consideraciones que anteceden, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto fiscal, *confirma* la sentencia proferida por el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Cúcuta, con fecha 17 de abril de 1945, materia de esta apelación.

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

Gonzalo Gaitán, Tulio Enrique Tascón, Gabriel Carreño Mallarino, Gustavo A. Valbuena, Carlos Rivadeneira G., Guillermo Hernández Rodríguez, Jorge Lamus Girón.—Luis E. García V., Secretario.

Resoluciones ministeriales—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Guillermo Hernández Rodríguez).

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

El 21 de noviembre de 1944, el doctor León Cruz Santos, como apoderado de Arturo Trujillo T. y Arcadio Fedmann Zagovaloff, presentó tres demandas de nulidad contra varias resoluciones proferidas por el Ministerio de Minas y Petróleos, y referentes a las minas denominadas *El Yarumo, Opirama* y *La Providencia,* ubicadas en jurisdicción de los Municipios de Quinchía y Anserma, en el Departamento de Caldas.

Dos de tales demandas fueron repartidas en la Sala del Consejero ponente, y la tercera al entonces Consejero doctor Sepúlveda Mejía. Posteriormente, por medio de escrito presentado el 25 de noviembre de 1944, el apoderado solicitó la acumulación de las demandas, a fin de que se decidieran en una misma sentencia. La solicitud de acumulación fue tramitada como lo ordena el Código Judicial, y fue otorgada por auto de 27 de junio del año en curso. En consecuencia, los procesos fueron reunidos y sustanciados por el ponente.

Por último, se citó para sentencia, y como este auto se halla ejecutoriado, pasa a decidir el negocio.

I

Los actos acusados y las peticiones formuladas.

Las demandas se refieren a las siguientes Resoluciones del Ministerio de Minas y Petróleos:

La número 41 de 27 de enero de 1944; 53 de 1º de febrero de 1944; 52 de la misma fecha, y las números 289, 290 y 291 del mismo año de 1944, por medio de las cuales se negó la reposición de las tres primeras.

En todas estas Resoluciones ministeriales se ordena adelantar la titulación de las minas mencionadas, haciendo expresa exclusión de la superficie que afecte la zona que se considera como de la reserva nacional.

La nulidad de los actos administrativos nombrados se pidió, pues, por cuanto en ellos se hace excluir de la adjudicación de las minas denominadas *El Yarumo, La Providencia* y *Opirama,* "la superficie que afecte la zona reservada de que trata el artículo 1º de la Ley 13 de 1937".

En consecuencia, se solicitó que se adelantaran por el Ministerio las diligencias administrativas sobre adjudicación y explotación de las minas nombradas, de acuerdo con la petición formulada por los denunciantes y sin excluir parte alguna de la superficie indicada por éstos.

II

Hechos.

Los hechos básicos de las demandas instauradas por el doctor Cruz Santos pueden sintetizarse así:

1º El señor Tomás Medina P. pidió a la Gobernación del Departamento de Caldas amparo de posesión de la mina de oro denominada *El Yarumo*, ubicada a orillas del río Cauca, dentro de la jurisdicción del Municipio de Anserma;

2º La Gobernación, en Resolución de 6 de noviembre de 1942, decretó el amparo solicitado y ordenó la suspensión de las diligencias de adjudicación de las minas *La Providencia* y *Opirama*, entre otras, situadas también en jurisdicción del Municipio citado, y cuya adjudicación había sido solicitada por Arturo Trujillo y Arcadio Fedmann Zagovaloff, contra quienes dirigió Medina su acción de amparo de posesión de la mina *El Yarumo;*

3º De esta decisión apeló el señor Arturo Trujillo para ante el Ministerio de Minas y Petróleos, el cual revocó, por medio de las Resoluciones acusadas, las providencias de la Gobernación de Caldas, referentes a las minas citadas.

En las Resoluciones aludidas, el Ministerio considera que, como aparece del expediente las minas *Opirama* y *La Providecia* se hallan situadas sobre la márgen izquierda del río Cauca, esta circunstancia imponía, antes de examinar la prosperidad del amparo administrativo solicitado por Medina, dilucidar si el sector fluvial correspondiente es o nó navegable, por existir expresa prohibición legal de adjudicar las minas ubicadas en el cauce y riberas de los ríos navegables, y por tal motivo era de grande importancia determinar previamente si los yacimientos denunciados son o nó susceptibles de ser cedidos a los particulares por el Estado, en propiedad.

En las mismas providencias, el Ministerio, tomando como base un concepto por él emitido, concluyó que el río Cauca era navegable en el sector donde se hallan ubicados los yacimientos controvertidos, y, por consiguiente, expresó que las minas de que tratan sus Resoluciones no tenían la calidad de adjudicables, por lo menos en cuanto a la zona reservada a que se refiere el artículo 1º de la Ley 13 de 1937.

Por estas razones, y por considerar que la mina *El Yarumo*, para la cual el señor Medina demandó amparo, está situada también en la margen izquierda del río Cauca, teniendo como superficie la de un kilómetro, de lado, cuya base es el cauce del río, quedando, por tanto, comprendida dentro de la zona de reserva, y no pudiendo adelantarse diligencias de adjudicación de las minas *La Providencia* y *Opirama*, sobre la referida zona, creía el Ministerio inoficioso entrar a analizar si debía otorgarse o nó la protección administrativa pedida, y no la decidió en el fondo.

4º No afectando los intereses de los mandantes del doctor Cruz Santos la no decisión del amparo impetrado por Medina, sino favoreciéndolos, como anota el apoderado, las demandas no versan sobre esta parte de los actos acusados, sino que van a atacar las providencias administrativas en cuanto a la exclusión de la zona que se considera como de la reserva.

En síntesis: los actos administrativos acusados concuerdan en revocar la providencia que otorgó el amparo solicitado por Tomás Medina P. y ordenar que se continúen las diligencias de adjudicación de las minas, en las cuales son interesados los señores Trujillo y Fedman,

con la advertencia de que debe excluírse de su superficie la zona que considera el Ministerio como de la reserva nacional, al tenor del artículo 1º de la Ley 13 de 1937; todo con fundamento en los estudios adelantados por el Ministerio, según los cuales el río Cauca es navegable en la zona de ubicación de las minas.

III

Pruebas.

Durante el término de fijación del negocio en lista, el actor pidió que se librara despacho a la Dirección General de Navegación del Ministerio de Obras Públicas, para que esta entidad certificara si los Municipios de Quinchía y Anserma, del Departamento de Caldas, se hallan situados entre determinados kilómetros; si el río Cauca es o nó navegable entre los kilómetros 375 y 421 del Ferrocarril Troncal de Occidente; y si por estas circunstancias las minas que se encuentran a orillas del río Cauca, en jurisdicción de los Municipios citados, y entre los kilómetros antes nombrados, quedan o nó en sector navegable de dicho río.

El ponente, por auto de 26 de enero de 1945, decretó las pruebas y ordenó librar el correspondiente exhorto al Ministerio de Obras Públicas, con los insertos necesarios.

El exhorto se diligenció en la siguiente forma:

"Ministerio de Obras Públicas—Dirección General de Navegación—Bogotá, 14 de febrero de 1945.

"Como en la Dirección General de Navegación, dependiente de este Despacho, no se tienen los datos solicitados en el exhorto anterior, y de acuerdo con lo que dispone el Decreto 836 de 1938 corresponde al Ministerio de Minas y Petróleos determinar y localizar los trayectos navegables de los ríos del país, para efecto de la explotación de minas existentes en los lechos y riberas de ellos, devuélvase a la oficina de origen."

Las pruebas acompañadas a la demanda consisten en copias de la actuación administrativa, ejemplares del *Diario Oficial* donde aparece la notificación de los actos acusados, y en certificados expedidos por el Ministerio de Obras Públicas, que son del siguiente tenor:

"Ministerio de Obras Públicas—Dirección General de Navegación.

"El suscrito Secretario General del Ministerio de Obras Públicas, a solicitud del doctor Carlos García Herreros O., en memorial sin fecha recibido en el Ministerio el día 10 de febrero del año en curso, *certifica:*

"1º Que el trayecto del cauce del río Cauca, de 6.000 metros de longitud, comprendidos entre los kilómetros cuatrocientos veintiuno (421) y cuatrocientos veintisiete (427), del Ferrocarril Troncal de Occidente, contados a partir del puerto de Buenaventura, y dentro de la reserva nacional, situada en la margen izquierda del propio río, comprendida desde el mismo punto inicial hasta uno situado cuatro mil ochocientos setenta (4.870) metros aguas abajo, medidos por dicha margen izquierda, extensión que se encuentra ubicada en jurisdicción del Municipio de Anserma, Departamento de Caldas, *no es navegable*, por co-

nocimiento pleno que tiene la Oficina Fluvial del Alto Cauca, por razones que más adelante se dan a conocer.

"2º Que tal porción ya determinada no puede considerarse navegable conforme lo prescrito por el artículo 2º de la Ley 13 de 1937, porque en ese lugar no hay trayecto fluvial no menor de quince (15) kilómetros, que de manera efectiva y en ambos sentidos sirva o pueda servir habitualmente de vía de comunicación con embarcaciones de tracción mecánica.

"3º Que dentro de la porción determinada en el primer punto no se encuentran zonas que puedan considerarse navegables porque el río Cauca sólo ha podido ser navegable en tiempos normales hasta el puerto del Aserrío, situado en el kilómetro trescientos setenta y cinco (375) del Ferrocarril Troncal de Occidente.

"4º Que el trayecto del río Cauca comprendido desde el kilómetro cuatrocientos veintiuno (421) del Ferrocarril Troncal de Occidente, aguas arriba, hasta el puerto de La Virginia (Caldas), es navegable desde este puerto (kilómetro trescientos setenta (370), hasta el del Aserrío, kilómetro trescientos setenta y cinco (375), de acuerdo con el Decreto número 588 de 1912, que no limita la extensión navegable, y que dice:

'Entiéndese por río navegable, para los efectos legales, todo trayecto fluvial por donde puedan remontar embarcaciones de cualquier clase y porte, de propulsores movidos por fuerza mecánica y de cincuenta toneladas o más de desplazamiento.'

"5º Que el trayecto expresado en el numeral anterior no es navegable conforme al artículo 2º de la Ley 13 de 1937 transcrito, porque sólo tiene cinco kilómetros de extensión, o sea la parte comprendida entre el kilómetro trescientos setenta (370) y el kilómetro trescientos setenta y cinco (375), del Ferrocarril Troncal de Occidente, no pudiendo avanzar la parte navegable porque de este último punto en adelante las aguas del río Cauca se precipitan con fuerza impetuosa que hace imposible la navegación de cualquier clase de embarcaciones hasta muchos kilómetros abajo del kilómetro cuatrocientos veintisiete (427) del Ferrocarril Troncal de Occidente.

"Se expide en Bogotá, a los veinticuatro días del mes de febrero de mil novecientos cuarenta y uno.

"Por el Ministro, el Secretario,

"(Firmado), *Mario Forero Cortés*

"Es fiel copia.

"(Firmado), *William Cock.*"

IV

Vista fiscal.

El señor Agente del Ministerio Público opina se nieguen las súplicas de la demanda, y al efecto expone algunas de las razones alegadas por el Ministerio, de las que se hablará adelante, y prohija la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado, en fallo de fecha 31 de octubre de 1939, de la cual, igualmente, se ocupará el presente fallo.

V

Tesis del Ministerio de Minas y Petróleos sobre la navegabilidad del río Cauca.

El Consejo considera necesario hacer un resumen de los argumentos expuestos por el Ministerio, para luégo sintetizar los fundamentos jurídicos de la acusación y dictar el fallo correspondiente, teniendo en cuenta las pruebas aducidas y el derecho invocado.

El antecedente de los actos administrativos bajo estudio, que vino a determinar la Resolución que afectó los intereses de los actores, está expresado en la siguiente consideración:

> "Primero. Aparece de las constancias procesales que la mina *La Providencia* se halla situada sobre la margen izquierda del río Cauca. Esta circunstancia obliga a establecer, antes de examinar la procedencia y prosperidad del amparo administrativo, si el sector fluvial correspondiente es o nó navegable, de conformidad con la definición que sobre el particular consagra el artículo 2º de la Ley 13 de 1937. Porque existiendo expresa prohibición legal de adjudicar las minas ubicadas en el cauce y riberas de los ríos navegables, bien se comprende la importancia de determinar previamente si el yacimiento denunciado es o nó susceptible de ser cedido a los particulares, en propiedad, por el Estado."

En seguida expresa el Ministerio:

> "Segundo. El Decreto 836 de 1938, orgánico y reglamentario del censo de la propiedad minera, facultó al Ministerio del ramo para que, sobre la base de la aludida definición, procediera a determinar y localizar los trayectos navegables de los ríos del país. Así, pues, en virtud de ese Decreto es este Despacho la entidad administrativa a quien privativamente corresponde calificar la navegabilidad de los ríos en relación con estas cuestiones mineras. Por ello, el artículo 51 del mencionado estatuto ordena a los Gobernadores, Intendentes y Comisarios Especiales que antes de expedir el título de una mina situada en el cauce o riberas de un río, oigan el dictamen del Ministerio acerca de la navegabilidad de aquél. Es cierto que, según el procedimiento al efecto establecido, el Ministerio actúa en virtud del exhorto que aquellos funcionarios deben dirigirle. Pero en caso de que éstos no den cumplimiento al precepto citado, no es discutible que si las diligencias llegan a su conocimiento, no por medio del conducto regular indicado sino en virtud del otorgamiento de un recurso de apelación, pueda el Ministerio hacer uso de las atribuciones que en la materia confiere el Decreto."

Y sentado lo anterior, el Ministerio concluye que el río Cauca es navegable, en los siguientes términos:

> "Ahora bien: en concepto fechado el 24 de enero último, que este Despacho acoge, la Sección de Servicio Técnico del Ministerio informa que:
>
> 'La mina de aluvión denominada *Providencia,* situada en el Municipio de Anserma, del Departamento de Caldas, según los linderos que se establecen en el denuncio, esta mina comprende una extensión de 5 kilómetros por la margen izquierda del río Cauca, partiendo de la confluencia del río Opirama; aquí

aguas arriba, y 2 kilómetros de su ribera hacia el interior; de suerte que el rectángulo de 2 kilómetros de base por 5 de altura afecta la reserva nacional establecida por la Ley 13 de 1937 en 5 kilómetros de extensión por 1 de lado. El río Cauca en este sector se considera como navegable, al tenor de informaciones de esta Sección, en referencia con propuestas de contrato para la explotación de metales preciosos en su cauce y riberas aceptadas por el Ministerio, teniendo en cuenta la definición de navegabilidad que trae el artículo 2º de la Ley 13 de 1937.

"Establecida la navegabilidad del río Cauca en el sector de que se trata, aparece que los yacimientos aluviales de metales preciosos ubicados en sus riberas y en una extensión de un kilómetro a cada lado del cauce normal del río, no tienen la calidad de adjudicables. En tal virtud, e independientemente de cualquier otra consideración, debe concluirse que la mina *La Providencia* no podrá adjudicarse sobre la totalidad del área denunciada, sino que para tales efectos será necesario hacer exclusión de la zona reservada a que se refiere el artículo 1º de la Ley 13 de 1937."

Este concepto se reafirmó y se amplió en las providencias que negaron la reposición, en la siguiente forma:

"Segundo. Afirma el memorialista que el concepto del Servicio Técnico del Ministerio, de que el río Cauca es navegable en el sector correspondiente a la mina *La Providencia,* no tiene fundamento distinto de las comprobaciones que en relación con este hecho se acompañaron a propuestas formuladas ante el Ministerio para contratar la explotación de ese mismo sector. Y que en tal virtud no puede ser definitiva la apreciación que hace el Ministerio, toda vez que dichas propuestas están sometidas a la contingencia de que se les presenten oposiciones por quienes tengan interés en demostrar la no navegabilidad del río.

"Ciertamente, el referido concepto adolece, en su redacción, de alguna vaguedad o imprecisión, que permite, a primera vista, concluir que el aserto que en él se hace, de ser navegable el río Cauca en el trayecto de que se trata, descansa en las informaciones o pruebas traídas con dichas propuestas. Sin embargo, de un atento examen del concepto se desprende que las informaciones a que éste alude no son las acompañadas a las propuestas sino las que ha obtenido esa dependencia, directamente, en el estudio que ha realizado sobre la navegabilidad de dicho río. Es decir, que para la aceptación de las propuestas se tuvo en cuenta la opinión que sobre el particular tenía ya formada esa oficina, de conformidad con los datos de que disponía, y con la definición que de río navegable consagra el artículo 2º de la Ley 13 de 1937.

"Y si alguna duda quedare de ser éste el exacto sentido del mencionado concepto, sería suficiente para disiparla la transcripción que se hace de un nuevo informe que sobre el punto debatido ha rendido la Sección Séptima del Ministerio, que reemplazó a la antigua de Servicio Técnico:

'En atención al auto anterior, esta oficina informa sobre la navegabilidad del río Cauca, en su recorrido por el Departamento de Caldas, teniendo en cuenta la definición dada por la Ley 13 de 1937.

'El artículo 2º de dicha Ley dice:

«Se entiende por río navegable, para los efectos de esta Ley, todo trayecto fluvial no menor de quince kilómetros, que de manera efectiva y en ambos sentidos sirva o pueda servir habitualmente de vía de comunicación con embarcaciones de tracción mecánica».

'El interesado en el presente negocio, con el fin de demostrar que el río Cauca, en la región afecta al asunto no es navegable, copia algunos apartes de lo dicho en repetidas ocasiones por el honorable Consejo de Estado. Aprovechando esta cita, cuya doctrina ha sido siempre acatada y sostenida por el Ministerio, resta sólo saber si para los efectos de la Ley 13 de 1937 el río Cauca, dentro del Departamento de Caldas, y ajustado en un todo a la acertada jurisprudencia del Consejo de Estado, es o nó navegable con embarcaciones de tracción mecánica.

'Veamos qué se entiende por navegación con embarcaciones de tracción mecánica: en la navegación, así como en el transporte terrestre, podemos distinguir la tracción y el impulso humanos, animal y de motor o mecánica. Dentro de un concepto demasiado estrecho bien se pudiera decir que la tracción humana en una canoa o potrillo movido por hombres, la palanca y remo empleado —como que son el elemento de la mecánica— pudiera considerarse como mecánica misma, pero la tracción en ningún caso sería mecánica, es decir, la fuerza de empuje o de tracción sería humana.

'De lo dicho se desprende que para que un río sea considerado navegable —para los efectos de la Ley 13 de 1937— es necesario que por él se muevan o puedan moverse en trayectos no inferiores a quince kilómetros embarcaciones a motor de cualquier clase o tipo.

'El río Cauca, dentro del Departamento de Caldas, no se utiliza actualmente para la navegación. Pero, muy seguramente, con el transcurso de algunos años, con factores comerciales o económicos distintos, y el desarrollo del país así lo exija, la navegación por dicho río será establecida de manera uniforme desde el Departamento del Cauca hasta donde rinde sus aguas al Magdalena.

'Lo dicho no es una afirmación sin fundamento. La cuenca del río Cauca en el trayecto dicho tiene suficiente profundidad; su caudal de aguas permite la flotación, no ya de una embarcación a motor cualquiera —que es lo que exige la Ley 13—, sino de embarcaciones de regular calado; y las piedras que presenta, al igual que los estrechamientos del cauce normal, no constituyen de manera alguna obstáculos insalvables.

'Con este criterio se hizo el estudio del río Cauca en el Departamento de Caldas, habiéndose concluido de manera definitiva que para los efectos de la mencionada Ley aquél sí es navegable. El suscrito tiene conocimiento que en más de una ocasión se ha comunicado a la Gobernación de Caldas que el Ministerio considera navegable el río Cauca en su recorrido por el Departamento.

'Creo conveniente dejar constancia de que hasta la fecha a este Ministerio no le ha sido posible determinar y localizar todos los trayectos navegables de los ríos del país, pese al concurso

que en este particular le ha prestado el Ministerio de Obras Públicas, con el suministro de los datos que posee sobre el levantamiento de varias cuencas hidrográficas. Esta labor es larga y costosa, y solamente de manera paulatina la podemos realizar con los medios de que disponemos'."

Por último, se agregó esta consideración:

"Tercero. Contra la determinación del Ministerio, de ser navegable el río Cauca en el trayecto en referencia, adoptada en ejercicio de las autorizaciones de que lo inviste el Decreto 836 de 1938, el recurrente se limita a sostener que la impetuosidad de la corriente y su enorme caudal de aguas oponen obstáculos insalvables a cualquier sistema o forma de navegación que se pretenda. Como es natural, a este reparo, que no tiene fundamento distinto de la simple afirmación del recurrente, no puede dársele virtualidad para destruir el dictamen de los organismos técnicos del Ministerio, cuya pericia y conocimientos en la materia lógicamente deben suponerse.

Y sin que valga alegar que obran en autos declaraciones de testigos que corroboran la afirmación del memorialista, porque ya se dijo en la providencia reclamada, este medio de prueba carece en absoluto de eficacia legal para acreditar, en negocios relativos a la adjudicación de minas, el hecho de que un determinado sector fluvial no sea navegable, por estar atribuída privativamente la calificación de esta circunstancia al Ministerio del ramo. Por otra parte, aun partiendo del supuesto de la idoneidad probatoria del testimonio en estos casos, esas declaraciones no tendrían fuerza ninguna, pues quienes las hacen se limitan a negar al río Cauca la calidad de navegable, sin apoyar su negativa en la afirmación de hechos positivos de los cuales pueda aquélla deducirse, contrariando así el principio fundamental que en materia de pruebas establece el artículo 595 del Código de Procedimiento Civil."

Sobre el aspecto del amparo administrativo de la mina *El Yarumo* no se entró a decidir, precisamente por la consideración fundamental de quedar dicha mina dentro de la zona reservada, y no poderse, por lo mismo, obtener en adjudicación.

Es claro que todo el razonamiento del Ministerio quedaría desvirtuado con pruebas suficientes que demuestren la no navegabilidad del río Cauca en el sector en referencia, entendiendo el río navegable tal como lo define el artículo 2º de la Ley 13 de 1937, que luégo examinaremos.

VI

Derecho.

El demandante no cita de manera expresa las disposiciones legales en que se funda, y por este aspecto la demanda adolece de esta deficiencia en su confección. Sin embargo, de su atenta lectura resulta que se apoya en las disposiciones legales relacionadas con la adjudicación de minas en los lechos de los ríos navegables, las que definen el concepto de "navegabilidad" y las que atribuyen al Ministerio la facultad de determinar los ríos navegables, cuyo alcance estudiará el Consejo en el punto VIII del fallo.

VII

Fundamentos de la demanda.

Los fundamentos jurídicos de la demanda pueden sintetizarse así:

Que la adjudicación de las minas a sus representados debe hacerse en toda la extensión indicada en los denuncios respectivos, porque no se afectan, como lo dice el Ministerio, zonas pertenecientes a la reserva nacional.

El concepto del Ministerio de Minas y Petróleos sobre la "navegabilidad" del río Cauca, en el Departamento de Caldas, pretende desvirtuarlo el demandante con la certificación expedida por la Dirección General de Navegación del Ministerio de Obras Públicas, certificación cuyo texto se transcribió en el aparte III —*Pruebas*— de esta sentencia. Al efecto, se expresa así la demanda:

> "Existe, pues, una contradicción palmaria entre la opinión del Ministerio de Minas y Petróleos y el concepto técnico de la Dirección General de Navegación del Ministerio de Obras Públicas, en esto de la *navegabilidad* del río Cauca en el Departamento de Caldas; contradicción proveniente de la apreciación de los hechos y del criterio para aplicar el artículo 2º de la Ley 13 de 1937.
>
> "Para el primero de tales Despachos Ejecutivos, las rocas y piedras del lecho del río y 'los estrechamientos del cauce normal' no son obstáculos insalvables para la navegación; para el segundo de esos Despachos, la fuerza impetuosa con que se precipitan las aguas del mismo río en esa región, es lo que hace *'imposible la navegación de cualquier clase de embarcaciones'*.
>
> "Se dirá, en apoyo de aquella opinión, que ampliando el cauce del río Cauca y eliminando rocas y piedras de su fondo y orillas se conseguiría que las aguas no se precipitaran impetuosas y permitieran navegar.
>
> "Pero, ¿es practicable, en determinada época, la gigantesca obra de enmendar la forma como la naturaleza constituyó el cauce y el fondo del río Cauca, entre las montañas de Caldas y de Antioquia?
>
> Si teóricamente y científicamente es concebible esto, es innegable que existen tropiezos de orden práctico que hacen que el empeño en tan colosal empresa sea para Colombia una aspiración irrealizable en muchos lustros. Y no es razonable suponer que cuando el legislador, en su sabiduría, define como río navegable 'todo trayecto fluvial no menor de quince kilómetros que de manera efectiva y en ambos sentidos *sirva o pueda servir* habitualmente de vía de comunicación con embarcaciones de tracción mecánica', quiera decir que basta que teórica y científicamente sea *posible* demostrar que una determinada corriente de agua se presta para navegar, mediante la construcción de grandes obras que la modifiquen sustancialmente en su conformación natural y en una época remota, para que legalmente pueda tenerse como 'río *navegable*'.
>
> "Porque si tal fuera la interpretación del pensamiento del legislador, habría que concluir que *todos los ríos y todos los arroyos* que surcan el territorio nacional son *'navegables'* en Colombia, pues no existiría uno solo en que, profundizando su fondo, ampliando su cauce y construyendo presas o muros de contención a través de él, etc., no quede con un lecho suficientemente profundo para contener un caudal de aguas que permita

la flotación de cualquier clase de embarcaciones de tracción mecánica, que es la interpretación que al artículo 2º de la Ley 13 de 1937 le da el Ministerio de Minas y Petróleos, en su afán de abstenerse de adjudicar en propiedad minas a los particulares, cuando éstas se encuentran ubicadas a las orillas de los ríos, para obtener su explotación por medio de contratos con el Estado, considerando que ellas pertenecen a la reserva nacional. Si este criterio antijurídico hubiera de prevalecer, sobra advertir al honorable Consejo de Estado que serían innúmeras las minas que no podrían adquirirse por particulares, por la sola circunstancia de encontrarse situadas a las orillas de ríos que, no siendo navegables, *podrían serlo algún día*....

"Es decir, el Ministerio de Minas y Petróleos piensa que en la definición que de 'ríos navegables' da la Ley 13 citada, quedan comprendidos no sólo los que no lo son *naturalmente*, sino los que *artificialmente* puedan convertirse en tales en cualquier época, a pesar de que la calidad de 'navegables' no sea la propiedad característica de ellos en la actualidad."

Los demás cargos del libelo se estudiarán, en conjunto, en seguida:

VIII

Consideraciones del Consejo.

Ante todo, el Consejo estima necesario dejar sentado que, conforme a los principios generales del Derecho Administrativo, y de acuerdo con la jurisprudencia invariable de la corporación, la legalidad de los actos administrativos se presume mientras no se pruebe lo contrario, pues de no ser así, los actos emanados de la Administración no podrían aplicarse hasta tanto que los Tribunales no se hubieran pronunciado de manera expresa sobre su legalidad, lo que traería por consecuencia la absoluta inestabilidad del orden jurídico.

Este principio, en la práctica, se traduce en la obligación en que está el demandante de señalar precisamente "los hechos u omisiones fundamentales de la acción" y "la expresión de las disposiciones que se estiman violadas, y el concepto de la violación", de acuerdo con los ordinales 3º y 4º del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Y cuando los fundamentos de la acusación no se refieran simplemente a puntos de derecho, sino que envuelvan la comprobación de ***hechos***, corresponde a quien ocurre a la jurisdicción administrativa suministrar las pruebas en que funde sus pretensiones.

Estos principios generales tienen perfecta aplicación al caso en estudio.

En efecto: el Consejo se encuentra ante la siguiente situación:

Conforme a lo dispuesto por el Decreto 836 de 1938, corresponde privativamente al Ministerio de Minas y Petróleos determinar y localizar, para efectos mineros, los trayectos navegables de los ríos del país.

Dicha función la consagra de modo expreso el artículo 41 del Decreto 836, que dice:

"Dentro del año siguiente a la fecha de la vigencia de este Decreto, la Dirección General de Minas del Ministerio de Industrias y Trabajo, con el concurso de la Dirección General de Navegación del Ministerio de Obras Públicas, procederá a determinar y localizar los trayectos navegables de los ríos del país, teniendo en cuenta la definición que al respecto contiene

el artículo 2º de la Ley 13 de 1937, y a levantar el croquis de los mismos.

"Si el Ministerio de Obras Públicas dispusiere de planos o croquis de algunos ríos navegables, copias de tales planos o croquis se entregarán a la Dirección General de Minas, y el trabajo de que trata el inciso anterior se reducirá a completarlos, de acuerdo con la definición que para los efectos de la reserva minera establece la disposición citada."

Es cierto que en esta disposición se habla del "concurso de la Dirección General de Navegación del Ministerio de Obras Públicas", pero la colaboración de esta entidad debe entenderse como una ayuda o un aporte de carácter técnico, que no puede limitar la función señalada al Departamento de Minas. Y así lo ha reconocido la misma Dirección de Navegación cuando al diligenciar el exhorto de pruebas contestó, como antes se dijo, que *"corresponde al Ministerio de Minas y Petróleos determinar y localizar los trayectos navegables de los ríos del país, para efecto de la explotación de minas existentes en los lechos y riberas de ellos"*.

Y así, el Ministerio de Minas y Petróleos, en ejercicio de la facultad otorgada, ha determinado, siguiendo el concepto del Servicio Técnico y de la Sección Séptima, que reemplazó dicho Servicio, que el río Cauca *es navegable* en la zona en litigio; este dictamen de los organismos especiales del Ministerio, cuya pericia y acierto debe suponerse, no puede infirmarse con la simple manifestación, más o menos argumentada, del recurrente, sino que a él deben oponerse pruebas emanadas también de personas expertas en la materia, que haciendo, con las formalidades legales, un examen a fondo del asunto, puedan demostrar que el concepto del Ministerio es equivocado.

Es cierto que a los autos se trajo un certificado de la Dirección General de Navegación, que también fue transcrito, expedido en copia, de original sin fecha, pero este certificado, por sí solo no es suficiente, en concepto del Consejo, para establecer la *no navegabilidad* del río Cauca, porque, como ya se vio, no es a esta entidad a la cual ha sido encomendada por las disposiciones legales la determinación de los trayectos navegables de los ríos para cuestiones mineras, y porque en el término de pruebas este mismo organismo no ratificó su concepto sino que se remitió al Despacho de Minas y Petróleos sobre este particular.

IX

Sinopsis.

En el fondo, se trata de dirimir en esta controversia cuál es el alcance de los artículos 1º y 2º de la Ley 13 de 1937, por la cual se dictan unas disposiciones sobre minas. Dichos artículos 1º y 2º, en sus incisos pertinentes, dicen así:

"Artículo 1º La Nación se reserva la propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en las riberas de los ríos navegables, y en una extensión de un kilómetro a cada lado del cauce normal del respectivo río. La explotación de estas minas se llevará a cabo en conjunto con el lecho del río, o separadamente, por medio de contratos celebrados con el Gobierno, que serán sometidos a la aprobación del Consejo de Ministros y a la ulterior revisión del Consejo de Estado.

"Es entendido que esta disposición deja a salvo los derechos adquiridos conforme a las leyes.

"Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo no se opone al ejercicio de la industria popular conocida con el nombre de *mazamorreo* o lavadero de pobres que el Gobierno garantizará en todo momento. También se tolerará el laboreo en pequeño de las minas reservadas, mientras no hayan sido contratadas.

"Artículo 2º Se entiende por río navegable, para los efectos de esta Ley, todo trayecto fluvial no menor de quince kilómetros, que de manera efectiva y en ambos sentidos sirva o pueda servir habitualmente de vía de comunicación con embarcaciones de tracción mecánica."

El examen de la Ley y sus antecedentes demuestra que el legislador colombiano estableció dos conceptos de navegabilidad con relación a los ríos, ya se trate de organizar el transporte a grande escala o simplemente de determinar la reserva nacional de las minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en las riberas de los ríos. El concepto técnico de navegabilidad para efectos del transporte fluvial no tiene relación técnica con el concepto de navegabilidad para determinar la zona minera de propiedad nacional. El legislador quiso reservar para la Nación la propiedad de las minas de aluvión situadas en una extensión perpendicular de un kilómetro a cada lado del cauce normal de las corrientes de agua. Pero con el propósito de no comprender las pequeñas corrientes y riachuelos, la ley señaló un criterio de navegabilidad a fin de establecer una distinción en materia de minas y en materia de transporte fluvial comercial por río navegable. En relación con minas de aluvión, río navegable es todo trayecto fluvial no menor de quince kilómetros, que de manera efectiva y en ambos sentidos sirva o pueda servir habitualmente de vía de comunicación con embarcaciones de tracción mecánica. Este criterio de tracción mecánica es de carácter general, y comprende, por lo tanto, todo aparato generador de fuerza para impulsar cualquier clase de embarcación. Las lanchas de gasolina o movidas por cualquier otra clase de motor están comprendidas en este concepto de embarcaciones de tracción mecánica. En virtud de estas consideraciones, el Consejo estima que uno es el criterio técnico que debe aplicar el Ministerio de Obras Públicas para determinar los ríos navegables del país, con miras a establecer un servicio de transporte en escala importante, y otro el criterio que impera en asuntos mineros, para determinar cuáles son los ríos a cuyas márgenes existe, por imperio de la ley, una propiedad nacional de las minas de aluvión de metales preciosos.

X

Decisión.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el parecer fiscal, *resuelve:*

No declarar nulas las Resoluciones del Ministerio de Minas y Petróleos a que se refieren las demandas presentadas por el doctor León Cruz Santos a nombre de sus poderdantes.

Notifíquese. cópiese y archívese el expediente.

Gonzalo Gaitán, Guillermo Hernández Rodríguez, Tulio Enrique Tascón, Carlos Rivadeneira G., Jorge Lamus Girón, Gabriel Carreño Mallarino, Gustavo A. Valbuena.—Luis E. García V., Secretario.

Suspensiones provisionales

(Consejero ponente, doctor Guillermo Hernández Rodríguez).

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

El señor Gobernador del Departamento de Santander, en representación de ese Departamento, conforme a lo dispuesto en la reforma constitucional de 1945, artículo 192, solicitó del Tribunal Administrativo de Santander la suspensión provisional de la Ordenanza número 96 de 1944, sancionada con fecha 11 de julio de 1945, y contra la cual inició el mismo funcionario la acción de nulidad.

Contra el respectivo proveído del Tribunal Administrativo de Santander, de fecha 15 de octubre de 1945, por el cual se negó la suspensión provisional, interpuso el señor Fiscal el recurso de apelación, el que, concedido, corresponde ahora al Consejo de Estado entrar a resolverlo.

I

Fundamentos de hecho.

1º La honorable Asamblea de Santander, por medio de la Ordenanza número 47 de 1941, condonó al señor Ciro Antonio García la suma de tres mil doscientos sesenta y cuatro pesos con setenta y tres centavos ($ 3.264,73), valor del alcance a su cargo y a favor del Departamento, según autos de fenecimiento definitivos dictados en última instancia por la Gobernación de Santander (Secretaría de Hacienda).

2º Esta Ordenanza fue objetada por la Gobernación, y las objeciones fueron declaradas infundadas por la Asamblea, por lo que hubo de impartirse la sanción ejecutiva.

3º El señor Campo E. Morales, a nombre propio, demandó la nulidad de la precitada Ordenanza, la que fue decretada por el Tribunal Administrativo de Santander y confirmada por el honorable Consejo de Estado.

4º Por Ordenanza número 96 de 1944, la honorable Asamblea de Santander condonó nuevamente la citada suma de $ 3.264.73 al señor Ciro Antonio García, condonación que fue, nuevamente, objetada por la Gobernación, la que hubo de impartirle la sanción ejecutiva por haber sido declaradas infundadas las objeciones por la honorable Asamblea.

5º El Gobernador considera como razones fundamentales para la acción de nulidad las siguientes:

> "a) La de que el auto de 5 de diciembre de 1940, proferido por la Gobernación, sobre las cuentas de la Colecturía de Hacienda de la Provincia de Galán, relativas a diciembre de 1932 y diciembre de 1933, que estuvieron a cargo del señor Ciro Antonio García, se apoyó en meditada y amplia liquidación de las partidas que en pro y en contra de dicho señor García se tomaron de los registros de contabilidad para reformar, como en

efecto se hizo, el auto número 67 de 30 de diciembre de 1937, de la Contraloría Departamental, y, de consiguiente, la condonación decretada por segunda vez no contempla, como tampoco contempló la primera, los graves motivos de justicia señalados en los artículos 97, ordinal 33, de la Ley 4ª de 1913, y 1º de la Ley 94 de 1928;

"b) La de que la suma condonada proviene de valores que el responsable señor García no remesó a las oficinas superiores de manejo;

"c) La de que el propio responsable, previa consulta de sus documentos y de sus libros, hizo la reunión de todos los ingresos y egresos ocurridos en el lapso de julio de 1931 a diciembre de 1933, y liquidó y reconoció explícitamente un alcance a su cargo por $ 5.005.56, que la Gobernación situó en $ 3.264.73 al hacer el estudio definitivo del juicio;

"d) La de que el proyecto de ordenanza de 1944, sancionado en 1945 por insistencia de la honorable Asamblea, conserva la esencia de la Ordenanza número 47 de 1941, y, en consecuencia, le estaba vedado a la Asamblea, por la Ley 45 de 1931, volver a ocuparse de la condonación, puesto que antes habían recaído sobre ella dos sentencias de nulidad: la de ese honorable Tribunal, de fecha 12 de febrero, y la del Consejo de Estado, de 14 de octubre de 1943, en su orden;

"e) La de que la honorable Asamblea, al declarar infundadas las objeciones hechas al último proyecto sobre la materia, el de 1944, lo hizo sin la previa exposición de motivos que era del caso hacer para destruir los argumentos de las objeciones;

"f) La de que los conceptos emitidos por el Contralor Departamental y por el Secretario de Hacienda, de fechas 3 y 6 de junio de 1944, respectivamente, fueron francamente adversos a la condonación."

II

La Ordenanza acusada.

"ORDENANZA NUMERO 96 DE 1944

(Sancionada el 11 de julio de 1945), por la cual se hace una condonación.

"La Asamblea de Santander

"CONSIDERANDO:

"Que el señor Ciro Antonio García elevó solicitud para que le sea condonado el alcance que le dedujo la Gobernación del Departamento por auto de cinco de diciembre de mil novecientos cuarenta, que revocó el auto de fenecimiento de segunda instancia, número 67, proferido el 30 de diciembre de 1937, y que a su vez revocaba el fenecimiento número 33 de 15 de marzo de 1934, y se modificaba el auto número 303 de 22 de junio de 1935, autos estos últimos que fueron dictados por la Gerencia de Rentas sobre cuentas de la Colecturía de Rentas de la Provincia de Galán, relativas a diciembre de 1932 y diciembre de 1933, de que es responsable el señor Ciro Antonio García;

"Que el señor García ha allegado a la documentación los autos de la Contraloría y de la Gobernación, auto este último en el que consta la causa de la deuda;

"Que el mismo señor García, por intermedio de la Secretaria de Hacienda, llenó los requisitos de que trata la Ordenanza sobre condonaciones, tales como el concepto de la Contraloria Departamental y de la Secretaría de Hacienda, y las pruebas sobre la justicia de esta condonación;

"Que con la presentación de los documentos acabados de expresar quedan satisfechos los requisitos cuya ausencia anterior motivo la nulidad de la Ordenanza por la cual ya se había hecho esta condonación,

"ORDENA:

"Artículo 1º Condónase al señor Ciro Antonio García o a sus herederos, la cantidad de tres mil doscientos sesenta y cuatro pesos con setenta y tres centavos ($ 3.264.73), suma que le fue elevada a alcance por el auto de la Gobernación, de fecha cinco de diciembre de mil novecientos cuarenta, que revocó el auto de segunda instancia de la Contraloría Departamental, número 37, y proferido el 30 de diciembre de 1937, y a que se refiere el punto primero de los considerandos que se hacen.

"Artículo 2º Una vez promulgada esta Ordenanza, la Secretaría de Hacienda ordenará al Juez de Ejecuciones Fiscales la cesación del juicio ejecutivo que allí se adelanta contra el señor García o sus herederos, por concepto del alcance que por esta Ordenanza se le condona.

"Artículo 3º Esta Ordenanza regirá desde su promulgación.

"Expedida en Bucaramanga a catorce de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro."

III

Disposiciones violadas.

El Gobernador considera que fueron violadas las siguientes:

1ª Artículo 103 de la Ley 4ª de 1913, que fija el término de que dispone el Gobernador para devolver con objeciones cualquier proyecto, y que establece que si la Asamblea entrare en receso dentro de esos términos, el Gobernador debe publicar el proyecto sancionado u objetado, dentro de los seis días siguientes a la clausura de la Asamblea;

2ª Artículo 97 de la Ley 4ª de 1913, ordinal 33, que dice:

"Son funciones de las Asambleas:

"..... ....

"33. Condonar las deudas a favor del Tesoro Departamental, total o parcialmente. Esto no podrá hacerse sino por graves motivos de justicia."

3ª Artículo 1º, Ley 94 de 1928:

"Sólo por graves motivos de justicia, podrán condonarse deudas declaradas a favor del Tesoro Nacional, Departamental o Municipal";

4ª Artículo 1º, Ley 45 de 1931:

"Las ordenanzas u otros actos de las Asambleas Departamentales anulados definitivamente por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, en el concepto de ser contrarios a la

Constitución o a las leyes, o lesivos de derechos civiles, no podrán ser reproducidos por aquellas corporaciones si conservan la esencia de las mismas disposiciones anuladas, a menos que una disposición legal posterior a la sentencia autorice expresamente a la Asamblea para ocuparse en tales asuntos.

"Parágrafo. Las ordenanzas y demás actos que se expidan en contravención a esta disposición son nulos. Los Gobernadores objetarán los proyectos de ordenanza que se encuentren en este caso, y estas objeciones sólo podrán ser declaradas infundadas por la mayoría absoluta de los votos de los Diputados."

IV

Auto de primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Santander hace un breve análisis de las disposiciones legales que el demandante considera violadas, para concluír que "no aparece manifiesto el concepto de violación, y, por tanto, la suspensión provisional no es procedente".

Analiza primero la Ley 4ª de 1913, artículo 103, que el Gobernador considera violado "en cuanto no autoriza a la Asamblea para conocer del incidente de objeciones al siguiente período de formalidades....", y dice el Tribunal que no es así, "porque dicho precepto no hace otra cosa que establecer los términos de que dispone la Gobernación para devolver con objeciones un proyecto ordenanzal".

Respecto a los artículos 97, ordinal 33, de la Ley ya citada, y al 1º de la Ley 94 de 1928, dice el Tribunal:

> "....tanto la una como la otra no hacen otra cosa que facultar a las Asambleas para condonar deudas a favor del Tesoro Departamental, siempre que haya graves motivos de justicia, circunstancia que es precisamente la cuestión de resultado en estas diligencias."

En cuanto al artículo 1º y su parágrafo de la Ley 45 de 1931, que el demandante considera violado por haberse reproducido en el proyecto de 1944, "conservando su esencia, un acto ordenanzal sobre el cual habían recaído sentencias de nulidad en dos instancias, y se concedió una gracia no autorizada con posterioridad a la sentencia....", sostiene el Tribunal:

> "....a pesar de hacer la afirmación el demandante de que este artículo armoniza con el 101 del Código Contencioso Administrativo, no hubo de su parte el suficiente cuidado para examinar el 99 de la misma obra, que vino a modificar lo estatuído por la extinguida legislación administrativa, y a sustituírla integralmente, así como también a poner de presente que mal puede haber violación de una norma derogada."

De lo dispuesto en este fallo del Tribunal salvó su voto el Magistrado Sanmiguel, quien en su salvamento de voto copia los siguientes apartes de un fallo del Consejo de Estado sobre esta misma materia:

> "No es, pues, exacto —dice el Consejo— que la facultad de condonar que se señala en el artículo 97 de la Ley 4ª de 1913, en el ordinal 33, sea una consecuencia de la autonomía patrimonial que se consagra en el artículo 182 de la Constitución, porque es claro que si esa autonomía fuera absoluta,

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

precisa la facultad legal para poder efectuar condonaciones. Valdría tanto como decir que si una disposición legal autoriza a los particulares para donar sus bienes o para remitir sus deudas, ello sería consecuencia de la irrestricta libertad que tienen las personas capaces para disponer libremente de sus bienes, lo que resultaría a todas luces contradictorio, porque si hay autonomía absoluta no se necesita facultad especial alguna."

Y más adelante agrega:

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

V

Consideraciones generales.

Entre los documentos allegados por el demandante al expediente figuran el pliego de objeciones al proyecto de ordenanza que vino a convertirse, al declararse infundadas las objeciones, en la Ordenanza número 96 de 1944; el concepto de la Contraloría Departamental de Santander y el concepto de la Secretaría de Hacienda del mismo Departamento, sobre la condonación a favor del señor Ciro Antonio García, a que se refiere la Ordenanza acusada.

Todos estos documentos están acordes en cuanto a la inconveniencia de la condonación.

El artículo 97, ordinal 33, de la Ley 4ª de 1913, y el 1º de la Ley 94 de 1928 acondicionan la facultad de las Asambleas de condonar deudas a favor del Tesoro Departamental, "a graves motivos de justicia". La misma Ley 94 de 1928, ya citada, estableció las formalidades a que habrían de sujetarse las condonaciones en el orden nacional, y dispuso que las Asambleas Departamentales dictaran reglas análogas. En efecto: los artículos 2º y 5º de la Ley 94 de 1928 dicen:

"Artículo 2º Cuando se trate de condonar una deuda a favor del Tesoro Nacional, el interesado elevará su solicitud ante el Ministro de Hacienda y Crédito Público, quien, oído el concepto del Contralor General y del Procurador General de la República, emitirá su juicio razonado acerca de la justicia de la solicitud, y pasará el expediente a una de las Cámaras en las sesiones inmediatas."

"Artículo 5º Las Asambleas Departamentales dictarán reglas análogas a las contenidas en la presente Ley, en relación con las deudas declaradas en favor de los Fiscos Departamentales y Municipales."

Aunque de autos no aparece el texto de la ordenanza del Departamento de Santander que establezca los requisitos necesarios para que puedan efectuarse condonaciones, si se encuentra, en la Ordenanza demandada, que son necesarios los conceptos de la Contraloría y de la Secretaría de Hacienda, cuando dice en los considerandos:

"Que el mismo señor García llenó los requisitos de que trata la Ordenanza sobre condonaciones, tales como el concepto de la Contraloría Departamental y de la Secretaría de Hacienda."

Réstanos determinar los fines de estos requisitos, y si la Asamblea puede, a su antojo, aceptar o rechazar las conclusiones de los conceptos.

Los dictámenes exigidos tienden a determinar la justicia o injusticia de la condonación, y ello se explica fácilmente si se tiene en cuenta que la Contraloría y la Secretaría de Hacienda, por su contacto permanente con la Administración, poseen, en cada caso particular, un mejor conocimiento del problema, y, en consecuencia, pueden determinar con mayor acopio de datos los diversos aspectos de la cuestión y la conveniencia o inconveniencia de la condonación.

Por ello el Consejo de Estado, en el fallo citado por el Magistrado Sanmiguel en su salvamento de voto, en la primera instancia de este negocio, dice:

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

El Consejo reafirma esta jurisprudencia insistiendo en su tesis de que la ley en materia de condonaciones quiso evitar la benevolencia de las Asambleas, haciéndoles obligatorio ceñirse a los conceptos que sobre el particular emitan los funcionarios departamentales, que, por la naturaleza de sus cargos, están en condiciones de apreciar mejor cada caso particular. En consecuencia, resalta ostensiblemente la violación de las normas legales por parte de la Ordenanza acusada, puesto que los conceptos del Contralor Departamental y del Secretario de Hacienda son contrarios a la condonación solicitada. En efecto: el Contralor Departamental, en su concepto de 3 de junio de 1944, visible al folio 20, dice en la parte final:

"En vista de las anteriores consideraciones, conceptúa la Contraloría que no se debe condonar el alcance de $ 3.264.73, deducido a cargo del señor Ciro Antonio García, como Colector de Hacienda de la Provincia de Galán en los años de 1932 y 1933, porque dicha cantidad representa valores en efectivo que no entregó, ni remesó a la Tesorería General del Departamento, con grave perjuicio para el Fisco Departamental. (Artículos 253, 293, 297 y 358 del Código Fiscal)."

Asimismo, el Secretario de Hacienda, en su concepto de 6 de junio de 1944, visible al folio 22, dice en la parte final:

"No es el caso de condonar, y la honorable Asamblea no debe condonar, el alcance de $ 3.264.73, deducido a cargo del señor Ciro Antonio García, como Colector de Hacienda de la Provincia de Galán en los años de 1932 y 1933, porque proviene de valores en numerario, que no entregó ni remesó a la Tesorería General del Departamento, sin motivos justificantes, y que ha debido entregar o remesar.

"*Abdón Espinosa Valderrama,* Secretario de Hacienda." (Hay un sello).

VI

Decisión.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca el auto recurrido y *suspende provisionalmente* la Ordenanza número 96 de 1944, dictada por la Asamblea de Santander.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Gonzalo Gaitán, Tulio Enrique Tascón, Carlos Rivadeneira G., Jorge Lamus Girón, Gabriel Carreño Mallarino, Gustavo A. Valbuena, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

Jurisdicción coactiva.—Excepciones.

(Consejero ponente, doctor Jorge Lamus Girón).

Consejo de Estado—Bogotá, julio once de mil novecientos cuarenta y cinco.

El Juzgado de Rentas y Ejecuciones Fiscales de la Intendencia del Chocó, con residencia en Quibdó, dictó mandamiento ejecutivo contra los señores Carlos M. Céspedes, Aníbal Baena Calvo y Pedro Félix Capella, por responsabilidad del primero. como Agente Fiscal de la mencionada Intendencia en Cartagena, y los segundos como fiadores por la suma de mil once pesos con ochenta y ocho centavos ($ 1.011.88).

El mandamiento de pago, de fecha doce de marzo de mil novecientos cuarenta y tres (folio 72), fue notificado e intimado a los demandados por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Cartagena, como comisionado (folios 95 y 96).

El responsable, señor Carlos M. Céspedes, propuso en tiempo las siguientes excepciones:

1ª Declinatoria de jurisdicción;
2ª Ineficacia del titulo ejecutivo;
3ª Juicio pendiente.

En el Consejo la demanda de excepciones sufrió la tramitación legal correspondiente, y vencido como se halla el término probatorio, dentro del cual no se solicitó ninguna prueba, es procedente resolver en el fondo.

Declinatoria de jurisdicción.

El actor sustenta esta excepción de la siguiente manera:

> "Soy vecino de esta ciudad (Cartagena), lo mismo que mis fiadores, doctor Aníbal Baena Calvo y don Pedro Félix Capella; el cargo de Agente Fiscal de la Intendencia Nacional del Chocó se desempeña en este puerto; la posesión de ese empleo se verifica ante la Alcaldía de Cartagena, como se verá en la copia de la diligencia respectiva, que acompaño; la fianza correspondiente se otorgó en la Notaría Tercera de esta ciudad; y no teniendo usted jurisdicción en Cartagena, mal puede adelantar ejecuciones contra vecinos de ella, y en las condiciones que dejo relacionadas. La prueba se halla en el juicio."

El Consejo entra a examinar esta excepción, y para ello considera:

Es indudable que la excepción propuesta no está dirigida a desconocer la existencia de la obligación, sino a atacar la competencia del juzgador por razón del lugar donde debe ventilarse el juicio.

Se plantea una situación exceptiva, de carácter dilatorio, encaminada a suspender el procedimiento a efecto de que conozca de la causa el Juez de la vecindad del demandado.

Eaxinado el expediente, aparece que el señor Carlos M. Céspedes desempeñó el cargo de Agente Fiscal de la Intendencia del Chocó, en

la ciudad de Cartagena; que, como él mismo lo dice, es el asiento de tal funcionario el lugar donde debe ejercer sus funciones.

No se encuentra que en la escritura de constitución de fianza se *hubiera convenido un domicilio especial* para posibles actuaciones judiciales, por razón del empleo de Agente Fiscal, pero aparece claro que la parte demandada tiene su vecindad en la dicha ciudad de Cartagena, y el mismo auto ejecutivo es suficiente prueba de ese aserto, pues al comisionar al Juzgado 1º del Circuito Civil de allí, expresa la razón de que los demandados "son todos vecinos de la ciudad de Cartagena, en el Departamento de Bolívar".

Resultaría, pues, que la excepción dilatoria que se estudia estaría demostrada y debería declarar así, si no apareciera que ella sólo es permitida en juicio ordinario, y "en los especiales en que ello es admisible". En efecto: examinado el procedimiento se encuentra que el único *juicio especial* en que se pueden proponer excepciones dilatorias *es el de deslinde.*

En los demás juicios especiales, los hechos que dan nacimiento a la excepción dilatoria, que no es admisible, surten sus efectos en derecho. La Corte Suprema de Justicia, analizando estos problemas, y con referencia a la competencia, dice:

> "Si hubiere tal incompetencia sería un vicio de procedimiento que anularía la actuación. Las nulidades de procedimiento no son hechos exceptivos. Estos deben ser hechos que se oponen a la obligación misma, conforme al artículo 328 del Código Judicial." *(Gaceta Judicial,* tomo LIV, página 242).

Se deduce claramente que la incompetencia de jurisdicción en los juicios en que no es admisible como excepción dilatoria, tiene el efecto de viciar el procedimiento.

Por consiguiente, como en el caso de autos no es admisible la excepción propuesta, los hechos que sirvieron de fundamento al excepcionante para alegarla ¿deben tener los efectos que se han expresado?

La solución afirmativa surgiría sin más consideraciones si el Consejo estuviera en presencia de un litigio entre personas de derecho privado; pero como se trata de una ejecución por jurisdicción coactiva, en la que, como se sabe, al ejecutante lo caracteriza su condición de Juez y parte aparentemente, no cabe la solución anotada.

La Administración Pública deduce un alcance contra un empleado por razón del manejo de sus haberes; ese reconocimiento que hace es el título ejecutivo que sirve de fundamento para que el funcionario Recaudador ejercite la acción ejecutiva por jurisdicción coactiva.

La nulidad, por incompetencia del Juez ejecutor, sólo es viable cuando el funcionario que la ejercita no está investido por la ley de esa facultad, es decir, porque no puede y no debe hacerlo, pues no está limitada su aptitud legal para conocer de los negocios sino por la naturaleza de ellos, ya que la jurisdicción coactiva es un privilegio concedido a las entidades de derecho público, que se ha considerado necesaria para que puedan subsistir.

Sería inconcebible que la Administración hiciera los reconocimientos a su favor y luégo tuviera que ir a buscar la vecindad del responsable para hacerle efectiva la suma deducida.

Pero admitiendo que pudiera hacerlo, cómo podría demandar, si la jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones en favor del Tesoro Público las da la ley con esa finalidad. La jurisdicción sólo puede ejercerse por la respectiva entidad de derecho público, sin que

pueda delegarla ni mucho menos conferir poder para que se ejerza por ella, ya que va anexa al cargo de Recaudador.

Por esto lo dicho anteriormente es exacto en cuanto a la jurisdicción ordinaria, pero tratándose de la coactiva el Recaudador no tiene obligación de demandar o adelantar la acción en el domicilio del demandado.

El señor Céspedes es vecino de Cartagena, lo mismo que los demás demandados; pero la obligación que se les cobra tiene por causa el ejercicio del cargo de Agente Fiscal de la Intendencia del Chocó, que no tenía ni podía tener como lugar de funcionamiento a Quibdó u otra población del territorio de la Intendencia, pues las funciones del empleo determinaron la ciudad de Cartagena, siendo notoria la dependencia del señor Céspedes de la referida entidad. Por razón del desempeño de ese cargo le fue deducida en su contra la suma que motiva el cobro ejecutivo de que tratan los autos.

Lo dicho lleva a la conclusión de que la Administración Pública, cuando se trata de hacer efectivas las obligaciones de sus empleados Recaudadores o de manejo, puede legalmente demandarlos sin consideración a la vecindad que tengan o hayan tenido, pues la competencia surge del hecho mismo de la dependencia como sus empleados, y de que la obligación tenga por causa el ejercicio de la función para que fue o fueron designados.

Si esto es así, como claramente se ve que lo es, *no puede declararse probada la excepción* estudiada, ya que se impone su rechazo por no ser pertinente, ni tampoco hacerse declaración de nulidad por lo que se deja expresado.

Ineficacia del título ejecutivo.

Esta segunda excepción la hace consistir el actor en que, dice, "se me quiere hacer responsable de una suma de dinero que corresponde al mes de *junio* de 1933, cuando yo desde abril anterior de dicho año no recaudaba en absoluto nada de fondos intendenciales."

Como se expresó al principio de este auto, el excepcionante no trajo a los autos ninguna prueba tendiente a demostrar sus excepciones que, como es sabido, a él correspondía la carga de la prueba.

El título tiene en su favor la presunción de legalidad; como el actor no ha demostrado lo contrario, sus pretensiones no pueden prosperar. Por otra parte, la jurisprudencia constante del Consejo sobre ineficacia del título ejecutivo, tiene establecido que existe dicha excepción cuando el título adolece de algún vicio en su formación, y, en general, cuando contraría la ley.

Como no hay ningún hecho en autos que permita hacer esa deducción, es claro que la excepción no puede prosperar.

Por último, debe dejarse claro que el *reconocimiento* hecho a favor de la Administración y en contra del señor Céspedes hace un estudio detenido de las cuentas correspondientes y en forma fundamentada hace la deducción de la suma cobrada.

Si el señor Céspedes hubiera tenido la razón, ella hubiera sido declarada en el incidente de cuentas en que intervino. En las condiciones que se dejan apuntadas, carece de objeto hacer un mayor análisis de esta excepción, pues los hechos alegados para su fundamento no fueron demostrados, ni se intentó siquiera hacerlo. Se impone, pues, declarar no probada esta excepción.

Juicio pendiente.

Sobre esta excepción basta considerar lo siguiente: tiene el carácter de dilatoria, y por lo tanto carece de objeto repetir lo que ya se expresó a propósito de propuesta de "declaratoria de jurisdicción".

Pero en el caso de que fuera pertinente, debería aparecer demostrada en los autos la existencia de otro juicio sobre la misma acción, y en el cual el excepcionante figurara como parte (artículo 334 del Código Judicial).

Mas ya se vio que las excepciones dilatorias no son aceptables en los juicios especiales, excepto en el de deslinde, y además, como se acaba de decir, el actor no probó ni intentó siquiera demostrar los hechos que alegó. Por lo tanto, esta excepción tampoco puede prosperar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, oído el concepto de su Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *resuelve:* Declárase no probadas las excepciones propuestas por el ejecutado, señor Carlos M. Céspedes, que se dejan estudiadas en este auto.

Siga adelante la ejecución tal como fue decretada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Badel, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón, Jorge Lamus Girón, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

Jurisdicción coactiva.—Excepciones

(Consejero ponente, doctor Jorge Lamus Girón).

Consejo de Estado—Bogotá, julio trece de mil novecientos cuarenta y cinco.

El Juzgado de Ejecuciones Fiscales ha venido adelantando ejecuciones por jurisdicción coactiva contra Guillermo Angarita Pardo, por alcances en sus cuentas como Contador Pagador de los batallones de infantería *Bárbula* y *Bomboná,* y contra los herederos de la señora Adela Bueno de Angarita, en consideración a que dicha señora figura en los autos como fiadora, con garantía hipotecaria, del referido Angarita Pardo, para efectos de responder del manejo de los bienes que el Estado debía confiar a éste por razón del cargo de Contador-Pagador.

Las ejecuciones respectivas han sido debidamente adelantadas por el funcionario ejecutor, y como los herederos de la fiadora propusieron excepciones, el expediente ha venido al Consejo, donde el incidente sufrió la tramitación legal prevista por el Código Judicial, debiendo procederse en esta oportunidad a resolver en el fondo la cuestión propuesta.

Debería procederse, como se acaba de decir, a estudiar las excepciones si no apareciera lo siguiente:

1º El Juzgado de Ejecuciones Fiscales, en auto del 25 de septiembre de 1943, visible al folio 64 del cuaderno II, ordenó a la Secretaría que, para efectos de acumular los juicios que contra el mismo ejecutado cursaban por responsabilidad "similar", hiciera la relación de autos, y señaló el día y la hora para la diligencia.

La Secretaría procedió a cumplir dicha providencia (folio 65), y relacionó tres juicios, así:

a) Alcance en la cuenta de la Contaduría Pagadora del batallón de infantería, *Bárbula,* correspondiente a los meses de julio, agosto y septiembre de 1939 ..... $ 11.679.28

b) Alcance en la cuenta de la Contaduría Pagadora del batallón de infantería *Bárbula,* en los meses de mayo y junio de 1939 ..... 8.82

Alcance en las cuentas de la Contaduría Pagadora del batallón *Bomboná* número 12, correspondiente a los meses de junio y julio de 1939 ..... 2.021.17

c) Alcance en la cuenta de la Contaduría Pagadora del batallón de infantería *Bomboná* número 12, correspondiente al mes de abril de 1939 ..... 6.160.84

2º Al folio 66 del mismo cuaderno II, el Juzgado, por auto de trece de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, decretó la acumulación de los tres juicios relacionados, y ordenó que se tramitaran bajo una misma cuerda.

3º Al folio 63 aparece la diligencia de depósito y avalúo de la finca hipotecada en garantía de la fianza, y se encuentra que el señor José Bueno, por medio de su vocero, se opuso al secuestro de la finca, y como el ejecutante insistió en la diligencia, se dejó en poder del citado Bueno en calidad de secuestre.

Estos hechos, que se dejan anotados para mejor claridad, motivan las siguientes consideraciones: Cuando se decreta la acumulación de juicios ejecutivos, queda abierto el procedimiento para que se acumulen otros y se propongan tercerías por el tiempo que determina la ley, y mientras éste no quede definitivamente cerrado es, por lo menos, prematura la resolución sobre excepciones.

El Consejo de Estado, en providencia del seis de abril del corriente año, a propósito de un negocio parecido contra el señor Adonías Bravo, dijo, sobre este caso concreto, lo siguiente:

> "El Juez ha debido ordenar la fijación y publicación del edicto, de que trata el artículo 1065 del Código Judicial, pues durante la fijación del edicto, y quince días más, es el plazo concedido por el artículo 1066 para que todo el que tenga derecho a introducir una tercería pueda hacerlo, y para que expire el término de hacer acumulaciones.
>
> "El Juzgado del conocimiento pretermitió en la actuación la citación y emplazamiento ordenados por el artículo 1065 del Código Judicial....
>
> "El Consejo estima que no estando preparada la actuación para que se pronuncie la sentencia que mande o nó llevar adelante la ejecución, que es el resultado natural y lógico del fallo de las excepciones, debe retrotraerse la actuación a antes de dictarse el auto de citación para sentencia, a efecto de que se cumpla por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales la citación y emplazamiento de qué trata el artículo 1065 del Código Judicial...., y se puedan agotar así los términos para decretar acumulaciones e introducir tercerías; y, por consiguiente, se pueda ejercitar en oportunidad el derecho del ejecutado de proponer, por una sola vez, las excepciones que crea tener contra todos los créditos que se le cobran y todos los acreedores que hubiere puedan saber de una vez cómo se van a cubrir sus acreencias.
>
> En efecto: la falta de citación y emplazamiento o el anuncio de la primera tercería ha dejado vigente el derecho del ejecutante y terceros acreedores que no figuran en autos, para pedir acumulaciones y proponer tercerías, las que deben tramitarse porque está vigente el término para hacerlo; y con respecto a los nuevos, también está vivo el derecho del deudor para excepcionar, pues la citación para sentencia sólo surte efectos con respecto a los juicios acumulados; si se acepta la tramitación y fallo de excepciones antes de que se cumplan los requisitos de citación y emplazamiento de terceros, se llegaría a hacer interminables los juicios, pues podrían seguirse proponiendo acumulaciones y tercerías indefinidamente, y el deudor tendría en sus manos un arma dilatoria permanente, violándose también la disposición que le da solamente por una vez derecho de proponer excepciones."

La anterior jurisprudencia es clara y terminante al respecto. El funcionario ejecutor debe ordenar las publicaciones ya dichas, y cumpli-

das y vencido el término legal, debe proceder a cerrar el correspondiente la derecho de excepcionar, con el auto de citación para sentencia. Cerrados estos dos términos, la demanda de excepciones puede tramitarse legalmente, y la solución será eficaz.

Vale también observar que el funcionario ejecutor debe resolver sobre la oposición al secuestro del bien afecto al pago, y tramitar la correspondiente articulación, ya que es de especial pronunciamiento.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado *resuelve:*

Declárase nula la actuación en este juicio, referente a la tramitación del incidente de excepciones, y, en consecuencia, retrotráese el procedimiento al estado que tenía éste cuando se propuso la demanda de excepciones, a efecto de que el Juzgado de Ejecuciones Fiscales proceda a cumplir las disposiciones pretermitidas que se dejan explicadas en este auto.

Notifíquese personalmente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Badel, Gonzalo Gaitán, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón, Jorge Lamus Girón, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Jurisdicción coactiva—Apelación

(Consejero ponente, doctor Jorge Lamus Girón).

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

La Recaudación 1ª de Ejecuciones Fiscales del Municipio de Bogotá, por auto del ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, libró mandamiento ejecutivo a favor del Tesoro Municipal de Bogotá y en contra de la señora Isabel Ballén v. de Macías, por la suma de setecientos veinticinco pesos ($ 725.00), y por los recargos de dicha suma a las ratas del 12% anual hasta el 31 de diciembre de 1938, y al 9% anual de esta fecha en adelante.

Sirvió de título ejecutivo el reconocimiento número 79 de 27 de enero de 1943, de la Tesorería Municipal, por concepto de los servicios de aseo y alumbrado, que gravaron la finca números 16-20, 16,26, 16-30 y 16-32 de la calle 10ª

El mandamiento ejecutivo fue debidamente notificado e intimado al apoderado de la expresada señora, doctor Luis Oramas Roa.

La Recaudación decretó el embargo y secuestro de la finca mencionada, y el apoderado doctor Oramas Roa propuso demanda de excepciones en memorial del 19 de agosto de 1943, de las que conoció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual falló en sentencia de fecha 29 de enero de 1945, *declarándolas probadas,* y ordenando, por consiguiente, cesar el procedimiento.

De dicha sentencia apeló el señor Personero Municipal de Bogotá. Tramitado el recurso en el Consejo de Estado, corresponde a éste resolver en definitiva, y para ello se considera:

Las excepciones propuestas son, en su orden:

1ª Inexistencia de la obligación;
2ª Nulidad del título ejecutivo;
3ª Incompetencia de jurisdicción y carencia de acción;
4ª Ilegitimidad de personería de la parte demandante, e inepta demanda;
5ª Petición antes de tiempo o de un modo indebido;
6ª Ilegitimidad de personería sustantiva de la parte demandante o ejecutante.

En esta instancia no se produjeron pruebas porque la solicitud fue formulada en forma extemporánea, como consta en los autos.

Inexistencia de la obligación.

El actor funda su excepción en la siguiente forma:

> "a) El artículo 20 de la Ley 49 de 1927 declaró exentas del pago de toda clase de impuestos municipales las casas que se construyeran en las capitales de los Departamentos a un costo menor de $ 30.000, en el decenio subsiguiente a la vigencia de dicha Ley.

"b) La casa números 16-20, 16,26, 16-30 y 16-32 de la calle 10ª de esta ciudad, se encuentra en las condiciones de hecho presupuestas por la disposición citada.

"c) A petición y con audiencia de los antiguos propietarios de dicho inmueble, y dentro de la correspondiente actuación administrativa, el Municipio de Bogotá, por medio de la Secretaría de Hacienda, y por resolución que no fue reclamada, declaró que dicha casa se encuentra, en efecto, en el caso previsto por el citado artículo 20, y que, por consiguiente, está exenta de pagar los impuestos municipales devengados o causados durante el decenio aludido.

"d) Entre los impuestos en referencia se encuentran los denominados de 'aseo' y 'alumbrado', y como la ley no autoriza excepción al respecto, se entiende que tales impuestos quedaron envueltos dentro de la excepción de que se trata, y que, por lo mismo, se extinguió la obligación de pagarlos durante el decenio fijado por la Ley 49 de 1927."

Por su parte, el señor Personero Municipal de Bogotá dice en lo pertinente a esta excepción:

"....Conviene analizar los conceptos de *impuesto* y *servicios*. El primero es un tributo obligatorio exigido por el Estado a los individuos para atender a las necesidades del servicio público, sin tener en cuenta, como lo observa el doctor Esteban Jaramillo en su *Tratado de Hacienda Pública*, compensaciones o beneficios especiales. En el impuesto hay una carga unilateral de la entidad soberana sobre el ciudadano, sobre el contribuyente, en virtud de la relación que media entre aquélla y éste. El interesado contribuyente contrae la obligación de pagar al Estado el tributo, de manera 'incondicional', es decir, sin que por ello la Administración Pública le garantice la obtención de determinados beneficios que las instituciones estatales ofrezcan al interesado.

"Por el contrario, los servicios o tasas son una remuneración de derecho público exigida al contribuyente, como lo indica su nombre, por razón de un servicio especial que le presta la Administración Pública. Las tasas presuponen siempre una compensación por servicio prestado. En las tasas hay relación bilateral entre la entidad que presta un servicio y la persona que lo recibe.

"....el artículo 20 de la Ley 49 de 1927 otorgó exención de *impuestos* a las fincas que se hallaren comprendidas en el caso contemplado en dicho artículo. Pero no les otorgó la exención de servicio de aseo y alumbrado, que es precisamente lo que se cobra en la presente ejecución...."

El Tribunal *a quo* expresó lo siguiente:

"*Que la primera resolución que concedió la exención de impuestos tiene fuerza o virtud suficiente para causar estado, y que una vez dictada no puede reformarse o modificarse por la misma autoridad que la profirió, lo cual se funda en la estabilidad de que deben estar rodeados los actos públicos que crean situaciones concretas personales y objetivas.*

"*Que esta doctrina de la inmutabilidad de los actos creadores de situaciones concretas individuales obedece a elementales*

principios de seguridad social, y se funda en la fuerza ejecutoria que para la Administración deben tener sus propias providencias."

El actor fundamentó su excepción en la Resolución número 2 de 2 de febrero de 1933, que es el acto a que alude el Tribunal *a quo*, en lo correspondiente de la sentencia, y que se deja copiado.

La Resolución mencionada dice en la parte resolutiva:

"Conceder, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 49 de 1927 y el Decreto ejecutivo número 436 de 1928, la exención de los impuestos predial, aseo y alumbrado, por diez años, contados desde el día primero de enero de mil novecientos treinta y tres (1933), para la casa número 364-C de la calle 10ª, de propiedad del señor Delio Isaza...." (Cuaderno 4º).

Como la anterior providencia fue debidamente dictada con audiencia del antiguo dueño de la finca, no podía revocarse ni reformarse por la Administración, so pretexto de que no se ajustaba a la ley, por haberse ésta interpretado erróneamente. Porque es evidente que esa Resolución resolvía una situación concreta e individual en forma definitiva, y que había sido provocada por el dueño de la finca. Esos actos creadores de situaciones concretas e individuales pueden ser ineficaces en todo o en parte cuando así lo declare otra autoridad distinta de la que los dictó. La ley consagra acciones en favor de la misma Administración o de las cuales ella puede hacer uso legal, para que se declare la ineficacia del acto, por error, ilegalidad, etc.

Es indudable que la distinción entre *impuesto* y *servicios* es real, y permite a la Administración deducir consecuencias distintas, y es bien probable que ésta hubiera sido la causa para revocar el acto que se acaba de estudiar. Mas, como se deja dicho, no era ese el procedimiento, por tratarse de un acto creador de una situación concreta e individual.

Estas solas consideraciones son suficientes para que prospere la confirmación de la sentencia apelada, con las salvedades que resultan en cuanto a *impuestos* y *servicios*, cuya distinción no es oportuno hacer en esta sentencia por carecer de objeto, ya que las profundas consecuencias que de allí resultan no son operantes en el caso de autos, puesto que no se está discutiendo la legalidad o ilegalidad de la Resolución en que se funda la excepción.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha veintinueve de enero del corriente año.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Badel, Jorge Lamus Girón, Gabriel Carreño Mallarino, Tulio Enrique Tascón, Carlos Rivadeneira G., Guillermo Hernández Rodríguez, Gonzalo Gaitán.—Luis E. García V., Secretario.

Resoluciones ministeriales—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Jorge Lamus Girón).

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

El señor Alvaro Astudillo, en memorial del 14 de noviembre de 1944, solicitó del Consejo las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es nulo el Decreto número 278 de 15 de julio de 1944, dictado por el Gobernador del Departamento del Cauca y aprobado en todas sus partes por Resolución 848 de 10 de agosto de 1944, del Ministerio de Educación Nacional, 'por la cual se prescinde de los servicios de un empleado de la Educación Pública y se establece una sanción'.

"Segunda. Es nula igualmente la Resolución número 848 de 10 de agosto de 1944, del Ministerio de Educación Nacional, 'por la cual se excluye del Escalafón Nacional un maestro del Departamento del Cauca'.

"Tercera. El Gobernador del Departamento del Cauca restablecerá al señor Alvaro Astudillo, maestro de escuela escalafonado, al empleo de Director de la Escuela de Varones denominada 'Tomás Cipriano de Mosquera', en la ciudad de Popayán, empleo que desempeñaba cuando ocurrió su despido, o a otro de igual o mejor categoría dentro del servicio del magisterio caucano, dentro del término que señala el artículo 121 de la Ley 167 de 1941.

"Cuarta. El Departamento del Cauca pagará al señor Alvaro Astudillo, o a su orden, una vez ejecutoriada la sentencia definitiva, el valor de los sueldos que ha dejado de devengar desde el 15 de septiembre de 1944 hasta el día en que sea restablecido en el ejercicio del empleo a que se refiere el punto tercero de esta demanda, a razón de setenta pesos ($ 70.00) mensuales, como indemnización de perjuicios sufridos por causa de la expedición de las providencias cuya nulidad se decreta."

El sustanciador, como aparecía solicitado en el libelo, ordenó que la Gobernación del Cauca y el Ministerio de Educación Nacional expidieran las copias de los actos demandados; cumplida esa providencia, fue admitida la demanda. Oportunamente fueron solicitadas pruebas, las que se decretaron. Se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público y se citó para sentencia. Como aparece que se ha agotado el procedimiento, el Consejo procede a resolver en el fondo.

Los hechos de la demanda.

El actor trae en su libelo de demanda los hechos debidamente enumerados y clasificados, de los cuales se hace la siguiente síntesis en forma de historia:

El señor Astudillo desempeñaba el cargo de Director de la Escuela "Tomás Cipriano de Mosquera", que funciona en la ciudad de Popayán. Estaba debidamente escalafonado en la Educación Nacional, como *maestro de segunda categoría,* y por razón de los sucesos del 10 de julio, suficientemente conocidos, el señor Astudillo estuvo ausente de los movimientos de protesta que con tal motivo tuvieron lugar, tanto en su condición de maestro, encargado, por consiguiente, de la educación de la juventud, como en la Director de un periódico del magisterio del Cauca y de Presidente de la Asociación del Magisterio de dicho Departamento.

Estos hechos le fueron increpados directa y personalmente por el señor Gobernador del Cauca, y fueron el motivo para que dicho señor *fuera destituido de su cargo y excluido definitivamente del Escalafón Nacional del Magisterio,* lo que hizo el Gobierno por medio de los actos acusados. A esto debe agregarse que el dicho señor demandante se negó a firmar una adhesión del magisterio de Popayán al señor Presidente de la República, según él mismo dice, por tratarse de una imposición y por no tener aún su ánimo sereno, con motivo de la amonestación del señor Gobernador. Estos son, en síntesis, los hechos traídos por el actor, y es, igualmente, la historia del negocio.

El acto acusado.

Dice el Decreto de la Gobernación:

"DECRETO NUMERO 278 DE 1944

(julio 15)

por el cual se prescinde de los servicios de un empleado de la Educación Pública y se establece una sanción.

"El Gobernador del Departamento del Cauca,

en uso de sus facultades legales, y

"CONSIDERANDO:

"1º Que en la mañana del día trece de julio, cuando se encontraban en el Despacho de la Gobernación los señores Alvaro Astudillo, Alberto López y Pacífico Rodríguez, cumpliendo una comisión del magisterio de la ciudad, el maestro Alvaro Astudillo respondió en forma airada e irrespetuosa a un justo reclamo que el Gobernador hiciera ante ellos por la ausencia total del gremio docente en las manifestaciones y demás actos que la ciudadanía organizó para respaldar al Gobierno legítimamente constituído y para protestar por el vil atentado de que fue víctima el Excelentísimo señor Presidente de la República, doctor Alfonso López.

"2º Que el maestro Alvaro Astudillo, Director de la Escuela 'Tomás Cipriano de Mosquera', ha declarado enfáticamente su inconformidad por el hecho de haber suscrito los maestros de la ciudad un manifiesto en el que ofrecen su apoyo a los Gobiernos Nacional y Departamental y a las instituciones democráticas que nos rigen, con motivo de los graves acontecimientos sucedidos últimamente en el país.

"3º Que no satisfecho con manifestar de palabra su protesta procedió de obra, violentamente, a romper el documento en referencia, profiriendo frases injuriosas contra el propio Gobierno.

"4º Que no son tolerables en un institutor a cuyo cargo está la formación de los ciudadanos del mañana estos brotes reaccionarios, indignos de un miembro del magisterio.

"5º Que en adelante la lealtad en los funcionarios públicos debe exigirse como norma invariable de sus actos, para prevenir así los golpes arteros de una oposición que se siente estimulada y fortalecida por muchos colaboradores de la Administración; y

"6º Que es imperativo deber del Gobierno establecer sanciones ejemplares para quienes, olvidándose de su delicada misión de educadores, atentan contra el buen nombre de la institución de la enseñanza pública y perjudican gravemente el prestigio de los que a ella sirven con eficacia y patriotismo,

"DECRETA:

"Artículo 1º Declárase insubsistente, a partir de la presente fecha, el nombramiento del señor Alvaro Astudillo como Director de la Escuela de Varones 'Tomás Cipriano de Mosquera', de esta ciudad.

"Artículo 2º Solicítese del Ministerio de Educación Nacional la exclusión definitiva, del señor Alvaro Astudillo, del Escalafón Nacional del Magisterio.

"Artículo 3º Comuníquese esta providencia al señor Ministro de Educación Nacional para los efectos consiguientes.

"Anótese, comuníquese y publíquese.

"Dado en Popayán, a 15 de julio de 1944."

El Ministerio de Educación Nacional, por medio de la Resolución número 848 de 9 de agosto de 1944, dispuso la exclusión del Escalafón Nacional, del señor Alvaro Astudillo, maestro de 2ª categoría del Departamento del Cauca, y aprobó el Decreto 278, que se acaba de copiar.

Consideraciones generales.

Obra en los autos el certificado de la Dirección de Educación Pública del Departamento del Cauca, en el cual expresa el funcionario encargado de esa oficina que, con base en los hechos que relaciona el Decreto acusado, "la Gobernación del Departamento, sin oír los descargos del maestro Astudillo, expidió, como queda dicho, el Decreto de destitución del cargo de Director de la Escuela "Tomás Cipriano de Mosquera", confirmado luégo por el Ministerio del ramo...."

Igualmente, aparece en el expediente la prueba de que el señor Astudillo ejercía el cargo de maestro, y que estaba escalafonado en segunda categoría.

La Ley 37 de 1935, en su artículo 1º, garantizó la inamovilidad de los maestros; y tanto esta Ley como la 91 de 1938 y los Decretos ejecutivos reglamentarios números 1602 de 1936 y 1829 de 1938, especialmente, procedieron a la organización del Escalafón del Magisterio, la forma de ascensos y las exclusiones y destituciones.

Por el estatuto del maestro, cuyas normas legales principales se dejan citadas, esos empleados sólo podrán ser cambiados, removidos o suspendidos de sus cargos cuando incurran en algunas de las causales determinadas en reglas legales, previamente comprobadas. Para la comprobación de la causal o causales para la inclusión o exclusión de un maestro en el Escalafón, ordena expresamente el Decreto 1829 ya citado que el Director de Educación reunirá los documentos legales que com-

prueben la causal correspondiente. Una vez que la documentación haya sido reunida se notificará de ella al maestro para que éste, dentro de un término que no excederá de quince días, presente sus descargos ante la respectiva Dirección de Educación. Con base en la documentación mencionada el Gobernador procederá a dictar la providencia que considere del caso.

La falta de observación del procedimiento que se deja sintetizado es suficiente vicio para los actos que así se dicten. En el caso de autos, los hechos que motivaron la destitución del señor Astudillo, que relaciona el Decreto de la Gobernación, no fueron puestos en conocimiento del actor, con lo cual se vició el acto, ya que no se pusieron en conocimiento de Astudillo los cargos para el efecto de oír los descargos que tuviera, lo que por demás es un derecho de los maestros, reconocido por norma expresa.

El Consejo ha sostenido en jurisprudencia constante y uniforme lo siguiente:

> "La exclusión del Escalafón Nacional tiene que hacerse después de haberse justificado, con la documentación respectiva, que el maestro ha incurrido en alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 8º del Decreto 1602 de 1936. El maestro que no ha sido sometido al procedimiento indicado sigue investido del *status* legal de maestro...."

Y agrega la jurisprudencia:

> "....al decretar en estas circunstancias la destitución de un maestro del cargo de Director de una escuela, que viene desempeñando, el Gobernador debe ajustarse a las disposiciones del Decreto 1829 de 1938, y de no hacerse así, el acto de la destitución es nulo, por haberse dictado en desacuerdo con las disposiciones legales que rigen la materia." (Sentencia de 15 de octubre de 1944. *Anales* números 308 a 310).

Por lo que se ha estudiado, es conclusión obligada declarar la nulidad de los actos acusados. Pero al hacerlo es necesario dejar en claro que no se llega a tal conclusión por el estudio de los hechos que motivaron el Decreto y la Resolución acusados, lo que no es pertinente hacer, sino por defectos de procedimiento, que han debido observarse *previamente*, consistentes principalmente en no haber oído al maestro Astudillo. Por consiguiente, el resultado de esta sentencia no implica que el Consejo justifique la conducta del maestro demandante, ya que, como se dijo, esa materia no ha sido objeto de análisis, no sin dejar de apuntar que el actor en su demanda reconoce tales hechos como cosa normal y corriente en la vida de un institutor, lo que el Consejo, desde luégo, no comparte ni prohija, con mayor razón tratándose de los institutores.

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

1º Es nulo el Decreto número 278 de 15 de julio de 1944, dictado por la Gobernación del Departamento del Cauca, por el cual fue declarado insubsistente el nombramiento del señor Alvaro Astudillo del cargo de maestro de la Escuela "Tomás Cipriano de Mosquera", de la ciudad de Popayán.

2º Es nula la Resolución número 848 de 9 de agosto de 1944, dictada por el Ministerio de Educación, por la cual fue aprobado el Decreto 278

de que trata el punto anterior, y se excluyó del Escalafón Nacional de Maestros al señor Alvaro Astudillo.

3º La Gobernación del Departamento del Cauca restablecerá en su cargo al señor Alvaro Astudillo, una vez ejecutoriada esta sentencia, y el Ministerio de Educación anulará la correspondiente exclusión del Escalafón.

4º El Tesoro del Departamento del Cauca pagará al señor Alvaro Astudillo los sueldos que haya dejado de devengar desde el día 15 de septiembre de 1944, fecha en que se causó la destitución, hasta el día en que fuere restituído en el cargo. El pago de esta suma queda sujeto a la correspondiente apropiación en el presupuesto departamental.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Anibal Badel, Jorge Lamus Girón, Gonzalo Gaitán, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

Resoluciones ministeriales.—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Jorge Lamus Girón).

Consejo de Estado—Bogotá, agosto treinta y uno de mil novecientos cuarenta y cinco.

El señor Juan de Dios Amador, con fecha veinte de marzo del corriente año, presentó demanda de nulidad contra las Resoluciones sin número del Ministerio de Obras Públicas, de fechas 21 de septiembre y 21 de noviembre de 1944, por las cuales le fue negado el reconocimiento de unos sueldos, como Jefe de Tráfico Fluvial en el Terminal Marítimo de Barranquilla, en el lapso comprendido "entre el día 1º de agosto de 1944 y el 8 de septiembre del mismo año, inclusive".

La demanda fue rechazada por no aparecer el señor Amador como abogado titulado e inscrito en el libro de matrículas del Consejo. Dicho señor dio poder al doctor Julio Acosta Amador, en el mismo escrito de demanda, y como éste apareció inscrito, se admitió la demanda, y se reconoció la personería correspondiente. No hubo pruebas porque las pedidas por el apoderado del actor le fueron negadas por no haber sido solicitadas dentro del término legal de la fijación en lista, como se observa en auto del treinta de mayo del corriente año, que está debidamente ejecutoriado.

Corridos los traslados, el actor no alegó, y devuelto que fue el negocio por el señor Fiscal con el alegato de fondo, se citó para sentencia. En tales condiciones, el procedimiento está agotado y se procede a resolver en el fondo.

Los hechos de la demanda.

Los hechos de la demanda se pueden sintetizar, en obsequio a una mejor claridad de la situación de que se trata, pues en ellos consta la historia de los actos acusados.

Según los autos, el señor Juan de Dios Amador fue designado por el Gobierno para ejercer el cargo de Jefe del Tráfico Fluvial de Barranquilla, y habiendo tomado posesión de él lo desempeñó hasta el 4 de mayo de 1944, fecha en la que se separó en uso de licencia por sesenta días, la que le fue prorrogada por treinta días más; los noventa días vencían, pues, el 4 de agosto de 1944. El 31 de julio, dice el actor, envió una carta al Ministro de Obras Públicas, en la que manifestaba su voluntad de renunciar el *término por vencerse de la licencia*, y que viajaría a La Dorada para continuar ejerciendo el cargo. El día 1º de agosto siguiente, el señor Jefe de la Sección de Navegación, en comunicación escrita, dijo al señor Amador que, atendiendo al contenido de su carta del 31 de julio, le comunicaba que el señor Ministro definiría en el curso de dos o tres días lo relativo a su regreso al cargo de Jefe del Tráfico Fluvial. En cumplimiento de esa comunicación, dice el señor Amador que permaneció en Bogotá visitando permanentemente el Ministerio, y que así duró hasta que el día 8 de diciembre fue suprimido el cargo por Decreto ejecutivo número 2091.

El acto acusado.

El señor demandante, entre los documentos que acompañó al libelo, trajo la copia de los actos acusados, de los cuales se copia el primero, ya que el segundo no es más que una repetición, en el fondo, de éste, lo que se explica por haber sido dictado con ocasión del recurso de reposición solicitado.

Dice así:

"Ministerio de Obras Públicas—Bogotá, septiembre 21 de 1944.

"El señor Juan de Dios Amador, en nota del 31 de julio, avisó a la Dirección de Navegación que estaba listo para entrar nuevamente a ejercer el cargo de Jefe de Tráfico Fluvial, con residencia en La Dorada, del cual se hallaba separado en virtud de licencia que se le concedió por el Ministerio, y que aún no había vencido. El Ministerio le manifestó que estaba estudiando el asunto de su regreso, y que en el curso de pocos días se definiría. En virtud de esto, el señor Amador permaneció en Bogotá y solicitó que se le reconozca el sueldo desde la fecha de su aviso de terminación de la licencia hasta el 8 de septiembre, en que por Decreto 2091 se suprimió dicho cargo.

"De acuerdo con el artículo 248 de la Ley 4ª de 1913, para que un empleado público devengue sueldo es necesario que se reúnan los siguientes requisitos: empleo creado legalmente; partida apropiada en el Presupuesto; nombramiento; aceptación del destino; posesión, y entrar a ejercer las funciones. Como el señor Amador no reasumió el cargo de Jefe de Tráfico Fluvial, *se resuelve:*

"Negar la solicitud que hace el señor Juan de Dios Amador para que se le pague el sueldo como Jefe de Tráfico Fluvial desde el 1º de agosto hasta el 8 de septiembre del año en curso, porque no ejerció durante ese tiempo las funciones correspondientes.

"Notifíquese.

"Alvaro DIAZ S.

"El Secretario General del Ministerio, *Mariano Melendro S.*

"Bogotá, septiembre 25 de 1944."

El señor Fiscal del Consejo es de concepto que se nieguen las súplicas de la demanda, por considerar que la acción estaba prescrita, porque la ratificación de la demanda por el apoderado del actor sólo tuvo lugar el veinte de abril.

Es indudable para el Consejo que la prescripción no se operó en la forma sostenida por el señor Fiscal, porque cuando la demanda fue presentada aún no había corrido el término de los cuatro meses, siendo entendido que la presentación de la demanda es hecho suficientemente eficaz para interrumpir la prescripción, y con mayor razón en el caso de autos, puesto que en el libelo consta el poder conferido al apoderado, quien sí reunía los requisitos constitucionales y legales para ejercer el poder.

Por otra parte, la demanda estaba correcta en su forma y se acompañó a ella el acto acusado; el artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo no es aplicable al caso en estudio porque, como ya se dijo, la demanda en su forma se ajustaba a los artículos 83 y siguientes del Código citado, y su rechazo se debió, en principio, a la falta de la formalidad de inscripción en el libro de matrículas del apoderado desig-

nado. Pero cumplidas esas formalidades, como sucedió, es lógico que la admisión de la demanda se ajustó a la ley, con mayor razón cuando se trata de dar aplicación a una norma constitucional que no ha sido desarrollada en la ley.

Consideraciones generales.

El actor acompañó a la demanda los actos acusados, la nota del Ministerio en que se le decía que permaneciera en la capital dos o tres días mientras el Ministro consideraba su regreso, la prueba de las licencias concedidas, y, en fin, los documentos en que fundamenta su acción. Deben estudiarse tales documentos, porque si bien es cierto que no hubo término probatorio, también lo es que esos documentos deben estimarse sin más actuación, conforme a las normas legales sobre pruebas.

Está demostrado en autos que el señor Amador desempeñaba el cargo de Jefe de Tráfico Fluvial, y que de dicho cargo se separó con licencia de sesenta días, la que le fue prorrogada por treinta más.

La licencia vencía el 4 de agosto de 1944, y el 31 de julio del mismo año el señor Amador manifestó la voluntad de reasumir el cargo, renunciando al resto de la licencia.

A esta comunicación fue a la que recayó la respuesta del señor Director General de Navegación, de fecha 1º de agosto del citado año, en la que se dice al señor Amador que *"el señor Ministro me autoriza para decirle que en el curso de dos o tres días definirá lo relativo a su regreso al cargo de Jefe de Tráfico Fluvial"* (subraya el Consejo).

El Gobierno, por Decreto número 2091 de 8 de septiembre de 1944, suprimió el cargo del señor Amador. En estas condiciones, este señor reclama que se le pague el valor de un mes y ocho días, o sea el lapso comprendido entre el 1º de agosto y el 8 de septiembre de 1944.

Para desatar la cuestión hay que determinar si la nota de fecha 1º de agosto, en la cual el Ministerio manifestó al señor Amador que en "el curso de dos o tres días" el señor Ministro definiría lo relativo a su regreso al cargo, implica una obligación a cargo del Estado, y si con esa respuesta podría considerarse que el señor Amador reasumía el cargo.

Es norma legal que para que el empleado devengue el sueldo debe trabajar de acuerdo con las funciones del empleo; también lo es que las licencias concedidas a los trabajadores son renunciables, pudiendo, por consiguiente, en cualquier momento el titular reasumir sus funciones.

Mientras no se reasuman las funciones el sueldo lo devenga quien esté reemplazándolo, y si el cargo no hubiere sido provisto durante la licencia, esos dineros corresponden al Estado. La prueba de que se ha reasumido un cargo consiste en los actos que se ejecuten y que sean propios del empleo, de acuerdo con las funciones que detalla la ley o el reglamento. Mientras esto no suceda, es ilógico considerar que se pueda devengar un sueldo o salario. Tan así es, que la posesión de un empleo no es siempre elemento fundamental para probar el ejercicio del cargo. La posesión es un simple acto formal que tiene por objeto demostrar que se ha prometido el cumplimiento de los deberes de acuerdo con la ley, y que se han llenado determinadas exigencias legales que autorizan el ejercicio del cargo. Pero el sueldo no se percibe por el solo hecho del nombramiento y posesión, sino principalmente *por el ejercicio*.

Sentadas estas consideraciones, es claro que, como el señor Amador no ejerció el cargo al vencérsele la licencia, ni cuando la renunció, su derecho a recibir sueldo no tuvo existencia.

Pero la circunstancia de haberle manifestado que en el curso de dos o tres días le sería resuelto su regreso al cargo del cual se encontraba

en uso de licencia, ¿podría dar nacimiento a ese derecho, como lo alega el actor?

Si el Ministerio le hubiera asignado funciones en esta ciudad de Bogotá mientras se resolvía su regreso, es claro que sí. Pero el señor Amador no ejerció ninguna función, y esperó la orden de salida que, como se sabe, no le fue dada porque se suprimió el cargo.

Pero aceptando que no se hubiera suprimido el cargo y el señor Amador hubiera regresado en septiembre, no habría podido cobrar el sueldo anterior, porque no había ejercido las funciones propias del cargo, y la asignación correspondía a quien lo estaba reemplazando.

En estas condiciones, la legalidad de los actos acusados surge sin ningún esfuerzo, debiendo negarse las súplicas de la demanda.

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

Cópiese, notifíquese y archívese.

Ricardo Uribe Escobar, Jorge Lamus Girón, Tulio Enrique Tascón, Carlos Rivadeneira G.—Con salvamento de voto: *Gabriel Carreño Mallarino*—Firmo con salvamento de voto: *Gonzalo Gaitán*—Firmo con salvamento de voto: *Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

de los Consejeros doctores Gonzalo Gaitán, Guillermo Hernández Rodríguez y Gabriel Carreño Mallarino.

Por las breves razones que se expondrán a continuación, salvamos nuestro voto respecto de la anterior sentencia.

Creemos que es éste uno de los litigios que no se deben fallar con la rigidez del *jus strictum*, sino *ex bono et equo*, es decir, teniendo presentes las normas de la equidad, que, según nuestro Derecho, deben presidir las sentencias en defecto de leyes especialmente aplicables al caso.

La cuestión de hecho es muy fácil de plantear, y no ha sido controvertida: el demandante servía un cargo fuera de Bogotá; a petición propia le fue concedida por el Ministerio una licencia, la cual le fue prorrogada posteriormente. Antes de vencerse el término de la prórroga el demandante, que se hallaba en esta ciudad, se presentó a su superior y le manifestó que renunciaba el término de la licencia y que estaba dispuesto a regresar inmediatamente al lugar de su destino. El Ministro le contestó que se demorara en la capital dos o tres días mientras resolvía el asunto del regreso al empleo. Los días pasaban, y no obstante las solicitudes reiteradas del empleado, el Ministro nada resolvía. Total: que el demandante se demoró algo más de un mes en Bogotá, pendiente de lo que el Ministro dispusiera, hasta que, finalmente, se le dio noticia de que el cargo que desempeñaba había sido suprimido.

Solicitó del Ministerio el mismo demandante que se le reconociera el valor de su sueldo en el tiempo en que había estado en Bogotá a disposición y por orden del Gobierno. Se le negó su petición mediante los actos acusados.

La sola enunciación de lo anterior es bastante para que la demanda prospere. En efecto: el demandante, señor Juan de Dios Amador, no niega la facultad del Gobierno para suprimir el empleo, ni tampoco la que tenía para removerlo del cargo. Pero por una incuria, por una culpa de la Administración, por una morosidad inexplicable, el empleado permaneció en Bogotá un mes y unos días, a disposición del Gobierno y sin poder comprometer su tiempo en otras actividades que le redundaran en beneficio particular. Toda licencia es renunciable, y, de consiguiente, el señor Amador podía renunciar la que se le había concedido e ingresar inmediatamente al servicio público con el derecho a recibir la contraprestación, que no es otra que el sueldo. ¿Que el Gobierno podía declarar insubsistente el nombramiento? ¿Que podía suprimir el cargo? Aceptado. Nadie lo discute. Pero mientras no destituyera al empleado o no suprimiera el empleo, el vínculo de interdependencia entre el empleador y el empleado estaba vigente, junto con sus derechos y obligaciones. Uno de esos derechos a favor del empleado es justamente el de recibir la retribución que le corresponde. Si el empleado no ejerció sus funciones, no trabajó, en una palabra, la culpa no fue suya sino de la Administración, desde luégo que no podía contrariar las órdenes

de sus superiores jerárquicos. Si estando desempeñando su empleo el señor Amador, lo hubiera llamado el Ministro a Bogotá para asuntos relacionados con sus funciones, necesariamente habría tenido que obedecer la orden, y nadie podría negarle que durante el tiempo que estuvo fuera de su cargo tenía derecho a percibir la asignación correspondiente. Es éste el mismo caso *mutatis mutandi*. El señor Amador no dejó de ser empleado sino hasta cuando se suprimió el empleo. Tenía derecho a su sueldo mientras estuvo a disposición del Gobierno. Pero aun sosteniendo que por no haber prestado en su oficina el servicio ordinario carecía de derecho al sueldo, la culpa de la Administración implica la obligación de indemnizarlo, y esa indemnización no puede ser otra que una suma equivalente al sueldo que dejó de devengar.

Bogotá, agosto 31 de 1945.

Gonzalo Gaitán, Guillermo Hernández Rodríguez, Gabriel Carreño Mallarino.—Luis E. García V., Secretario.

Jurisdicción coactiva.—Excepciones.

(Consejero ponente, doctor Jorge Lamus Girón).

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre seis de mil novecientos cuarenta y cinco

La Recaudación de Hacienda Nacional de Campoalegre adelantó juicio ejecutivo, por jurisdicción coactiva, contra el señor Sixto E. Tovar, por la suma de seiscientos setenta y cuatro pesos con setenta y siete centavos ($ 674.77), por concepto del impuesto sobre la renta y sus complementarios. La ejecución aparece librada, además, por los intereses de retardo al uno por ciento mensual.

El mandamiento ejecutivo de que se trata, y que es de fecha veintisiete de mayo del corriente año, fue debidamente notificado e intimado al deudor, el que dentro del término legal propuso excepciones, siendo esta la causa para que el negocio haya venido al Consejo.

El incidente de excepciones sufrió la tramitación que ordena el Código Judicial, y ninguna de las partes solicitó pruebas. Corresponde ahora resolver, y a ello se procede, previas las consideraciones que siguen:

El Consejo es competente, por razón de que la cuantía del negocio, en su acción principal, es superior a quinientos pesos, de acuerdo con la Ley 67 de 1943.

Las excepciones.

El actor propuso las siguientes excepciones:

1ª Ineficacia del título ejecutivo;
2ª Carencia de causa;
3ª Inexistencia de la obligación;
4ª Cobro de lo no debido;
5ª Petición antes de tiempo y de un modo indebido;
6ª Cobro parcial de lo no debido, y
7ª Error de cuenta.

Ineficacia del título ejecutivo.

Esta excepción la hace consistir el actor en que hubo error en la liquidación del impuesto por el funcionario liquidador, y que se le cobra impuesto sobre reses muertas, y agrega:

> "....el número de ganados existentes en diciembre de 1943 era, según mi inventario en esa fecha, de 232 cabezas, por un valor comercial de $ 7.274.00, y no veo de dónde se me grava con 405 semovientes, cuando no los poseo, y avaluados a precio fuera del comercial, como se puede ver en las mismas ventas efectuadas durante el año de 1943."
>
> "Por otra parte, el hecho anotado por el señor liquidador, que no declaré 25 reses compradas al doctor Luis Felipe Cabrera y su señora, Elvira Perdomo, consiste en que son las mis-

mas compradas al señor Toribio Santos, y que fueron declaradas en la suma de $ 1.750.00.... Otro tanto sucedió con las 7 reses de que habla el señor Administrador, que fueron compradas al señor Emilio Alvarez, pues son las mismas compradas al señor Antonio Niño por la suma de $ 770.00, según los libros, y no por la suma de $ 810.00, como lo anota el señor liquidador."

Lo que se deja copiado relaciona hechos que necesitan de estudio y análisis comparativo, especialmente entre la declaración de renta hecha por el actor y la liquidación efectuada por el funcionario de la Administración.

Como tales documentos no fueron traídos a los autos, el Consejo carece de elementos de juicio para tal fin. Por esto, y con vista de la demanda, fue como se dictó el auto de fecha 26 de julio del corriente año (folio 10), abriendo a pruebas el incidente, con fundamento en el artículo 1026 del Código Judicial. Mas el actor no produjo ninguna prueba durante los quince días que la ley señala, pues ni siquiera pidió una sola.

Olvidó seguramente que los hechos en que se funda una excepción deben demostrarse; como esta sencilla y conocida regla legal de pruebas no fue tenida en cuenta por el excepcionante, como ya se expresó, el Consejo no tiene materia por examinar, inclusive; ni siquiera la declaración del contribuyente y la liquidación constan en los autos. Por estas razones la excepción de ineficacia del título ejecutivo no puede prosperar.

Carencia de causa.

Esta excepción la funda en lo siguiente:

"....la hago consistir en el hecho de que para cobrar una suma de dinero por concepto de impuestos, que no ha sido liquidada en la forma legal, no es una tasación formada de acuerdo con la ley, y el reconocimiento que se forme sobre una obligación que carece de causa es una obligación que no se puede ejecutar, y la acción ejecutiva tiene que cesar por este motivo. En la excepción anterior quedó demostrado que la liquidación que se hizo por concepto de impuesto sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades adolece de notables errores que afectan el fondo de la obligación."

El Consejo observa que lo ya expresado al considerar la excepción anterior obra con igual fuerza respecto de ésta, pues, en fondo, el motivo es el mismo y los hechos que la fundamentan son los que hubieran servido en mucho para el estudio de aquélla. En esas condiciones, no estando demostrados los hechos de la excepción, se debe declarar no probada.

Inexistencia de la obligación.

Dice el actor:

"Esta excepción la hago consistir en el hecho de que el título para cobrar al suscrito los impuestos anteriormente mencionados se apoyó en una obligación que no tiene la existencia que presenta el título, porque ella proviene de cómputos y liquidaciones errados, hechos por la Oficina Recaudadora, y como la obligación para que preste el mérito ejecutivo no puede adolecer de estos defectos, por esa razón propongo la excepción de ineficacia (sic) de la obligación, para que el señor Juez la reconozca al fallar."

Para el examen de esta excepción es igualmente indispensable que existan pruebas relacionadas con el hecho o hechos en que se funda, para que sea posible saber si los cómputos de que habla el excepcionante son o nó errados. Como con la prueba de esta excepción sucede lo que con las anteriores, es decir, que no se trajo ninguna, es obligada conclusión declararla *no probada.*

Cobro de lo no debido.

> "Esta excepción —dice el actor— la hago consistir en el hecho de que el recaudo ejecutivo de fecha mayo 27 de 1945, cobro que se ha adelantado por concepto de impuestos sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades, liquidados en sumas mayores a las que debo, cobro que, hecho en la forma indicada, se adelanta sobre sumas que no debo, y de ahí la excepción propuesta."

Se endereza esta excepción a sostener que no debe la suma de que trata el mandamiento ejecutivo, pero como no trae la prueba de ese hecho, no es posible despachar favorablemente la petición, y, por lo tanto, debe declararse *no probada.*

Petición antes de tiempo y de un modo indebido.

Esta excepción la hace consistir el excepcionante en que, dice, que se le adelanta una ejecución "por la suma de $ 674.77 moneda corriente, más los recargos de 1% por cada mes o fracción de mes, sobre sumas que se me cobran por anticipado, y que, por lo tanto, no debo, motivo por el cual y por las razones apuntadas, propongo igualmente la excepción de petición antes de tiempo y de un modo indebido".

Para que esta excepción, como las anteriores, pudiera prosperar, era necesario que apareciera la prueba de que la obligación no era exigible, como parece que lo insinúa el actor al hablar de pago *anticipado.* Tal prueba tampoco fue traída a los autos, y el reconocimiento de la Recaudación, a favor de la Nación, de la suma de que se trata, fue hecho el 25 de mayo del presente año, y se refiere a los impuestos del año de 1943.

Por el mismo motivo de la falta absoluta de pruebas no se sabe cuándo le fue notificada la liquidación al excepcionante. Por estas consideraciones es claro que la excepción deberá declararse no probada.

Cobro parcial de lo no debido.

Como se puede colegir por las excepciones anteriores, esta excepción se funda, y así lo afirma el actor, en que se le cobra una suma superior a la que justamente debe, y que, por lo tanto, así solicita que se declare.

Mas, como se ha venido observando, no se preocupó por demostrar ninguna de las excepciones, y en esas circunstancias no es posible verificar la liquidación de la Administración y estudiar la declaración de contribuyente, para saber si la suma que debe pagar por impuestos es menor de la que consta en el reconocimiento que sirve de título ejecutivo. Por lo tanto, es procedente declarar no probada esta excepción.

Error de cuenta.

Esta excepción, como lo dice el actor, "obedece a errores fundamentales en que ha incidido la oficina, cosa que se puede constatar (sic) fácilmente leyendo nuevamente la excepción relativa a ineficacia del título ejecutivo.

Esta última excepción tampoco puede prosperar por las mismas razones que se han venido exponiendo al estudiar cada una de las propuestas, porque no aparece la prueba de los errores que se alegan como fundamento.

Síntesis.

Por lo que se deja dicho a propósito del examen de cada una de las excepciones, hay que anotar que el actor descuidó su papel probatorio hasta el punto de que el Consejo, al entrar a fallar el incidente exceptivo, no tuvo más a qué referirse que al memorial de demanda de excepciones. La carga de la prueba corresponde, como regla general, al actor; es jurisprudencia constante y uniforme. El reconocimiento está amparado por la presunción de legalidad, y para destruír esa mejor posición de la Administración es necesario demostrar los hechos conducentes que motivan la demanda de excepciones.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, oído el concepto de su Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones propuestas por el señor Sixto E. Tovar en el presente juicio ejecutivo, que la Administración le adelanta por concepto del impuesto sobre la renta y sus complementarios, correspondientes al año de 1943.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Uribe Escobar, Jorge Lamus Girón, Tulio Enrique Tascón, Carlos Rivadeneira G., Gonzalo Gaitán, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

Impuestos—Compañías marítimas extranjeras

(Consejero ponente, doctor Jorge Lamus Girón).

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre siete de mil novecientos cuarenta y cinco.

El doctor Carlos A. Torres Pinzón, como apoderado de la Socony Vacuum Oil Co., Inc., Departamento Marítimo, en memorial del tres de junio de mil novecientos cuarenta y tres presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a efecto de que se dispusiera lo siguiente:

"Primero. Que se revisen y declaren nulas las operaciones administrativas por medio de las cuales se liquidó el impuesto sobre la renta, exceso de utilidades y patrimonio, correspondiente al año de 1940, a la Sociedad extranjera llamada Socony Oil Co., Inc., Departamento Marítimo *(Shipping Department)*, y que consiste en las siguientes Resoluciones dictadas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales:

"a) La número R. 1097 H., de fecha 26 de septiembre de 1942, por medio de la cual declaró la Jefatura tener en firme y en todas sus partes la liquidación del impuesto sobre la renta, que por el año de 1940 se dedujo a cargo de la Socony Vacuum Oil Company, Departamento Marítimo, Sociedad extranjera con actividades y negocios en Colombia."

La liquidación referida fue hecha en la siguiente forma:

"Renta bruta total	$ 33.735.790.73	
"Renta neta total	9.329.333.90	
"Porcentaje entre renta bruta y neta	.....	27.65%
"Entradas brutas en Colombia..	900.646.15	
"27.65%, sobre esta cantidad .. .	.....	249.028.66
"Dólares, 249.028.66, al 175.18%	.....	436.248.41
"Renta gravable, $ 436.248.41; impuesto	$	53.227.26
"Total del impuesto		53.227.26

"b) La número R. 384 H., de fecha 17 de mayo de 1943, por medio de la cual se negó el recurso de reposición intentado contra la Resolución número R. 1079 de 26 de septiembre de 1940, y se ordenó tenerla en firme y en todas sus partes.

"Segundo. Que se declare que la Socony Vacuum Oil Co., Inc., Departamento Marítimo (en inglés *Shipping Department)*, no está obligada a cubrir el impuesto sobre renta, patrimonio y exceso de utilidades en la cantidad liquidada, de $ 53.227.26, sino en la cantidad que resulte a su cargo luégo de rehecha la liquidación conforme a derecho, y que la Compañía estima en $ 6.56, correspondiente a una renta de $ 665.56.

"Tercero. Que se ordene la devolución a la Compañía que represento, de la cantidad de $ 52.220.70, liquidados y pagados indebidamente por razón de la liquidación hecha por el Administrador de Hacienda Nacional el día 26 de noviembre de 1941, y sus intereses legales.

"Cuarto. Que, subsidiariamente a las peticiones segunda y tercera, se haga una nueva liquidación y se fije la suma y valor del impuesto sobre la renta correspondiente al año de 1940, a cargo de la Compañía gravada, y se ordene la devolución del pago indebido que resulte de conformidad con esa nueva liquidación hecha por el Tribunal."

El demandante alegó los siguientes hechos:

"1º La Socony Vacuum Oil Co., Inc. (Departamento Marítimo) es una sociedad anónima constituida de conformidad con las leyes del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América, con domicilio en el número 26, Broadway, Nueva York.

"2º La Superintendencia de Sociedades Anónimas no ha concedido permiso para ejercer su objeto social en Colombia a la Socony Vacuum Oil Co., Inc.

"3º La Socony Vacuum Oil Co., Inc., por medio de su Departamento Marítimo mantuvo en 1940 el siguiente tráfico marítimo en puertos colombianos:

"Barcos.	Millas.	Fletes.
"Ilda Knudsen. Tocó en Coveñas, con destino a Tenerife, con un recorrido de	3.567	$ 72.922.52
"Brilliant. Tocó en Coveñas, con destino a Buenos Aires, con un recorrido de	5.346	159.839.40
"Yarraville. Tocó en Coveñas, con destino al Havre, con un recorrido de	4.390	71.324.21
"Java Arrow. Tocó en Coveñas, con destino a Tenerife, con un recorrido de	3.602	156.956.65
"Royal Arrow. Tocó en Coveñas, con destino a Tenerife, con un recorrido de	3.611	90.400.61
"Japan Arrow. Tocó en Coveñas, con destino a Buenos Aires, con un recorrido de	5.310	85.911.18
"Royal Arrow. Tocó en Coveñas, con destino a Tenerife, con un recorrido de	3.613	90.128.27
"Royal Arrow. Tocó en Coveñas, con destino a Tenerife, con un recorrido de	3.616	90.403.18
"Toorak. Tocó en Coveñas, con destino al Havre, con un recorrido de.	4.381	75.442.12
"Argon. Tocó en Coveñas, con destino a Aruba, con un recorrido de.	520	7.318.00
	37.956	$ 900.646.15

"Flete total en dólares americanos, 900.646.15.

"Cuarto. Los buques detallados anteriormente son tanques destinados al transporte de petróleo, que llegan a puerto, cargan el petróleo y siguen luégo para el lugar del destino, sin que la Compañía tenga necesidad de mantener representante en el puerto ni agente comercial, pues no tiene la Compañía servicio de transportes en el país, ni existen itinerarios fijos, ni los viajes se hacen periódicamente en fechas preestablecidas, sino que cargan el petróleo de conformidad con contratos, o ventas de petróleo, o fletes, contratados en el Exterior por personas no domiciliadas en Colombia, y pagados en el Exterior con fondos en el Exterior. Tampoco tienen tarifas sujetas a aprobación gubernamental en Colombia.

"Quinto. La jurisdicción colombiana se ejerce sobre estos buques desde que entran a aguas territoriales hasta que salen de ellas.

"Sexto. Las cantidades de $ 900.646.15, valor de los fletes recibidos por la Compañía en el Exterior, corresponden a entradas brutas por servicio de transportes en alta mar, por un recorrido de 37.956 millas en total, y de las que sólo corresponden a la jurisdicción colombiana 70 millas, computando un recorrido de 7 millas por buque dentro de aguas territoriales colombianas.

"Séptimo. La declaración del impuesto la hizo la Compañía en la siguiente forma:

"Denunció como renta bruta en Colombia el flete correspondiente al recorrido de los buques en aguas territoriales colombianas, o sea la cantidad de $ 1.350.97, que es equivalente al 15% de la entrada bruta por fletes, $ 900.646.15, y al aplicar la proporción de 27.65% entre las rentas brutas y la renta total de la Compañía, denunció como renta gravable en Colombia la cantidad de US$ 373.54, equivalente a $ 655.56, en moneda corriente, al cambio del 175.18%. El impuesto correspondiente a esta renta es de $ 6.56."

Como fundamentos de derecho trae el apoderado, doctor Carlos A. Torres Pinzón, un estudio sobre los varios aspectos legales del negocio, resultando oportuno copiar algunos de los apartes más importantes:

"Los impuestos sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades —dice el apoderado de las compañías marítimas extranjeras— están sujetos a las disposiciones especiales del Decreto número 2374 de 1936, complementado por el Decreto 1691 de 1937, en concordancia con las Leyes 78 de 1931 y 81 de 1931.

Estos dos Decretos reglamentan las disposiciones legales en cuanto definen la persona sujeta al impuesto en la siguiente forma: No gravan la renta de *todas* las compañías marítimas extranjeras, limitándose la obligación de presentar declaración de renta exclusivamente a las compañías marítimas extranjeras que se ocupen en el negocio de servicio de transportes entre puertos colombianos y puertos extranjeros en forma permanente, periódica o regular, sean o nó domiciliadas y tengan o nó agente o representante en el país (artículo 3º del Decreto 1691 de 1937). Esta reglamentación es congruente con el artículo 25 del Decreto 818 de 1936 en la parte que define la renta originada en el país como la producida por una actividad ejecutada dentro de 'los límites territoriales de Colombia', y principalmente con el artículo 4º de la Ley 78 de 1935, el que, en su numeral

5º, claramente indica que 'las personas naturales o jurídicas no domiciliadas sólo serán gravadas sobre su renta originada dentro del país'.

"En esta forma, lo que la ley y sus reglamentos dicen puede concretarse así: La renta de las compañías marítimas extranjeras gravables con el impuesto colombiano es la producida dentro de los límites territoriales de Colombia por actividades desarrolladas en forma permanente, periódica o regular, sean o nó domiciliadas esas compañías o tengan o nó agente o representante en el país.

"Para imponer el gravamen debe, pues, establecerse lo siguiente:

"Si el servicio de transportes está establecido en forma permanente, periódica o regular, entre puertos colombianos y puertos extranjeros, se grava únicamente el monto de la renta producida por esa actividad ejecutada dentro de los límites territoriales.

"En este concepto, la simple llegada a puerto colombiano de buques y la operación de cargue y descargue no es suficiente para gravar esa actividad; es la forma permanente, periódica y regular de ella la que determina la imposición fiscal.

"El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del nueve de marzo del año próximo pasado, desató la controversia declarando que no había lugar a hacer las declaraciones solicitadas en la demanda.

Tal sentencia se fundamentó, entre otras razones, en las siguientes:

"....Hay constancia en el expediente de que los barcos pertenecientes a la Socony Vacuum Oil Co., Inc., arribaron a cargar o descargar en puertos colombianos de manera regular, durante el año de 1940 (113, cuaderno 2).

"En efecto, de febrero a diciembre arribaron durante todos los meses, con excepción de marzo, julio y agosto, pero en cambio arribaron por dos veces en febrero y septiembre.

"El adjetivo *periódico*, según el Diccionario, significa que 'guarda período determinado', de donde se concluye que el servicio mensual de transporte de que se ocupó durante el año de 1940 la Compañía demandante, justifica plenamente la aplicación de los Decretos 2472 y 1691 citados.

"Más aún: si la periodicidad en el servicio de transportes por parte de la Sociedad demandante, durante el año de 1940, se prestara a dudas, el caso tendría adecuada solución en el inciso 2º del artículo 3º del Decreto 1691 de 1937, cuyo texto es como sigue: 'Corresponde a la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en caso de duda, decidir si el negocio de transportes se ha ejercido por una compañía marítima extranjera, regularmente, o sólo de manera eventual.'

"De forma que este problema, que en sentir del Tribunal es absolutamente claro, fue ya resuelto por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales con fundamento en la disposición que se acaba de citar, y, por tanto, no es el caso de volver sobre él."

De esta sentencia apeló, en el acto de la notificación, el apoderado, y concedido que le fue el recurso, vinieron los autos al Consejo, donde ha tenido el negocio la tramitación que le es propia, y llegado el momento de fallarlo, a ello se procede, teniendo en cuenta:

Dos son los puntos que se deben dilucidar para establecer si la Administración se ajustó o nó a los preceptos legales y reglamentarios que rigen la materia, al hacer la liquidación del impuesto sobre la renta y sus complementarios, correspondiente al año de 1940, a la Socony Vacuum Oil Co., Inc. (Departamento Marítimo), sociedad anónima constituída de conformidad con las leyes del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América.

Ellos son:

I. Cuándo son sujetos de impuesto sobre la renta y sus complementarios las compañías marítimas extranjeras; y
II. Cómo se liquida el impuesto a estas compañías.

I

El artículo 4º de la Ley 78 de 1935 estableció el impuesto sobre la renta de toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, domiciliada o nó en el país, determinando, en el inciso 5º, que las personas naturales o jurídicas no domiciliadas sólo serán gravadas sobre su renta originada dentro del país, concepto este último que ratificó el inciso final del artículo 24 del Decreto 818 de 1936, reglamentario de la Ley 78 mencionada.

Por el artículo 5º de la misma Ley 78 se establece el impuesto sobre toda compañía nacional o extranjera, domiciliada o nó en el país, sobre la renta líquida correspondiente al año civil anterior, que provenga de toda propiedad poseída en Colombia, y de todo negocio, industria, comercio, profesión u oficio que tenga en el país, y de cualquiera otra fuente dentro de éste, sea cualquiera el lugar donde se perciba la renta.

El Decreto reglamentario 818, en sus artículos 25, 26, 28 y 29, determina cuál es la renta originada dentro del país, entre la cual está la que tenga por causa una actividad cualquiera ejecutada dentro de los límites territoriales de Colombia.

Por el artículo 5º del Decreto 2374 de 1936 se establece cuál es la renta líquida gravable de las compañías marítimas extranjeras, que se ocupan en el negocio de servicio de transportes entre puertos colombianos y puertos extranjeros; siendo entendido, para los efectos de este artículo, las que en forma permanente, periódica o regular ejercen tal negocio, sean o nó domiciliadas y tengan o nó agente o representante en el país, según las voces del artículo 3º del Decreto número 1691 de 1937, el que también determina que corresponde a la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en caso de duda, decidir si el negocio de transportes se ha ejercido por una compañía marítima extranjera regularmente o sólo de manera eventual.

Teniendo presentes tales disposiciones, se puede concluír que las compañías marítimas extranjeras no domiciliadas, tengan o nó agente o representante en el país, que ejerzan su negocio regularmente, según decisión del Jefe de Rentas e Impuesos Nacionales, son gravables en Colombia sobre la renta originada dentro del país.

La obligación tributaria nace, pues, para estas compañías, por la reunión de estas condiciones, en virtud de las cuales adquieren la calidad de sujetos pasivos, por ser titulares de las relaciones económicas que el legislador ha considerado que producen una capacidad contributiva.

En el caso de autos son hechos admitidos y aceptados que la Socony Vacuum Oil Co., Inc. (Departamento Marítimo) es una Compañía marítima extranjera, no domiciliada, que aunque no tenía apoderado especial en Colombia, estuvo representada por el señor Paul H. Le Fevre,

primeramente, y luégo por el doctor Carlos Arturo Torres Pinzón, con poder especial y suficiente, y con facultad expresa para ratificar lo actuado por el señor Le Fevre, en el particular, como al efecto lo hizo.

La Compañía demandante pide que su actividad en el año gravable de 1940 no puede considerarse como permanente, periódica y regular, pues de los doce meses del año fiscal dicho dejaron de arribar buques en los meses de enero, marzo, julio y agosto; que no tiene servicio de transportes en el país, ni existen itinerarios fijos, ni los viajes se hacen periódicamente en fechas preestablecidas, sino que cargan el petróleo de conformidad con contratos, o ventas de petróleos, o fletes contratados en el Exterior, por personas no domiciliadas en Colombia, y pagados con fondos en el Exterior, no habiendo por ello regularidad en el servicio, y, por tanto, no está cumplida esta condición para que se cause el impuesto, de acuerdo con el artículo 3º del Decreto número 1691 de 1937.

Para el Tribunal, según se aprecia del contenido del fallo recurrido, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 3º del Decreto antes mencionado, corresponde a la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales decidir, en caso de duda, si el negocio de transportes se ha ejercido por una compañía marítima extranjera regularmente o sólo de manera eventual; y que como esta oficina ya decidió, en Resolución de 2 de enero de 1939, afirmativamente, según aparece de la carta del señor Le Fevre, de fecha 14 de mayo de 1941 (cuaderno 2º, folio marcado con el número 1), en ejercicio de la facultad que por esa norma especial se le concede, ello significa, sin duda alguna, que la protesta que hace la Compañía en la demanda, de que su actividad en el año gravable de que aquí se trata no puede considerarse como regular, no tiene la virtualidad propia de revivir el debate sobre un hecho ya fallado por quien por disposición expresa de la ley es el único encargado de hacerlo.

El Consejo estima, teniendo para ello en cuenta los principios del derecho financiero, que siendo la única fuente de la obligación tributaria la ley, "las normas que regulan esta delicada materia, y de las cuales el Fisco debe hacer aplicación para establecer a cargo del sujeto pasivo la existencia y medida de la obligación tributaria, establecen al mismo tiempo *derechos* a favor del contribuyente, acerca de la exacta observación de las normas mismas".

Por lo tanto, al surgir un conflicto entre los órganos financieros que afirman que existe la obligación, y el contribuyente que niega que existe, no se puede aceptar que el conflicto se resuelva imponiendo siempre la voluntad de la Administración; porque esa solución estaría en contradicción con los principios que deben regir la vida jurídica del moderno Estado de derecho, que, como Estado ético, está obligado a respetar él mismo las normas que establece; porque esa solución sería antijurídica y representaría el desconocimiento de la jurisdicción contenciosa para la resolución de las controversias referentes a cuestiones de hecho y de liquidación, y porque la actividad de la administración financiera en la aplicación e interpretación de la ley tributaria está vinculada a la obligación de aplicar exacta y fielmente la ley misma.

Por lo dicho cree que aunque el inciso 2º del tántas veces mencionado Decreto número 1691 de 1937 le confiere a la Jefatura de Rentas una facultad expresa y especial, no es ella una facultad discrecional sino vinculada, desde luégo que ella no puede autorizarla para resolver la duda en contra de los hechos, ni en una forma diversa de lo que resulte de la aplicación a ellos pura y simplemente de las normas que los regulan; y siendo esto así, como lo es en realidad, en esta contención de la revisión de las operaciones administrativas debe el juzgador estudiar todo

el proceso formativo de la obligación tributaria, pues la fisonomía jurídica de esta obligación sólo puede entenderse totalmente si se tienen en cuenta todas las relaciones que nacen entre el Estado y el contribuyente, desde el momento en que se crea la norma en la cual tiene su origen, hasta aquel en que se aplica mediante el cobro del tributo, y que integran la vida unitaria de relación del impuesto, al decir de los tratadistas.

Establecido lo anterior, el Consejo estima, como lo estimaron la Jefatura y el Tribunal, que diez viajes en un año y en transportes marítimos, por una misma compañía, y con ocasión de llevar productos colombianos, son indicativos de una actividad regular, pues ese tráfico marítimo sostenido así por la compañía para transportar petróleo colombiano, no puede significar que estuvo sujeta a hechos o circunstancias de realización incierta, contingente o conjetural, sino que obedeció a normas y reglas constantes, fijas, de común ocurrencia en negocios de esa clase. Es decir, que un tráfico marítimo de diez buques en un año no es una actividad eventual, sino regular, permanente, periódica, y, como tál, creadora de la relación económica que el legislador colombiano ha considerado que produce una capacidad contributiva en una compañía marítima extranjera.

Como así apreció los hechos la Jefatura de Rentas, al decidir, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto número 1691, que la Compañía demandante había ejercitado una actividad regular en el negocio de transporte durante el año gravable de 1940, concurre en el caso de autos esta condición para que se cause el impuesto, y no es pertinente, por lo tanto, acceder por esta causa a la nulidad de las Resoluciones que se revisan.

Para el Consejo, de acuerdo en esto con el demandante, el artículo 3º del Decreto 1691 de 1937 vino a dejar perfectamente claro qué se estima por actividad ejercitada dentro de los límites territoriales de Colombia que causa impuesto, por ser renta originada dentro del país, la de las compañías marítimas extranjeras, sean o nó domiciliadas y tenga o nó agente o representante en el país, cuando se ha ejercido tal negocio, en forma regular, permanente o periódica, y, por lo tanto, que la sola actividad de esas empresas, que escapa al impuesto, es la actividad eventual.

Si la Socony Vacuum Oil Co., Inc. (Departamento Marítimo), según lo ya dicho, ejercitó en el año gravable de 1940 una actividad de transportes entre puertos colombianos y puertos extranjeros, en forma regular y no eventual, es sujeto pasivo del impuesto en la proporción determinada en la norma que lo regula, y la que adelante se verá, y no en la forma restringida como se aprecia en la demanda, pues no debe olvidarse, como lo dice un tratadista, que la soberanía financiera, así como se ejercita sobre la colectividad de las personas residentes en el Estado, y que del Estado reciben tutela en sus vidas y haciendas, sean nacionales o extranjeras, análogamente grava los intereses que se desenvuelven en el Estado bajo su favor o su tutela, ya se manifiesten esos intereses económicos exclusivamente dentro de los límites del territorio nacional, ya se originen en el extranjero, sí influyen el territorio del Estado, como es el caso de autos.

De lo dicho hasta aquí se concluye que en virtud de estar reunidas en autos las condiciones en virtud de las cuales la Compañía demandante adquirió la calidad de sujeto pasivo de la obligación tributaria sobre la renta y sus complementarios, en el año de 1940, por ser titular de las relaciones económicas que las leyes colombianas consideran que producen una capacidad contributiva, se ha causado el impuesto, y como así

lo consideró la Administración en las Resoluciones que se revisan, no hay motivo legal fundado para anularlas en cuanto consideran a la Socony Vacuum Oil Co., Inc. (Departamento Marítimo), como sujeto pasivo de impuesto con relación al origen de la renta.

II

Determinado este primer punto, sólo resta examinar cómo se liquida o determina en Colombia la renta gravable de estas compañías, y si en la revisión de esta operación administrativa hay lugar a que se haga una nueva liquidación.

Como lo dice el expositor y profesor doctor Manuel A. Alvarado, en su *Tratado de Ciencia Tributaria*, "en todas las legislaciones del mundo la determinación de la renta gravable de las compañías anónimas extranjeras que se ocupan en negocios de servicios de transportes entre puertos locales y puertos extranjeros, está sometida a un régimen de excepción, por las dificultades insuperables que existen para someterlas a las normas generales", y que abocada la Jefatura de Rentas en 1939 a este problema, que es de los más complejos en la legislación impositiva sobre la renta, se estuvo pensando en la fórmula americana de la reciprocidad legislativa. la que se encontró impracticable por su extremada complejidad, llegándose al fin a la establecida en el artículo 5º del Decreto 2374 de 1936, que dice:

> "La ganancia gravable de las compañías extranjeras, que se ocupan en el negocio de servicio de transportes entre puertos colombianos y puertos extranjeros, estará constituida por una cantidad que guarde, con la ganancia total obtenida por las compañías, tanto dentro como fuera del país, la misma proporción que existe entre sus entradas brutas en Colombia y sus entradas totales en los negocios efectuados dentro y fuera del país."

El doctor Alvarado continúa así:

> "De acuerdo con esta disposición, la ganancia gravable de una compañía marítima extranjera se obtiene mediante el desarrollo de la siguiente proporción: utilidad gravable en Colombia es a la ganancia total obtenida, tanto dentro como fuera del país, como las entradas brutas en Colombia son a las entradas totales de los negocios efectuados dentro y fuera del país."

Antes de desarrollar la proporción, examinemos la divergencia que resulta de la apreciación de uno de los términos de la proporción, y la que está planteada así:

> "El hecho concreto que aquí se debate (dice el apoderado en su alegato producido cuando en esta instancia se le corrió traslado), es el siguiente, expuesto nitidamente en la demanda: si la cantidad de US$ 900.646.15, valor de fletes recibidos por la Compañía en el Exterior como valor de un servicio de transportes por un recorrido de 37.956 millas de sus buques-tanques pueden considerarse como 'entradas brutas en Colombia', por el hecho de corresponder dichos fletes al transporte de un elemento producido en Colombia', el petróleo, como lo sostiene la Jefatura de Rentas y la sentencia, por haber sido cargado tal petróleo en los buques-tanques en puertos nacionales, con destino a puertos extranjeros; o si, por el contrario, el recibo de esa suma es el producto de un bien raíz extranjero, y una renta no gravable en Colombia con el impuesto sobre la renta; o si es

indispensable averiguar qué parte o porción de esa suma corresponde a actividades producidas dentro de los límites territoriales colombianos, y qué parte o porción corresponde a esas fuentes."

La diferencia estriba en lo siguiente:

Para la Administración son *entradas brutas en Colombia* el valor de los fletes de los diez viajes de los buques de la Compañía, que llegaron a puertos colombianos a llevar petróleo para distintas partes del Exterior, que es uno de los términos de la proporción, y que suman, según constancias de autos, US$ 900.646.15.

Para la Compañía, en cambio, son *entradas brutas en Colombia* la parte del flete de los diez viajes, correspondientes al recorrido de los buques dentro del mar territorial de Colombia, suma que denunció en US$ 1.350.97.

Ya se vio antes que el ejercicio regular del negocio de transportes por las compañías marítimas extranjeras no domiciliadas es la actividad económica que se ha considerado que produce una capacidad contributiva, pues se estima como actividad ejercitada dentro de los límites territoriales de Colombia, por su renta originada dentro del país que causa impuesto, de acuerdo con los artículos 4º y 5º de la Ley 78 de 1935 y el artículo 3º del Decreto número 1691 de 1937, así como los correspondientes del Decreto 818.

Si esto es así, como lo es en realidad, el término de la proporción que establece el artículo 5º del Decreto número 2374 para liquidar o determinar la ganancia gravable de estas compañías, cuando se refiere a las *entradas brutas en Colombia,* no puede ser otro que el producido de los fletes percibidos por las compañías por el transporte en sus buques de los productos tomados en puertos colombianos.

Sería desconocer la relación económica considerada como productora del impuesto, el limitar la imposición a lo percibido por el recorrido del mar territorial, pues ella no se manifiesta por ese recorrido únicamente, sino por la actividad regular del negocio de transporte, que es la que se ha considerado por las normas legales que por ella se hacen partícipes las compañías extranjeras, no domiciliadas, de los beneficios que el Estado procura a los bienes, a las personas y a las relaciones jurídicas que tutela y favorece, y, por lo tanto, sometida a la soberanía financiera, pues aunque se ha originado en el extranjero, ha afluído al territorio nacional, donde se han desenvuelto y manifestado bajo su favor o su tutela.

No se toma esa renta como producto de un bien raíz extranjero, lo que sería ilegal, pues esos productos están considerados como renta no originada dentro del país, sino que se grava el ejercicio regular del negocio del transporte entre puertos colombianos y extranjeros, en buques de bandera extranjera, por considerar una actividad así ejercitada como renta originada dentro del país, desde luégo que se hace con productos nacionales y recibe, por el modo regular como se ejercita, la protección y el favor del Estado.

Por lo tanto, el término de la proporción tomado por la Administración para determinar la renta gravable de la Compañía demandante, como *entradas brutas en Colombia,* que es el mismo por ella denunciado como *"renta bruta devengada en diez viajes (según lista adjunta) en Colombia, para puertos colombianos o de ellos"*, es el que legalmente debía servir para determinar la ganancia gravable de la Socony Vacuum Oil Co., Inc. (Departamento Marítimo), en el año de 1940.

Esto no significa que este término, que corresponde a US$ 900.646.15, sea la renta gravable, sino que es apenas uno de los términos de la proporción por medio de la cual se determina la renta, de acuerdo con lo establecido por el artículo 5º del Decreto número 2374.

Para finalizar este punto, no debe olvidarse que la obligación tributaria, como obligación *ex lege* de derecho público, nace por la reunión de las condiciones necesarias para que cualquiera obligación de ese género se origine: la ley y el hecho indicado como condición objetiva, necesaria y suficiente para que nazca la obligación tributaria para el sujeto pasivo, y el hecho previsto por la norma como generador de la obligación, como ya se ha visto; luego no se puede en ningún caso concluír, como lo quisiéra el demandante, que no existe la obligación.

Sólo falta por examinar si en el desarrollo de la proporción, o mejor, si en la aplicación del artículo 5º del Decreto 2374 incurrió la Administración en errores o equivocaciones que ameriten hacer una nueva liquidación.

Siendo la ganancia neta total obtenida por la Compañía, tanto dentro como fuera de Colombia, de ..... US$ 9.329.333.90
las entradas brutas en Colombia, de 900.646.15
y las entradas brutas totales de los negocios efectuados tanto dentro como fuera del país, de 33.735.790.73
la proporción, según lo dice el doctor Alvarado, se plantea así:

$$x : 9.329.333.90 :: 900.646.15 : 33.735.790.75$$

$$x = \frac{9.329.333.90 \times 900.646.15}{33.735.790.73} = \frac{84.024.286.59}{33.735.790.73} = 249.065.70$$

Dólares 249.065.70 al 175.18% 436.313.29

que es la renta gravable, la que paga el impuesto así:

$ 400.000 al 14% (Ley 78 de 1935) ..... $	47.790.00
$ 36.313.29 (saldo) al 15%	5.446.90
Total del impuesto ..... $	53.236.99

Según el sistema empleado en la liquidación se busca el porcentaje entre las entradas brutas totales y la ganancia neta total, o sea entre:
33.735.790.73
9.329.333.90, que da 27.65, con un residuo de 41, que se despreció, y este procentaje se les busca a las entradas brutas en Colombia, las que, siendo de US$ 900.646.15, dan en dólares 249.028.66, los que, convertidos en pesos colombianos, al cambio del 175.18%, se tiene una renta gravable de $ 436.248.41, que paga el impuesto así:

$ 400.000 al 14% ..... $	47.790.00
$ 36.248.15 al 15% (saldo)	5.437.26
Total del impuesto ..... $	53.227.26

La diferencia de $ 9.73, como en este caso sería en contra de la Compañía, que fue la apelante, no se debe computar para hacerle más gravosa su situación, por ser regla procedimental que la apelación se entiende concedida en lo desfavorable al apelante. Pero sí debe, por la Administración, tenerse en cuenta que es más precisa la determinación y liquidación en la forma indicada por el doctor Alvarado, desde luégo

que la diferencia se debe al desprecio que se hizo de la fracción de diezmilésimos en este caso, pero que en cantidades considerables representan cantidades que estrictamente deben ingresar al Tesoro Nacional por ser parte del adeudo.

No es necesario hacer más consideraciones sobre el particular para concluír que se impone la confirmación de la sentencia recurrida.

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

Confírmase la sentencia de nueve de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que ha sido materia de la apelación.

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

Ricardo Uribe Escobar, Jorge Lamus Girón, Gonzalo Gaitán, Tulio Enrique Tascón, Carlos Rivadeneira G., Guillermo Hernández Rodríguez, Gabriel Carreño Mallarino.—Luis E. García V., Secretario.

JAIME TOBON VILLEGAS
DONACION

Electorales—Nulidad de escrutinios

(Consejero ponente, doctor Jorge Lamus Girón).

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

El dia veintiuno de abril próximo pasado el doctor Leonidas Gómez B. presentó, ante el Juez Quinto Civil del Circuito de Medellin, el escrito dirigido a los señores Magistrados del honorable Consejo de Estado, con el que se inicia esta actuación, y por medio del cual pide a esta corporación que, previos los trámites establecidos en el Código Contencioso Administrativo para estos casos, y con audiencia del Ministerio Público, se decrete:

"a) Que es nulo el acto por el cual los señores Aurelio Mejía, Julián Uribe Gaviria, Gabriel Mejia Bedout y Rafael Vélez Toro, quienes diciéndose miembros del Consejo Electoral declararon electos como Representantes a la Cámara para el período 1945-1947 a los siguientes señores: Darío Botero Isaza, Dionisio Arango F., José María Bernal, Victoriano Toro Echeverri, Joaquín Estrada M., José Luis López, Jesús M. Arias, Juan Zuleta Ferrer, Felipe Hoyos, Lázaro Restrepo R., Abelardo Arango A., Diego Tobón Arbeláez, Luis Mesa Villa, Luis Carlos Mesa, Antonio María Gutiérrez, Pedro María Botero y Juan de J. Peláez, como principales, y a los señores Andrés Rivera Tamayo, Pedro Claver Gómez, Juan de Dios Posada L., Alfonso Vieira J., Germán Giraldo Salazar, Augusto Toro Lopera, Joaquín Felipe Escobar, Manuel María Chavarriaga, Antonio J. Vélez M., Benjamín Pérez, Germán Díaz López, Elibardo Ospina, Raúl Zapata, Carlos Julio Palacio, Mariano Roldán, Alejandro Gómez D. y Juan Saldarriaga, como suplentes, en la reunión que celebraron en el carácter de tales, y con la intervención de escrutadores que ellos nombraron, en el local de la Asamblea Departamental, situado en el Palacio de la Gobernación de esta ciudad, en los días diez y once del presente mes, y que, asimismo, son nulas las credenciales que dirigieron a los ciudadanos que declararon electos, y en las cuales les comunicaron dicha declaración.

"b) Que son nulos los escrutinios de las elecciones para Diputados a la Asamblea Departamental y Representantes a la Cámara, del 18 de marzo último, que dicen haber practicado los tántas veces citados señores Aurelio Mejía, Julián Uribe Gaviria, Gabriel Mejia Bedout y Rafael Vélez Toro, como miembros interinos del Consejo Electoral, con intervención de escrutadores nombrados por ellos, en sesión que celebraron en el lugar y tiempo de que se hace mención en la petición anterior, por ser ilegal dicha sesión y los actos en ella verificados.

"c) Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se decrete también que el Consejo Electoral de Antioquia, inte-

grado de acuerdo con la ley, debe hacer los escrutinios de las elecciones del 18 de marzo pasado.

"d) *Subsidiaria de la anterior*. Que ese honorable Consejo, y como consecuencia de la declaración de nulidad impetrada, haga los escrutinios correspondientes a las elecciones del 18 de marzo último, para lo cual dispondrá previamente que le sean remitidos por las entidades correspondientes los elementos necesarios, y si no fuere posible obtener esos elementos, haga tales escrutinios con base en las actas de los Jurados de Votación, de los Jurados Electorales, que deben reposar en el honorable Consejo."

Como hechos fundamentales expuso los siguientes:

"Primero. El día diez y ocho de marzo próximo pasado se verificaron en este Departamento las votaciones para elegir Diputados a la Asamblea Departamental y Representantes a la Cámara, para el período 1945-1947.

"Segundo. El Consejo Electoral, de acuerdo con las disposiciones legales, acordó hacer los escrutinios correspondientes a las dichas elecciones el día diez del mes en curso, a las diez de la mañana.

"Tercero. En ese día y hora se reunió el Consejo Electoral de Antioquia, en el local donde ha venido funcionando, para efectuar los escrutinios referidos, con la asistencia de los señores doctor Rubén Uribe Archila, Presidente en el carácter de principal; doctor Rafael Montoya Mejía, en el carácter de suplente del doctor Abelardo Arango; doctor Luis Navarro Ospina, Vicepresidente y como principal; doctor José Gallo Gómez, como suplente del doctor Aníbal Vallejo, y doctor Froilán Montoya, Mazo, Secretario. Asistieron, además, los escrutadores previamente nombrados, doctores Oscar Aguirre y Jaime Urreta Jaramillo, por la mayoría. En el curso de la sesión se posesionó y asistió a ella el doctor Alejandro Palacio U., nombrado escrutador por la minoría. Poco tiempo después concurrió a ella el señor Aníbal Moreno, miembro suplente de don Lázaro Restrepo R.

"Cuarto. A poco de iniciada la sesión referida, se presentaron ante dicha corporación los señores Eduardo Castro y Joaquín Osorio Olano, Comandantes de la Policía Departamental y Municipal, respectivamente, y uno de ellos leyó una comunicación dirigida por el señor Gobernador, encargado, y el señor Alcalde de Medellín, en la cual los comisionaban para que impidieran que el doctor Rubén Uribe Arcila y demás miembros presentes en la sesión actuaran en su condición de Consejeros en la práctica de los escrutinios. Al mismo tiempo comunicaba el Gobernador que respaldaría, para que practicasen los escrutinios, a los señores doctor Aurelio Mejía, Capitán Julián Uribe Gaviria y don Gabriel Mejía Bedout, nombrados por el Gran Consejo Electoral, pocos días antes, como miembros interinos.

"Quinto. El Consejo Electoral protestó contra la coacción que contra su autonomía y libertad de acción ejercía la Gobernación, por intermedio de sus subalternos, y por dos veces envió comunicados al Gobernador, pidiéndole que le diera las garantías y libertad para el ejercicio de sus funciones. A la segunda de dichas comunicaciones, el Gobernador, encargado de hacer cumplir las leyes, contestó negando lo solicitado y se afirmó en su resolución de impedir que el Consejo presidido por el doctor

Uribe Arcila hiciera los escrutinios. El Consejo solicitó también al señor Gobernador que concurriera al local donde funcionaba la corporación, para que, como guardador de una de las llaves del arca triclave, procediera a la apertura de ésta, pero tal funcionario no accedió a ello.

"Sexto. En presencia de estas circunstancias, los miembros del Consejo Electoral, depositarios de las otras llaves del arca triclave, manifestaron que iban a proceder a la apertura de ella; pero el Capitán Restrepo, de la Policía Departamental, allí presente, expresó que tenía órdenes de impedir que se abriera el arca, y que usaría de la fuerza para cumplir esta orden. No valió que los miembros del Consejo hicieran saber a dicho Capitán de la Policía las sanciones legales en que incurriría, a pesar de la orden superior, por causa de la coacción que contra la corporación se ejercía.

"Por todas estas razones, el Consejo Electoral suspendió la práctica de los escrutinios mientras obtenía que el Gobierno diera las garantías necesarias para actuar normalmente, y el Presidente de la corporación, doctor Uribe Arcila, levantó la sesión.

"Séptimo. El mismo día diez de abril, después de levantada la sesión en la forma que acaba de expresarse, y presentes todavía en el local de sesiones los Consejeros Navarro Ospina y Gallo Gómez, y el Secretario Montoya Mazo, la Policía, obedeciendo órdenes superiores, y a pesar de la protesta y resistencia de los Consejeros presentes y del Secretario de la corporación, sustrajo las arcas triclaves, que contenían los votos y registros de los Jurados Electorales y los demás elementos que sirvieron para las elécciones del día 18 del presente mes, y necesarios para hacer los escrutinios, al salón de la Asamblea Departamental, situado en el Palacio de la Gobernación. En este local se constituyeron en junta los señores doctor Aurelio Mejía, Julián Uribe Gaviria, Gabriel Mejía Bedout, Tulio Yepes y Rafael Vélez Toro (advierto que estos últimos no concurrieron ni actuaron por su espontánea voluntad, sino obligados y coaccionados por la Gobernación), y diciéndose miembros del Consejo Electoral Departamental procedieron dizque a practicar los escrutinios de las elecciones mencionadas. Como no encontraron a los verdaderos miembros del Consejo Electoral Departamental, que eran depositarios de dos de las llaves de las arcas triclaves, violaron éstas, extrajeron los votos, registros y demás elementos que sirvieron para las votaciones referidas, y como si realmente fueran el Consejo Electoral de Antioquia, practicaron los actos que ellos llamaron escrutinios, y declararon electos a varios ciudadanos como Diputados a la Asamblea Departamental y a otros Representantes a la Cámara; firmaron las credenciales en que a dichos ciudadanos les comunicaban la declaración de elección y dejaron constancia de estos hechos en acta cuya copia ha sido imposible obtener.

"Octavo. El Consejo Electoral de Antioquia ha venido funcionando desde el momento de su instalación en local situado en el segundo piso de un edificio contiguo, pero distinto, al Palacio de Gobierno Departamental, en la carrera Bolívar, entre calle Calibío y la Avenida de Greiff, de esta ciudad (carrera 51, número 52-83). No ha habido acuerdo o resolución de la mentada corporación que formalmente decida trasladarse a ejer-

cer sus funciones a otro lugar diferente, ni mucho menos al lugar donde se reúne la Asamblea Departamental, situado en el Palacio de Gobierno, para llevar a cabo los escrutinios de las mencionadas elecciones.

"Noveno. Para que los señores Aurelio Mejía, Julián Uribe Gaviria, Gabriel Mejía Bedout y demás personas que se reunieron en el local de sesiones de la Asamblea Departamental pudieran actuar válidamente, y como miembros interinos del Consejo Electoral de Antioquia, era necesario el cumplimiento de varios requisitos señalados por los artículos 48 de la Ley 85 de 1916 y 2º de la Ley 60 de 1930; y de otra manera su actuación es nula, como lo estatuye la parte final de la última disposición citada. Era necesario que no hubiera habido reunión del Consejo Electoral con miembros principales y suplentes, y está claro que si la hubo, pues éstos estuvieron prontos a llenar sus funciones, y al efecto sesionaron en el local donde lo habían estado haciendo desde el momento de su instalación durante más de ocho horas, y acordaron en esta reunión aplazar la prosecución de los escrutinios hasta que se obtuvieran las garantías y libertad necesarias para actuar. También era necesario e indispensable para la validez de los actos de los miembros interinos que no se hubiera ejercido coacción alguna contra los miembros principales o suplentes del Consejo Electoral, ya que la regla 5ª del artículo 2º de la Ley 60 de 1916 lo exige; y asimismo, que se hubieran cumplido los demás requisitos, que, so pena de nulidad, exigen los artículos 2º de la Ley 6ª de 1930 y 48 de la Ley 85 de 1916.

"Décimo. El mismo día diez de este mes, y a tiempo que en el local en donde ha venido funcionando el Consejo Electoral sesionaban los miembros principales y suplentes de esta corporación, se reunían también, en uno de los Despachos de la Gobernación, los señores Aurelio Mejía, Julián Uribe Gaviria, Gabriel Mejía Bedout, dizque con el fin de actuar como miembros interinos del Consejo Electoral. Pero si tal reunión se efectuó, ella no fue pública, ni con los requisitos que ordenan las leyes electorales, pues varios ciudadanos le preguntaron a uno de los empleados del Despacho del Gobernador si era cierto que los prementados señores estaban sesionando con el aludido carácter, y el empleado contestó afirmativamente; mas el local donde se decía que deliberaban los miembros interinos se hallaba cerrado, como lo comprobaron varias personas.."

El actor señala como violadas las siguientes disposiciones: artículos 46 y 48 de la Ley 85 de 1916; 2º de la Ley 60 de 1930; 1º de la Ley 47 de 1936; 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del Decreto 374 de 1925; el ordinal 4º del artículo 196, y ordinal 2º y parágrafo de la Ley 167 de 1941; 145, 147 y 148, Ley 85 de 1916, en concordancia con el ordinal b) del artículo 11 de la Ley 7ª de 1936, y del ordinal b) del artículo 1º de la Ley 47 de 1936, y el espíritu del artículo 178 de la Constitución Nacional; y señala el concepto en que fueron violadas, diciendo:

"Conceptúo que las precitadas disposiciones fueron violadas, porque en ellas se exige la observación de ciertos requisitos para que miembros interinos de un Consejo Electoral puedan actuar válidamente, y como tales requisitos no se cumplieron, se violó lo dispuesto en ellos.

"Es claro que ninguna autoridad o funcionario público puede ejecutar acto alguno, con pretexto de llenar sus funciones, sin que esté previamente facultado en disposición que tenga fuerza legal; pues bien: en las disposiciones que señalo como violadas, está el artículo 2º de la Ley 60 de 1930, que ordena que el nombramiento de miembros interinos de una corporación electoral. debe ser hecho por los miembros presentes de esta corporación, 'en el local destinado al efecto', y no por la entidad jerárquicamente superior; por tanto, no debió el Gran Consejo Electoral hacer nombramientos de miembros interinos del Consejo Electoral de Antioquia en las personas que actuaron con ese carácter en los escrutinios y actos cuya nulidad demando.

"Pero aun admitiendo que este nombramiento hubiera sido válido, tampoco podrán actuar los miembros interinos del Consejo Electoral sin el cumplimiento de las otras condiciones exigidas por el artículo 2º citado; tales como la de que los miembros principales o suplentes no hubieran verificado la reunión correspondiente, que no se hubiera ejercido coacción contra éstos, y, además, era indispensable que se hubieran dictado por los miembros principales o suplentes, presentes en el local, las otras providencias que enumeran las reglas primera, segunda, tercera, cuarta y quinta del artículo dicho (2º de la Ley 60 de 1930); pero como no se llenaron tales requisitos, ni se dictaron regularmente las referidas providencias, se violó la ley, y debe, por tanto, darse aplicación al inciso final de la última disposición mencionada.

"Por otra parte, el Consejo Electoral sólo podrá reunirse en los locales destinados para su funcionamiento, pues la variación del local debe acordarse en sesión formal, previa la respectiva convocatoria que debe hacer el Presidente y con el lleno de las formalidades indicadas en la ley; pero como la reunión o sesión a que aludo fue celebrada en el local donde se reúne la Asamblea Departamental y no en el local donde ha funcionado desde su instalación el Consejo Electoral, sin llenar los requisitos señalados en el Decreto 374 de 1925, se vilo (sic) lo dispuesto por los artículos 4º y 5º de tal Decreto, y, consecuencialmente, lo actuado allí está viciado de nulidad, como se establece en este artículo."

Antes de admitir la demanda se pidió copia auténtica del acto acusado al señor Gobernador del Departamento de Antioquia, por encontrarse en poder de dicho funcionario los originales, y a los autos llegó esa copia, autorizada por el señor Secretario de Gobierno del Departamento.

Admitida la demanda, se ordenó fijarla en lista, notificarla al Agente del Ministerio Público, y como se había pedido la apertura a pruebas, se previno que dentro del término de fijación en lista se debían solicitar pruebas.

Con audiencia del Fiscal se decretaron las pruebas solicitadas por el actor. Corridos los traslados, alegó el Fiscal; y citadas las partes para sentencia, pasó el negocio al estudio para fallo el día diez de los corrientes, y se procede a resolverlo teniendo en consideración, el Consejo, lo siguiente:

Como se dice al iniciar este fallo, la demanda del doctor Leonidas Gómez B. fue presentada en Medellín el día veintiuno de abril pasado, ante el señor *Juez Quinto Civil* de aquel Circuito, lo que significa que no fue regularmente presentada, y que no ha debido admitirse. En efecto: ha sido jurisprudencia constante del Consejo, en estos asuntos electorales, que cuando el demandante no reside en el mismo lugar del asiento del Consejo debe presentar la demanda al Juzgado de mayor categoría del lugar, que no es otro que el Civil del Circuito o Municipal, y que en los lugares en donde hubiere dos o más Jueces del Circuito o Municipales en lo Civil, debe presentarse ante el que lleve el número 1º, pues así se deduce rectamente de lo dispuesto en los artículos 125 y 212 del Código Contencioso Administrativo, y 190 y 294 de la Ley 85 de 1916, sobre elecciones.

Pero el Consejo ha sido más terminante y explícito, y ha dicho en sentencia de 16 de julio de 1942, en la que fue ponente el Consejero doctor Antonio Escobar Camargo, al confirmar la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, en la demanda de nulidad de elecciones entablada por el doctor Diego Luis Córdoba:

> *"El Consejo tiene sentada reiterada doctrina en el sentido de que las demandas presentadas con violación de este artículo* (se refiere al 190 de la Ley 85 de 1916) *no pueden sufrir curso legal ni pueden considerarse en la sentencia como legítimas demandas."*

Esta doctrina del Consejo, que por reiterada y uniforme y fundada, para este caso, en las palabras terminantes del parágrafo 1º del artículo 190 citado, que dice: "En los lugares en que hubiere dos o más Jueces del Circuito o Municipales en lo Civil, se entenderá que la ley se refiere al que lleve el número 1º", debe llevarlo a rechazar el libelo del actor y a no entrar, por lo tanto, a estudiar en el fondo el problema planteado, pues se ha llevado adelante una actuación sobre una demanda que, introducida irregular e ilegalmente, no tiene por este defecto virtualidad propia para que sobre ella se haga un estudio sustancial, por no ser, como lo dice la sentencia citada, una demanda legítima; sin que valga argüirse que la admisión de ella, en auto ejecutoriado, la legitima en este proceso, porque siendo los preceptos relativos a la ritualidad de los juicios, preceptos de orden público, su violación no se legitima por la aquiescencia de las partes, ni por la inadvertencia de los funcionarios.

La exigencia que hacen el Código Administrativo y la ley electoral, de manera especial y expresa, de que las demandas electorales, para que sean válidas, se introduzcan ante determinado funcionario, puede ser anacrónica o exagerada, pero como es exigencia legal perentoria e inequívoca, al fallador sólo le corresponde acatarla y aplicarla, sin que la benevolencia le lleve a pasar por alto que el proceso debe iniciarse en una forma regular, y, por lo tanto, legítima, como la mejor garantía de acierto y de respeto por la ley.

La manera uniformemente repetida como el Consejo, tanto con los actuales miembros como con los anteriores, ha dicho tanto recientemente, como lo había dicho ya antes, que no es legítima la demanda electoral presentada con violación del artículo 190 de la Ley 85 de 1916, disipa el más mínimo escrúpulo que pudiera asaltar al juzgador, de que quizá se estuviera sacrificando el derecho a la fórmula, objeción ésta que se hace también a la doctrina sentada y acogida en este caso.

En mérito de las consideraciones hechas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *declara* que no es el caso de fallar sobre las peticiones formuladas por el actor.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Uribe Escobar, Jorge Lamus Girón, Gonzalo Gaitán, Gabriel Carreño Mallarino, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón—Firmo salvando mi voto por las mismas razones que aduje en el caso de la demanda del doctor Guillermo Chaves: *Guillermo Hernández Rodríguez. Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

del honorable Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez, relacionado con la demanda electoral presentada por el doctor Guillermo Chaves Chaves en el Juzgado Superior de Pasto.

En un negocio análogo al presente, en el cual era demandante el doctor Tobias Monroy, y en el que la Sala de Decisión resolvió no aceptar la demanda por el hecho de haber sido presentada ante el Tribunal Administrativo, el suscrito Consejero no estuvo de acuerdo con las razones alegadas por la mayoría, y por tal motivo salvó su voto en el referido negocio.

Como se expresa en la providencia de la Sala, que antecede, la demanda presentada por el doctor Chaves Chaves no debe admitirse por la razón principal de no haberse presentado el libelo ante el Juzgado del Circuito de Pasto, sino ante el Juzgado Superior.

Como en el negocio a que se aludió anteriormente —caso del doctor Monroy— tuve ocasión de expresar las consideraciones que me llevaban a una conclusión contraria, como argumentos justificativos de mi disentimiento, en el caso de autos, paso a reproducir tales razones:

> "La demanda de la demanda se funda en que su presentación fue mal hecha, por no haberse aplicado debidamente los artículos 212 y 125 de la Ley 167 de 1941 y el artículo 190 de la Ley 85 de 1916. Tales disposiciones dicen:
>
> 'La demanda deberá presentarse en la forma prevenida en el artículo 125. Pero el Juez ante quien se presente, después de expedir al interesado el recibo de que allí se habla, la mantendrá en su poder, junto con los documentos que la acompañen, y la remitirá al Tribunal correspondiente por el inmediato correo' (artículo 212).
>
> 'Artículo 125. Toda demanda deberá ser presentada personalmente ante el Secretario del Tribunal correspondiente. Pero si el demandante no reside en el mismo lugar del asiento del Tribunal, la presentará al Juzgado de mayor categoría, del lugar, debiendo, quien la recibe, poner al pie de ella la constancia de su presentación, y la devolverá al interesado. A éste se le expedirá recibo, si así lo exigiere, en el cual se expresará la fecha de la presentación de la demanda, su contenido y una relación de los documentos con que se hubiere acompañado.'
>
> 'Artículo 190. Todo ciudadano tiene derecho a pedir, dentro de los cuatro días siguientes al de la votación o escrutinio, que se declare nula una votación o uno o varios registros de escrutinio. Al efecto, presentará por escrito ante el Juez de mayor categoría del Distrito, en lo Civil, el memorial en que funde su demanda, con explicación de los motivos en que la apoya e indicación clara de las pruebas justificativas.'
>
> 'Dentro del mismo término y de la misma manera puede reclamar contra cualesquiera de las irregularidades de que trata el artículo 184.'

'Parágrafo 1º En los lugares en que hubiere dos o más Jueces de Circuito o Municipales, en lo Civil, se entenderá que la ley se refiere al que lleve el número 1º

'Parágrafo 2º Caso de que la demanda seguida resulte, a juicio del funcionario sentenciador, injusta o notoriamente temeraria, éste impondrá al demandante la pena de multa de veinticinco a cincuenta pesos oro.'

"En el expediente consta que el libelo a que se refiere el recurso fue presentado personalmente por el actor ante el Tribunal Administrativo de Tunja; y el Secretario de esa corporación lo remitió al Consejo en la forma ordenada en el artículo 212 transcrito.

"Como se ve del texto del artículo 125, las demandas deben presentarse ante el Juzgado de mayor categoría del lugar, en el caso de que el demandante no resida en el mismo sitio del asiento del Tribunal ante el cual va a tener lugar el juicio; pero el término 'Juzgado', empleado por el legislador, no puede interpretarse en el sentido restrictivo de Juez Municipal o de Circuito, sino que con él debe entenderse nombrado el funcionario o corporación de mayor categoría en la Rama Jurisdiccional, con lo cual quede garantizada mejor la presentación de demandas en este delicado renglón electoral.

"Así, pues, existiendo Tribunal Administrativo en la ciudad de Tunja, es claro que la demanda fue bien presentada ante esa corporación, máxime si se tiene en cuenta que se trata de una entidad, situada por su misma naturaleza dentro de la misma esfera jurisdiccional del Consejo de Estado, Tribunal que va a conocer de la litis.

"Es cierto que el citado artículo 190 de la Ley 85 de 1916 se refiere expresamente al Juez de mayor categoría del Distrito, en lo Civil, pero esta disposición quedó tácitamente sustituida por los artículos nombrados de la Ley 167 de 1941, Capítulo XX. Así se expresa en la última Codificación de disposiciones electorales —Código Electoral—, revisado por el Ministerio de Gobierno y coordinado y dirigido por el doctor Ramón Rosales; también señalaba este artículo 190 un término especial de cuatro días para demandar la elección, que, lo mismo que las demás disposiciones del artículo, quedaron insubsistentes y fueron modificadas, como se dijo, por el citado Capítulo XX de la Ley 167 de 1941.

"En síntesis:

"Las demandas en asuntos electorales deben presentarse, por regla general, ante el Tribunal que va a conocer del juicio, pero si el demandante no reside en el mismo sitio del asiento del Tribunal, deben presentarse ante el Juez de mayor categoría, y si en el sitio de residencia del actor funciona Tribunal Administrativo, están bien presentados los respectivos libelos ante dicha corporación o en el Juzgado de Circuito. Tanto más cuanto que los Tribunales Administrativos conocen, por mandato de la ley, de varios juicios referentes a elecciones, tales como la de Diputados a las Asambleas y de Concejeros Municipales, y de los que se promuevan contra los nombramientos hechos por el Gobernador y demás autoridades, funcionarios o cor-

poraciones del orden departamental y municipal o de una Intendencia o Comisaría (artículo 191, Ley 167 de 1941). Y si la ley otorga competencia a estas entidades para aceptar demandas y fallar esta clase de juicios, no se ve la razón para interpretar el término 'Juzgado de mayor categoría' en el sentido simplista de concluír que los Tribunales Administrativos pueden fallar ciertos juicios electorales, y no pueden ni siquiera aceptar demandas que inicien otros, que van a surtirse ante su superior: el Consejo de Estado, y en cambio, sí pueden desempeñar esta última función Jueces comunes que actúan fuera de la órbita de la jurisdicción administrativa."

Por las consideraciones que anteceden soy de parecer que ha debido revocarse el auto materia de la súplica, y en su lugar aceptar la demanda, si, de otra parte, reúne los requisitos que exige la ley.

Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

Bogotá, cinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

Electorales—Nulidad de escrutinios

(Consejero ponente, doctor Jorge Lamus Girón).

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre veinte de mil novecientos cuarenta y cinco.

El señor Luis E. Wilches Blanco, en libelo presentado en la Secretaría del Consejo, demandó, en su propio nombre, el acta de escrutinios y el escrutinio mismo, efectuados por el Consejo Electoral de Boyacá en los días 11 y 12 del mes de abril del presente año, referentes a los votos populares emitidos en esa Circunscripción Electoral en las elecciones efectuadas el 18 de marzo de este año.

Una vez que fue recibida la copia del acta de escrutinios y de declaración de elección de Representantes al Congreso, se admitió la demanda; como se había solicitado apertura a pruebas del juicio, se decretaron las que solicitó el actor en tiempo legal, y se libraron, oportunamente, los despachos comisorios correspondientes.

Cumplido el término de pruebas, se dio traslado a las partes para alegar, y al señor Fiscal, para vista de fondo; como del informe de la Secretaría resultó que no cursaban más juicios que debieran fallarse en una misma sentencia, se citó a las partes para este fin, y como tal auto está debidamente ejecutoriado, se procede a resolver.

La demanda.

El actor solicita en su libelo que el Consejo haga las siguientes declaraciones:

> "Primera. Que es nula el acta de escrutinios y el escrutinio mismo verificado en el Consejo Electoral de Boyacá en los días 11 y 12 del presente mes de abril, referente a los votos populares emitidos por la Circunscripción Electoral de Boyacá, en las elecciones que tuvieron lugar el día 18 de marzo del año en curso, por haber computado los votos de los Municipios de Chita, Gachantivá, Miraflores, Saboyá, Ciénaga, Boyacá, Viracachá, Coper, Paipa, Duitama, Cerinza, Soatá, Susacón, Guateque, Jenesano, Chiscas, Sutatensa, Guayatá, Maripí, Muzo, Pauna, Ráquira, Sutamarchán, Toca, Turmequé y Sotaquirá.
>
> "Segunda. Que es igualmente nula la declaratoria de elección hecha por el mismo Consejo Electoral con base en el escrutinio anteriormente referido; y
>
> "Tercera. Que, consecuencialmente, el escrutinio y la declaratoria de elección deben rehacerse en los términos de la ley, en forma que se acomode a la situación resultante del pronunciamiento de estas nulidades."

Consideraciones generales.

Para proceder con orden en el estudio general de la demanda, y con el objeto de precisar mejor las situaciones distintas que el actor plantea, y en obsequio a la claridad de la solución del negocio, se deberá apreciar la acusación dividiendo en cinco grupos las tachas propuestas, así:

I. Nulidad, consistente en que hubo exceso de sufragantes sobre el número de cédulas hábiles, que comprende a los Municipios de Chita, Gachantivá, Miraflores y Saboyá.
II. Nulidad, consistente en alteraciones y adulteraciones de los registos de los Jurados de Votación, y en adulteraciones, modificación o falsificación de los resultados mismos de la elección, que comprende al Municipio de Ciénega.
III. Falta de actas y falsedad de firmas, que comprende al Municipio de Boyacá.
IV. Discrepancia entre los datos electorales, que comprende al Municipio de Coper.
V. Coacción física sobre los electores y los Jurados de Votación, que comprende a los Municipios de Viracachá, Duitama, Paipa, Cerinza, Soatá, Susacón, Guateque, Jenesano, Chiscas, Sutatensa, Guayatá, Maripí, Muzo, Pauna, Ráquira, Sutamarchán, Toca, Turmequé y Sotaquirá.

I

Respecto de este primer grupo, dice el demandante, sobre cada uno de los Municipios que motivan la acción:

> *Chita*—"....Según el registro electoral permanente, el número de cédulas hábiles, descontadas las canceladas, era, el día de las elecciones del 18 de marzo, de 3.043; el número de sufragantes fue de 3.420, luego hubo un exceso de sufragantes sobre cédulas hábiles, de 377;
>
> *Gachantivá*—"Número de cédulas hábiles, conforme al registro electoral permanente, 732; número de sufragantes, según el registro de votación, 782; exceso de sufragantes sobre cédulas hábiles, 50;
>
> *Miraflores*—"Número de cédulas hábiles el día de la elección, 3.228, según el registro electoral permanente; número de sufragantes, conforme al registro de votación, 3.327; exceso de sufragantes sobre el número de cédulas hábiles, 99;
>
> *Saboyá*—"Número de cédulas hábiles, 2.301; número de sufragantes, según los registros, 3.182; excedente de sufragantes sobre cédulas hábiles, 887."

Del acta de escrutinios a que se refiere el demandante aparece que el Consejo Electoral de Boyacá discutió la cuestión propuesta, y es pertinente copiar lo que consta en ese documento. Dice con referencia al Municipio de *Chita:*

> "El doctor Bernal Jiménez sostuvo que en el Municipio se había cometido fraude, y como síntesis de sus aseveraciones, sometió a discusión la proposición que se inserta:
>
> 'El Consejo Electoral del Departamento *considerando:* 1º Que en el escrutinio correspondiente al Municipio de Chita, y a las elecciones para Representantes y Diputados verificadas el 18 de marzo del corriente año, aparece un número de sufragantes cuyo total es de 3.420, siendo así que el número de cédulas há-

biles en tal Municipio, el 28 de febrero de 1945, según el dato oficial, es de 3.071, existiendo, por lo tanto, un excedente de 349 sufragantes; 2º Que el artículo 14 del Código de Elecciones (artículo 10 de la Ley 7ª de 1932) autoriza al Consejo Electoral para declarar nulos registros que se hallen en el caso anterior, *resuelve:* Declarar nulas las elecciones correspondientes al Municipio de Chita.'

"Esta proposición fue debatida por los Consejeros, y fue negada, por último, aprobando en cambio una en la cual se solicitó de la Secretaría de Gobierno.... Si en el cuadro que manifiesta el estado de cedulación de Boyacá el 28 de febrero de 1945, cuya autenticidad certifica el Oficial Mayor de esa dependencia, señor Manuel F. Quintero, han sido deducidas de la columna denominada 'registro electoral permanente' las cédulas canceladas que figuran en la columna correspondiente, y aducidas las relativas a las cédulas revalidadas...."

El Secretario de Gobierno dio la siguiente respuesta:

"Que, según comprobantes existentes en el archivo de la Secretaría, en la población de Chita existen 3.510 (tres mil quinientos diez) cédulas hábiles el día 2 de marzo pasado, y que las cédulas canceladas están descontadas de las que figuran como total del censo electoral permanente, y la última columna de la relación muestra las cédulas vigentes el día 28 de febrero del corriente año, en los distintos Municipios del Departamento."

Por lo que respecta al Municipio de *Gachantivá,* consta en el acta referida que el mismo doctor Bernal Jiménez presentó una proposición en los mismos términos de la que se deja copiada respecto de Chita, en el sentido de que se declarara la nulidad por haberse excedido el número de sufragantes al del número de cédulas hábiles. El Consejo Electoral de Boyacá negó la proposición por aparecer que el número de sufragantes fue de 782, y en el registro electoral permanente figuraban como cédulas hábiles 807.

Sobre el Municipio de *Miraflores* solamente aparece en el acta de escrutinios que el doctor Bernal Jiménez dejó constancia de que figuraban votando individuos ausentes y otros muertos, pero nada se dijo respecto del cargo de exceso de votación.

Con respecto al Municipio de *Saboyá,* consta en el acta de escrutinios que el Presidente del Consejo Electoral dijo que el número de votantes había sobrepasado a las cédulas hábiles, de conformidad con el cuadro suministrado por la Secretaría de Gobierno.

Discutido el punto, fue negada la proposición presentada por el doctor Bernal Jiménez y el Consejero Luis S. Pinto, y en cambio resultó aprobado el aplazamiento mientras el Gobierno ratificaba el dato.

En respuesta a la solicitud de ratificación del dato que aparecía en el cuadro sobre movimiento de la cedulación en el Departamento de Boyacá, la Secretaría de Gobierno envió una comunicación de la Oficina de Identificación Nacional, en la cual aparece que el número de cédulas vigentes en Saboyá era de 3.538, y como, de acuerdo con ésta, los votos emitidos no excedían de ese número, fueron escrutados.

Lo que se deja relacionado es propiamente lo que existe en los autos, pues, como ya se dijo, durante el término de pruebas el actor solicitó algunas que fueron oportunamente decretadas, pero que no obran en el expediente.

La Ley 7ª de 1932, en su artículo 14 —incorporado después del 138 de la Compilación ordenada por el Ministerio de Gobierno, de 1943—, dice:

> "Las corporaciones escrutadoras no pueden entrar a la apreciación de cuestiones de derecho, las cuales corresponden privativamente a los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo y al Consejo de Estado. En consecuencia, aquéllas sólo pueden declarar nulidades referentes a exceso de votaciones, en relación con el número de sufragantes hábiles para la respectiva elección; a alteraciones manifiestas, en que aparezca ostensiblemente que los registros han sufrido modificaciones sustanciales en lo escrito, después de firmados por la corporación que los expidió; a errores aritméticos y a registros que evidente e indudablemente aparezcan como apócrifos."

El artículo 196 de la Ley 167 de 1941 dice:

> "Los registros de toda corporación electoral serán nulos por las siguientes causas:
>
> "..... ....
>
> "5ª Cuando, tratándose de registros de un Jurado Electoral, aparece que el número de votos excede al de ciudadanos hábiles para sufragar en el Municipio, de acuerdo con las cifras que arroje el libro de cédulas inscritas o revalidadas."

En el caso concreto que se estudia, para poder resolver sobre las súplicas de nulidad por exceso de votación, es indispensable que aparezcan demostrados en los autos dos extremos: es el primero, que el juzgador pueda saber el número de cédulas hábiles para sufragar el día de las elecciones, *de acuerdo con las cifras que arroje el libro de cédulas inscritas o revalidadas;* es el segundo, que obre en los autos la prueba sobre el número de ciudadanos que sufragaron en las elecciones, es decir, los registros.

La ley, al establecer esa causal de nulidad, en forma muy claramente fácil estableció la prueba; y si de ella aparece que si el número de cédulas hábiles es menor que el de sufragantes, el registro es nulo. Pero es el caso que en los autos no obran esas pruebas.

Y ante esa total ausencia de pruebas de los extremos anotados, es decir, que no habiéndose aportado por el demandante cuál era el número de ciudadanos hábiles para sufragar en los Municipios de Chita, Gachantivá, Miraflores y Saboyá, de acuerdo con las cifras que arroja el libro de cédulas inscritas o revalidadas, con la prueba idónea, que sería la dada por el Jurado Electoral de esos Municipios; ni tampoco la del número de sufragantes en las elecciones acusadas, que sería el ejemplar del registro electoral municipal respectivo, no le es posible al Consejo deducir si el número de votos excedió al de ciudadanos hábiles para sufragar en esos Municipios, y declarar la nulidad de ellos y de las proposiciones del Consejo Electoral que ordenaron computarlos, tanto más si se considera que los datos que sirvieron al Jurado Electoral para respaldar su actuación son indicativos de que tal exceso no existió.

II

Sobre la segunda cuestión dice el demandante, con referencia aún a las elecciones de *Ciénega:*

> "Los registros parciales de los Jurados de Votación adolecen de manifiestas alteraciones y adulteraciones que los hacen nulos, como el hecho de aparecer en esos registros en blanco el espacio correspondiente al número de votos; y

"Que los resultados mismos de la elección fueron adulterados, falsificados y modificados...."

La Ley 167 de 1941, en el artículo 196 citado, dice que son nulos los registros:

"1º Cuando aparezca que han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmados por la corporación que los expide;

"2º Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación."

El señor Wilches Blanco no demostró ninguna de sus afirmaciones respecto de las tachas de las elecciones en esa población; no obra en el expediente el registro o registros con el objeto de tratar de comprobar la alteración o adulteración, ni trajo elementos que tiendan a demostrar que son apócrifos, ni hay manera de ver cómo fue esa alteración, falsificación o modificación que permitió un resultado distinto del de las votaciones. A falta, pues, de elementos, el Consejo tendrá que desechar las peticiones de la demanda con respecto al Municipio de Ciénega.

III

Sobre este tercer punto dice el demandante que "habiendo duda sobre la autenticidad de la firma del Vicepresidente del Jurado Electoral, señor Elpidio Moreno, es evidente que tales votos no podrán escrutarse...."

Como el demandante no presentó ninguna prueba de sus aseveraciones, se impone la negativa de la nulidad alegada, ya que para poder apreciar este cargo es de imperiosa necesidad que obren en autos el documento o documentos que se tachan de falsos y la experticia correspondiente sobre ellos, así como que esas alteraciones, que deben ser sustanciales en lo escrito, se han verificado después de firmados por la corporación que los expidió.

IV

Sobre este cuarto grupo, consignado por el demandante, el hecho 6º de la demanda se expresa así:

"En la votación correspondiente al Municipio de Coper aparece manifiesta discrepancia entre el número de votos comunicados a la Gobernación por la Alcaldía y el que aparece en el registro que fue escrutado por el Consejo Electoral del Departamento."

Para desechar las peticiones de la demanda por el motivo alegado es suficiente considerar que ese hecho no es causal de nulidad expresamente determinada en la ley, y, por lo tanto, no puede reconocerla ni instituirla el Consejo. Además, ninguna prueba existe en el expediente para establecer ese hecho.

V

Dice el demandante, refiriéndose al Municipio de *Viracachá:*

"Actuó como Presidente del Jurado Electoral respectivo un individuo que había sido destituído del cargo, señor José Benjamín Guerra; 'que en esa población se ejerció coacción física sobre los electores, y aun por parte de las autoridades', y que

el Presidente del Jurado de Votación número 3, señor Isidro Varón P., echó en presencia del público a la urna varias boletas y se fue a escribir nombres en el registro."

Al expediente introdujo el demandante unas declaraciones de nudo hecho, tomadas ante el Juez Penal del dicho Municipio, pero cuando ya habia vencido el término para solicitar pruebas; por lo cual fue rechazada la petición de ratificación que hizo en forma extemporánea, y, por lo tanto, no se pueden apreciar en la sentencia.

Pero aun cuando se pudieran tener en cuenta esos testimonios, es lo cierto que los hechos depuestos por Manuel A. Guerra, Víctor Zenón Camargo y Absalón Guerra, sobre violencia física contra los sufragantes, retención indebida de cédulas ajenas y la usurpación de funciones, no son causales de nulidad de los escrutinios o de las votaciones, sino delitos que acarrean responsabilidades personales a los autores, por lo que habrá de desecharse y pasarse esa documentación a los Jueces competentes para que inicien la investigación penal del caso.

Con respecto al Municipio de *Paipa*, dice el demandante:

"En el escrutinio del Consejo Electoral Departamental se computaron también los votos del Municipio de Paipa, que son nulos, porque en esta votación se ejerció violencia, no solamente sobre los sufragantes, sino sobre los mismos miembros minoritarios de las corporaciones electorales, como sucedió con el señor Emiro Fonseca, Vicepresidente del Jurado Electoral, que fue agredido de obra en el mismo recinto del Jurado; y el señor N. Benavides, Vicepresidente de un Jurado de Votación, quien también fue objeto de atropellos."

Para comprobar estos hechos se trajeron —debidamente— a los autos declaraciones tomadas ante el señor Juez Municipal de aquel lugar, por comisión del Consejo, a varios individuos, quienes dicen:

Virgilio Gutiérrez Ochoa (folios 89 vuelto y 90):

"Saliendo de mi casa en dirección a la plaza municipal, y una cuadra antes de llegar, oí unos gritos de viva el partido liberal y abajo los conservadores; seguí; llegué a la plaza y me senté en el parquecito, en la mitad de la plaza, con algunos amigos liberales, entre éstos Mardoqueo y Santos Higuera y Hermófilo Valderrama; cuando estábamos ahí tranquilos oyendo los vivas y los abajos, llegó un grupo de liberales, enfurecidos y borrachos, echando vivas, porque la chicheria estaba abierta, y en esos momentos el señor Salazar principió a pegarles a unos humildes ciudadanos, y luégo lo acompañaron a ayudarles a pegar Juan Agustín Rodriguez, Rafael Camargo, Heliodoro Rojas y un hermano de éste llamado Antonio; me acerqué y les llamé la atención, y en esos momentos el señor Salazar sacó el revólver con el fin de dispararles; le pegué el grito de cuidado con esa gente, interviniendo también Antonio Solórzano y un Agente de Policía.

"No vi cuando le pegaron a don Emiro Fonseca, hasta que yo entré al Jurado y me contó él mismo que le habían pegado por no expedir un certificado, mostrándome la mejilla, y pude apreciar que de verdad le habían pegado, porque tenía roja la mejilla; respecto de que fuera con el fin de que se retirara, no lo sé."

Emiro Fonseca (folio 90):

"La elección se desarrolló como hasta el mediodía en tranquilidad perfecta, pero de ahí en adelante se presentaron en la plaza, hacia los Jurados de Votación, algunos grupos disociadores, ebrios, lanzando abajos al conservatismo, al comunismo y a los liberales *disidentes*, y en estas condiciones atacaron de obra a varios ciudadanos conservadores, quienes tuvieron que huir sin haber podido sufragar.

"Yo, Emiro Fonseca, desempeñaba las funciones de *Vicepresidente* del Jurado Electoral, y a bofetones se me quiso obligar a que yo firmara unos certificados a favor de individuos que no tenían cédulas legalizadas, a mi juicio; certificados para que pudieran sufragar, y los cuales me abstuve de firmar."

José Ignacio Rodríguez (folios 90 vuelto y 91):

"Me consta: En cuanto a los hechos que dicen ejecutó el señor Recaudador en el Jurado Electoral contra el señor Emiro Fonseca, quien estaba en ejercicio de sus funciones, los atropellos de que este miembro del Jurado fue víctima personalmente no los presencié; pero posteriormente, por informes recibidos, supe que esos atropellos se habían llevado a cabo en las condiciones ya citadas. En cuanto a las intenciones que obligaron al señor Salazar, al efectuar ese atropello, no puedo adivinarlas."

Luis Vásquez Martínez (folio 91):

"A las dos de la tarde, que llegué del campo y salí a la plaza, vi que el señor Salazar, Recaudador de Rentas Departamentales, ultrajó de hecho a algunos individuos, y lanzaba improperios fuertes contra el tumulto, tales como godos infelices y comunistas desgraciados. No puedo precisar las personas que fueron ultrajadas por la distancia a que me hallaba, pues era *aproximadamente* media cuadra, y también por no conocer suficientemente al personal rural. En seguida me llamó don Emiro Fonseca, quien se hallaba en la puerta del Jurado Electoral, para contarme que acababa de ser ultrajado de hecho por el mismo señor Salazar, quien le propinó una bofetada en la mejilla, dizque por no haberse prestado a firmar unas cédulas o certificados que él consideraba *inlegales*."

Rafael Bayona Niño (folios 91 vuelto y 92):

"Las cosas pasaron de la siguiente manera: Como a eso de las dos de la tarde del día que se me pregunta, un grupo numeroso de liberales, al saber que en la casa de Gregorio Rodríguez C. había entrado un grupo de palermanos conservadores, que *venían* a sufragar, se dieron a la tarea de insultar y amenazar, intentando forzar la puerta y entrar; pero los contuvieron el señor Gonzalo Escobar y un hijo de éste, de nombre Alfonso; el señor Rafael Antonio La Rotta y otros que no conocí, en compañía de Francisco José Rodríguez, el citado grupo de palermanos y otros; permanecí *el* la citada casa por espacio de dos horas, y cuando de allí salí, supe que había habido algunos conservadores, entre ellos Aurelio Rodríguez, abofeteados, así como supe que al señor Emiro Fonseca, miembro del Jurado Electoral, en ejercicio de sus funciones, le habían abofeteado, y no sé si sería para obligarlo a que se retirara."

Ya se ha dicho, de acuerdo en esto con la jurisprudencia constante del Consejo en el particular, que la coacción ejercitada contra el electorado no es causal de nulidad de los registros ni de las elecciones, y que ella da lugar a responsabilidades personales de los que la ejercitan, por haber violado de este modo la libertad del sufragio.

Según el ordinal 3º del artículo 195 del Código Contencioso, son nulos los registros practicados por los Jurados de Votación:

> "Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruído o mezclado con otras las papeletas de votación, o se hayan destruído o perdido éstas por causas de violencia."

El demandante ha perdido de vista que este artículo establece, para que la nulidad prospere, que la violencia se ejercite contra los escrutadores, no contra los electores, y que, por medio de ella se hayan mezclado o destruído con otras las papeletas de votación o se hayan perdido o destruído éstas, y por ello los esfuerzos para demostrar con prueba testimonial los procederes del Recaudador y de otros individuos para ahuyentar el electorado conservador, no demuestran la nulidad de las elecciones, tanto más cuanto que las deposiciones son imprecisas y no concordantes en cuanto al lugar, tiempo y modo; ni son presenciales en cuanto a la violencia al señor Fonseca, cuyo carácter de miembro del Jurado Electoral, aunque está establecido con la posesión del cargo, no aparece que estuviera actuando como escrutador, ni lo podría estar en el día de las elecciones.

Con respecto al Municipio de *Duitama,* el demandante expresa:

> "Tampoco podrían computarse, por estar viciados de nulidad los actos correspondientes al Municipio de Duitama, donde la violencia ejercida sobre el electorado de determinada filiación asumió todas las formas: bombas explosivas, lanzadas contra las residencias de los jefes conservadores; agresiones de hecho contra los campesinos del mismo partido, por parte de los Agentes del Resguardo de Rentas; ataques de obra contra los miembros minoritarios de los Jurados, entre los cuales resultó herido el Vicepresidente del Jurado Electoral, señor Joaquín Rodríguez González; y rechazo violento, en fin, de los sufragantes conservadores, que debieron retirarse de la votación, *ebitar* mayores males."

Vencido el término de los traslados, llegaron a los autos las declaraciones recibidas por el Juez Municipal de Duitama, por comisión del Consejo, en las que los testigos se expresan así:

Honorio Fuentes y no Horacio Fuentes, como se pidió y se decretó, dice (folio 130):

> "Es verdad que fui soezmente ultrajado, amenazado e intimidado el día diez y ocho de marzo último, mientras ejercía el cargo de Jurado de Votación en las elecciones verificadas ese día en este Municipio, por Rafael Cifuentes, con el deliberado propósito de impedirme el tranquilo ejercicio de Jurado y hacerme retirar; pero no sé con qué fin lo haría Cifuentes. Esto sucedió como a las diez de la mañana, y el tal Cifuentes se hallaba en completo estado de embriaguez.
>
> "No me consta que grupos organizados para la violencia se dieran a la tarea de ultrajar, herir, golpear y hacer retirar de las elecciones a los numerosos electores conservadores que concurrieron a votar. Oí y vi. eso sí, que un grupo de individuos en estado de beodez, ese día, se subieron al local del Jurado Elec-

toral y trataron muy mal al doctor Joaquín Rodríguez González, miembro del Jurado Electoral. No sé los nombres de estos sujetos; pero entre éstos sí vi a Rafael Cifuentes."

Ambrosion Pinto (folios 13 vuelto y 131):

"Es verdad que fui soezmente ultrajado y atacado repetidas veces el día diez y ocho de marzo del corriente año, siendo miembro del Jurado Electoral de este Municipio, en ejercicio de mis funciones como suplente del principal, doctor Ramón Becerra Arenas, quien se hallaba ausente, como consta del acta del respectivo escrutinio, con el fin de impedirme el tranquilo ejercicio de mis funciones de Jurado Electoral. Las agresiones de que fui víctima me fueron promovidas por Julio y Nepomuceno Rodríguez y otros, de quienes no sé sus nombres, diciéndome que para qué venía por aquí. Esto lo hacían tales sujetos con el fin de no dejar votar a los conservadores y a los disidentes liberales.

"Es verdad que individuos organizados para la violencia se dieron a la tarea de ultrajar, golpear y herir, y hacer retirar de las elecciones a los numerosos electores conservadores y liberales disidentes que concurrieron a votar, todo esto en presencia de la Policía, sin que ésta tomara medidas para impedirlo, y antes bien, los apoyaba."

Anunciación Prieto (folio 131):

"Es verdad que siendo yo miembro del Jurado Electoral de Votación, no recuerdo el número, el día diez y ocho de marzo del corriente año, día de las elecciones que se verificaron en este Municipio, fui ultrajado por un sujeto de nombre Nepomuceno Rodríguez, e intentó pegarme, estando yo en ejercicio de mis funciones; pero gracias a un Agente de la Policía, que había allí, no me pegó; luégo vi que en el zaguán de la casa municipal, vi que el tal Nepomuceno y un hermano de éste le pegaron a un miembro del Jurado Electoral, todo esto con el fin de impedirme el tranquilo ejercicio de mis funciones, como Jurado de Votación, y hacerme retirar; no sé con qué fin lo harían, pero quizá fuera para verificar algún fraude."

Joaquín Rodríguez González (folios 131 vuelto y 132):

"Me consta, por percepción directa, y por ejercer el cargo de Vicepresidente del Jurado Electoral de este Municipio, que el día diez y ocho de marzo de este año, fecha en que se verificaron las elecciones para Diputados y Representantes, un grupo de individuos de filiación liberal, a cuya cabeza marchaban Julio y Nepomuceno Rodríguez, se dedicó desde las horas de la mañana a recorrer las esquinas de la plaza, por donde debían entrar los electores, lanzando gritos de amenazas y atacando de hecho a varios campesinos conservadores, entre ellos recuerdo a Luis Vivas, Luis María Corredor, Celio Tinjacá y muchos otros, habiéndose verificado el caso de que entre los miembros del Resguardo y los tales Rodríguez corrieron a un grupo numeroso de campesinos hasta frente al Club Duitama, en donde el caballero liberal de nombre Luis Ernesto Alarcón les reclamó fuertemente a los atacantes por la forma como atacaban a los campesinos. Vi que a tres mesas de votación se acercó el grupo capitaneado por los tales Rodríguez, y me di cuenta de que ultrajaban y amenazaban a Honorio Fuentes, Emigdio González y

José Asunción Prieto, y quisieron hacerlos retirar de sus puestos. Como a eso de las once de la mañana bajé, con el objeto de buscar mi nombre y consignar mi voto, a la planta baja de la casa municipal; los Rodríguez y otros, que he visto en esta ciudad, pero que no sé sus nombres, se me vinieron y me ultrajaron infamemente, y me decían que debía retirarme; que yo no era de aquí, y que no tenía por qué estarme metiendo. Aclaro que momentos antes, a mi bajada, se había presentado una discusión en el recinto del Jurado Electoral, por cuanto a la fuerza querían que se diera certificado para votar a un ciudadano cuya cédula era de Santander; pero que no la había hecho revalidar en este Jurado, y como yo me opusiera a eso, por no ser legal, los Rodríguez y su grupo me ultrajaron y amenazaron, y uno de éstos quiso tirarme en pleno recinto del Jurado; pero como allí no lo pudieron hacer por cuanto intervino un Sargento de apellido Cipagauta, y los retiró, cuando bajé a votar, ese mismo Rodríguez, cuyo nombre es el de Nepomuceno, se me lanzó y delante de un Oficial de la Policía Nacional, que dijo también llamarse Luis Rodríguez, y del Alcalde de esta ciudad, señor Luis A. Soler, me tiró un pescozón que logré escaparle, sin que a este ciudadano se le hubiera hecho ninguna sanción por parte de las autoridades que actuaban en aquel día. El grupo violento se hallaba en estado de embriaguez, y a última hora Nepomuceno Rodríguez se sentó en la mesa de votación en donde actuaba Honorio Fuentes, y con su presencia logró alejar al electorado de esa mesa, en donde permaneció como dos horas, sin que ninguna autoridad le llamara la atención, hasta que se quedó dormido, con la cabeza sobre la mesa. Me consta que Ambrosio Pinto fue llamado a actuar como miembro del Jurado, como suplente del doctor Ramón Becerra Arenas, y también cuando bajó del Jurado al patio fue cogido a puñetazos por los Rodríguez y su grupo, y lo hicieron rodar al suelo, sin que ninguna autoridad hubiera dejado sentir su influencia en aquel día. El principal disgusto conmigo fue por no haber dejado solo el Jurado Electoral, en el que permanecí hasta las seis de la tarde, siendo a todas horas víctima de ultrajes por parte de los sujetos que he relacionado. Quiero hacer presente que en la preparación del grupo violento que actuó en el día de las elecciones, tuvo gran parte el señor Gregorio Pérez, Visitador de Rentas Departamentales, quien, en presencia de una señora cuyo nombre ya di en la investigación criminal respectiva, les dio instrucciones en la tarde del sábado, víspera de las elecciones, a los miembros del Resguardo de Rentas sobre la forma como debían actuar el día de la elección."

Emigdio González (folios 132 vuelto y 133):

"Es verdad que el día diez y ocho de marzo del año en curso, día en que se verificaron en este Municipio las elecciones para Representantes y Diputados, estando yo desempeñando el cargo de Jurado de Votación de la mesa número seis (6), un sujeto de nombre Julio Rodríguez se me acercó y me ultrajó soezmente; tal sujeto iba acompañado por otros sujetos, también en estado de embriaguez. Esto lo hizo el sujeto Rodríguez con el fin de impedirme el tranquilo ejercicio de mis funciones de Jurado de Votación, y quizá con el fin de hacerme retirar de allí.

"Me consta que un grupo de individuos organizados para la violencia se dieron a la tarea de ultrajar, golpear y hacer retirar de las elecciones a los numerosos electores conservadores que concurrieron a votar, exigirles sus cédulas, y si no se las daban, entonces les pegaban. Yo vi pegarles a Luis Vivas Pinto, Justo Flechas y otros, que no sé sus nombres."

Sobre los testimonios transcritos, con el objeto de hacer mejor su apreciación, se observa: Que cada uno es singular para su caso, el del propio interesado agredido o ultrajado, lo que hace sospechosa su deposición, de acuerdo con los principios generales de crítica del testimonio. Quizá por la violencia, el ultraje o las amenazas que dicen los declarantes sufrieron, quiso el demandante encontrar la causal de nulidad que busca el numeral 3º del artículo 195 del Código Contencioso, antes transcrito, pero perdió de vista que es necesario, para que la nulidad prospere, que la violencia que se ejercite contra los escrutadores sea en el acto en que ellos estén practicando el escrutinio, y que, por causa de ella, se confundan, mezclen, destruyan o pierdan las papeletas de votación, pues la nulidad está establecida en esa disposición para el registro que practiquen los Jurados de Votación, lo que significa que la violencia debe ser coetánea con este acto, el que se realiza, de acuerdo con la ley, una vez cerradas las votaciones y no antes. De tal manera que el demandante ha debido adelantar la prueba en este sentido, pues los ultrajes y las amenazas a los Jurados de Votación, cuando no están practicando el escrutinio, no son propios para demostrar la nulidad de éste, de acuerdo con la disposición citada.

También se observa que no figura en los autos ni el nombramiento ni la posesión de los testigos en el cargo de Jurados de Votación o Electoral, que era de necesidad que lo acreditara el demandante para poder considerar legalmente como funcionarios a esos ciudadanos.

Por estas razones, la demanda no puede prosperar, y sólo habrá de ordenar el Consejo el desglose de los documentos de que se ha hecho mérito, para que, por los funcionarios competentes, se adelante la investigación en relación con los atentados contra la libertad del sufragio, que se pudieron cometer en el Municipio de Duitama en ese día, y a que se refieren los testigos.

Dice también el demandante:

"Fueron también escrutados por el Consejo Electoral del Departamento los votos de los Municipios de Cerinza, Soatá, Susacón, Guateque, Jenesano, Chiscas, Sutatensa, Guayatá, Maripí, Muzo, Pauna, Ráquira, Sutamarchán, Toca, Turmequé y Sotaquirá, que no podrán escrutarse, porque en todos estos lugares hubo violencia contra el electorado, y fraude de diversa índole, como inflación de censos, adulteración de registros, suplantación de cédulas, exceso sobre la cedulación hábil, y muchos otros."

En el término concedido al efecto no se demostró, en ninguna forma, ni la violencia, ni el fraude, ni ninguno de los otros hechos afirmados por el demandante, por lo que se debe concluir que por esto tampoco puede prosperar la acción.

En síntesis: estima el Consejo que, por falta de pruebas, no pueden prosperar las causales de nulidad invocadas en la demanda, y que, por lo tanto, tampoco hay motivo legal para ordenar la rectificación de los escrutinios pedida como consecuencial.

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

Niéganse las peticiones de la demanda promovida por el doctor Luis E. Wilches Blanco, sobre nulidad del escrutinio y la declaratoria de elección hechas por el Consejo Electoral de Boyacá, de los votos emitidos en este Departamento, en las elecciones para Representantes al Congreso, verificadas el dia 18 de marzo pasado.

Desglósense y envíense a los Jueces del Circuito Penal de Tunja las relacionadas con el Municipio de Viracachá, y a los de Santa Rosa de Viterbo las relacionadas con los Municipios de Paipa y Duitama.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Ricardo Uribe Escobar, Carlos Rivadeneira G., Jorge Lamus Girón, Gonzalo Gaitán, Tulio Enrique Tascón, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

Actos de los Gobernadores.—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Jorge Lamus Girón).

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre veintiséis de mil novecientos cuarenta y cinco.

El señor Samuel Peláez, en memorial del 14 de diciembre de 1943, demandó ante el Tribunal Administrativo del Atlántico la nulidad del Decreto de la Gobernación de aquel Departamento, número 408 de 1943.

El Tribunal admitió la demanda, y como se había solicitado la suspensión provisional, consideró que no aparecía la violación, *prima facie*, de normas superiores de derecho. De esta providencia apeló el actor, y el Consejo de Estado la confirmó.

Por sentencia de fecha trece de octubre de 1944, el Tribunal falló el negocio, declarando la nulidad del acto acusado. Contra tal sentencia interpusieron recurso de apelación tanto el señor Fiscal del Tribunal como el oponente, doctor Bustillo Serrano. Concedida la apelación, el Consejo tramitó el recurso, y como aparece que se encuentran agotados los términos del procedimiento, procede a resolver en el fondo.

Hechos de la demanda.

El actor enumera así los hechos de la demanda:

> "a) La Asamblea Departamental del Atlántico, en sus sesiones del presente año, expidió la Ordenanza número 38, 'por la cual se crea la Lotería de Beneficencia del Atlántico'.
>
> "b) Por medio del artículo 9º de la citada Ordenanza se autorizó a la Gobernación del Atlántico para reglamentar dicha Ordenanza y llenar los vacíos que en ella pudiera encontrar.
>
> "c) Con base en la autorización de que trata el punto anterior, la Gobernación del Atlántico dictó el Decreto número 408, cuya nulidad demando, sin decir en su encabezamiento sobre qué versa tal Decreto, sino que se limita a decir: 'En ejercicio de la atribución conferida por el artículo 9º de la Ordenanza 38 de 1943'.
>
> "d) Tal Decreto comenzó a regir ya en todo el Departamento del Atlántico."

Fundamentos de derecho.

El señor demandante considera que el acto acusado viola el artículo 127 de la Ley 4ª de 1913 y el inciso 41 del artículo 97 de la misma Ley (Código Político y Municipal).

El acto acusado.

El acto acusado, que es el Decreto número 488 de 7 de diciembre de 1943, *y no el 408*, como se observa en los autos, y lo dijo el Consejo en auto que confirmó el del Tribunal *a quo*, que negó la suspensión provisional, dice en lo pertinente:

"DECRETO NUMERO 488 DE 1943

(diciembre 7)

en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 9º de la Ordenanza 38 de 1943.

"El Gobernador del Departamento del Atlántico,

en uso de sus facultades legales, y

"CONSIDERANDO:

"Que el artículo 9º de la Ordenanza 38 de 1943, 'por la cual se crea la Lotería de Beneficencia del Atlántico', autorizó a la Gobernación para reglamentar dicha Ordenanza y llenar los vacíos que en ella pudiera encontrar;

"Que existen en la ciudad varios juegos clandestinos de apuestas mutuas, denominados comúnmente 'La Bolita', de carácter permanente, que defraudan las rentas de la Beneficencia Pública, que pagan premios en dinero, y cuyo funcionamiento se verifica por medio de boletas o cédulas que juegan de conformidad con los números premiados de las diversas loterías que existen en el país;

"Que los juegos de apuestas mutuas o 'La Bolita', autorizados en un tiempo por la Ordenanza número 35 de 1938, fueron declarados prohibidos mediante sentencia del honorable Consejo de Estado, de fecha 5 de septiembre de 1939, y fallada, además, la nulidad de la Ordenanza mencionada;

"Que los juegos de apuestas mutuas o 'La Bolita' violan ostensiblemente el artículo 17 del Decreto legislativo número 198 de 1927, ya que en dichos juegos 'la ganancia depende exclusivamente de la suerte o el azar, sin que los jugadores, mediante su habilidad, y de buena fe, puedan inclinar la fortuna favorablemente', según lo afirma el Consejo de Estado en la sentencia precitada;

"Que en la misma sentencia el honorable Consejo de Estado afirma que el juego de apuestas mutuas o 'La Bolita' 'reúne todas las características de una lotería, pues se conceden premios en dinero, es de carácter permanente y se verifica por medio de billetes o boletas';

"Que, según el artículo 2º de la Ley 19 de 1932, ninguna rifa establecida o que se establezca puede repartir 'ningún premio en dinero, en cualquier cantidad que sea, ni podrá ser de carácter permanente',

"DECRETA:

"Artículo 1º Los propietarios, administradores, gerentes, distribuidores o vendedores de boletas o cédulas de los juegos clandestinos de apuestas mutuas o 'La Bolita', a quienes se compruebe que en el territorio del Departamento distribuyen, reparten o venden tales boletas o cédulas, o que pagan premios en dinero sobre los números favorecidos de las mismas boletas o cédulas, quedarán comprendidos en las definiciones de los artículos 775 y siguientes del Capítulo IV —Juegos prohibidos— de la Ordenanza 72 de 1931, sobre Código de Policía del Atlántico.

"Artículo 2º Los infractores a que se refiere el artículo precedente serán sancionados con multas de cinco pesos ($ 5.00) a

doscientos pesos ($ 200.00), y en caso de reincidencia la pena será doble, conforme al artículo 775 del Código de Policía. Al tenor de mismo Código, tales multas serán pagadas dentro de los tres días siguientes al de la notificación; en caso contrario, serán convertibles en arresto, a razón de un día por cada peso, arresto que se cumplirá en la cárcel de la Policía Nacional, División Atlántico.

"Artículo 3º Si el infractor o infractores a que se refiere el artículo 1º del presente Decreto distribuyeren, repartieren o vendieren boletas entre personas en estado de embriaguez, locos o dementes, o menores de edad, no habilitados, sabiendo dichas incapacidades, sufrirán una pena de arresto, de dos (2) a seis (6) meses, que pagarán en la cárcel de la Policía Nacional, División Atlántico, sin perjuicio de las demás penas en que puedan haber incurrido, según los casos. En caso de reincidencia, la pena será doble.

"Artículo 4º Al tenor del artículo 785 del Código de Policía, el individuo o individuos que denuncien o comprueben la venta de boletas o cédulas del juego de apuestas mutuas o 'La Bolita', o cualquiera otro juego prohibido, semejante, tendrán derecho al 50% de las multas que se imponen a los infractores.

"Artículo 5º De acuerdo con el artículo 783 del Código de Policía, en las causas sobre juegos prohibidos son testigos hábiles contra los jugadores sus propios compañeros de juego.

"Artículo 6º En los casos de reincidencias, el número de éstas se tendrá en cuenta para calificar la falta e imponer las penas.

"Artículo 7º Al día siguiente de ser sorprendidos infraganti los infractores, o el inmediato, se dictará resolución contra aquellos cuya culpabilidad sea manifiesta. Respecto de aquellos cuya culpabilidad está sujeta a pruebas, se seguirá el juicio de Policía por los trámites correspondientes.

"Artículo 8º Son funcionarios competentes para conocer de las infracciones de que trata el presente Decreto, el Comandante del Resguardo General de Rentas y los Prefectos de las Provincias de Barranquilla y de Sabanalarga.

"Artículo 9º Los miembros del Resguardo General de Rentas, los de la Policía Nacional, División Atlántico; los de la Policía Municipal de Barranquilla, los Alcaldes e Inspectores de Policía, quedan en la obligación de vigilar, sorprender y denunciar a los infractores de que trata el presente Decreto.

"Artículo 10. Los miembros del Resguardo General de Rentas, los de la Policía Nacional, División Atlántico, y los de la Policía Municipal de Barranquilla, que por cualquier causa culpable permitan la venta de las boletas o cédulas del juego de apuestas mutuas o 'La Bolita', serán sancionados como auxiliadores, cómplices o encubridores.

"Artículo 11. En los casos no contemplados en el presente Decreto, se aplicarán las disposiciones que sean pertinentes, del Código de Policía.

"Comuníquese, cópiese y publíquese."

Sentencia apelada.

El Tribunal *a quo*, en la sentencia que se estudia, dijo, luégo de copiar lo pertinente de la demanda y el acto acusado:

"De conformidad con el Decreto denunciado, el Gobernador del Departamento no hizo otra cosa más que prohibir a los propietarios, administradores, gerentes, distribuidores o vendedores de boletas o cédulas de los juegos clandestinos de apuestas mutuas o 'La Bolita', la libertad de pagar premios en dinero sobre los números favorecidos, vender boletas de apuestas mutuas, repartir o distribuir las mismas, etc., de conformidad con la prohibición que hace la Ordenanza 72 de 1931, sobre Código de Policía. Después, impone multas a los infractores, señala los funcionarios que han de cumplir al pie de la letra el Decreto, y termina con los casos no contemplados en el Decreto, los que se reglarán por el Código de Policía.

"Esta es toda la cuestión: la Gobernación del Atlántico, celosa de los intereses del Departamento, evitando la violación del Código de Policía, adoptó por dictar el célebre Decreto, sin parar mientes en una prohibición ya efectiva y ya trajinada dentro del Código de Policía, lo que indica que existe una repetición de prohibiciones, nada más, pues al tenerse en cuenta las disposiciones que el actor señala como violadas, son éstas precisamente las mismas que disponen sobre la materia contemplada, pero no son violadas bajo ningún punto de vista, sino que, antes por el contrario, ellas dan la clave a los Gobernadores para entrar a determinar, por medio de las funciones policivas, el cumplimiento de las normas objetivas dentro del orden que ellas emanan.

"En concepto del Tribunal, la Gobernación del Atlántico no tenía necesidad de citar decreto alguno para prohibir los juegos clandestinos, pues siendo que ya existen disposiciones que las respaldan y un fallo del Consejo de Estado que la autoriza, solamente cabía y cabe a la Gobernación dar órdenes policivas para evitar los juegos clandestinos, basada en la ley, en la ordenanza y en el fallo correspondiente del Consejo de Estado, sin entrar a reglamentar ninguna clase de ordenanza y sin tener en cuenta imposiciones que degeneran en una repetición de norma, sin autorizaciones legales para hacerlo.

"De ahí, pues, que la Ordenanza (sic) acusado no viola ninguna de las disposiciones citadas por el demandante; sin embargo, cabe la nulidad por el aspecto señalado, ya que en un decreto de esta naturaleza daría cabida, en demandas semejantes, a una mala interpretación por parte de los negociantes de los juegos clandestinos, para aplicar principios generadores del bienestar de sus intereses, con peligro de la moralidad que los pueblos deben guardar en relación con estas situaciones, manchando así el honor de los habitantes, hasta colocarlos dentro de la perversidad....

"....A tono con el concepto fiscal, el análisis, resulta el análisis del Tribunal, desde luégo que se ha venido sosteniendo que el acto acusado no es ilegal; pero, naturalmente, con la salvedad que aquí se ha hecho un estudio acorde con las circunstancias que se presentan, pues no siendo ilegal el acto no tendría por qué prosperar la demanda, pero es el caso que no siendo ilegal, establece una redundancia de preceptos que no atañen a la Go-

bernación, porque tales determinaciones están definidas por la ley....

"El Decreto número 488 de 7 de diciembre de 1943, emanado de la Gobernación del Departamento del Atlántico, por medio del cual se prohiben los juegos clandestinos, no viola ninguna disposición legal, ya que si se refiere el demandante a la violación de la Ley 4ª de 1913...., no lo es así, porque tal Ley prohibe la misma acción humana dentro del campo de los juegos clandestinos; de ahí que el Decreto no es ilegal, porque no está contra la ley, sino que la secunda....

"....Pero, sin embargo de estas observaciones, y siendo la medida del Decreto acusado una medida que debió tomarse sin necesidad del Decreto, sino tan sólo con la Policía, es obvio que resulta insubsistente el Decreto número 488 de la Gobernación y debe anularse...."

De acuerdo con lo que se deja copiado del auto del Tribunal *a quo*, este fallo declara nulo por inexistente el Decreto acusado, y en forma unánime.

Consideraciones generales.

El Consejo considera, prudente observar al Tribunal *a quo* que le causa curiosidad y alarma el estudio que hace en la sentencia apelada, ya que no es posible concebir cómo pudo estar de acuerdo con el señor Fiscal en que el acto acusado no era ilegal, y al propio tiempo llegar a la ilógica consecuencia de declarar la nulidad por *inexistencia* del Decreto.

Sobre un acto que no existe, en cualquier otra ocasión, sobraría decirlo, no puede hacerse declaración de nulidad; ni estudio alguno puede aceptarse como fruto de capacidad y juicio, si se empieza por decir que no hay ilegalidad de un acto, y al mismo tiempo se pronuncia una declaración de nulidad por inexistencia de este acto.

El acto debió existir, y sobre él el Tribunal *a quo* hace el estudio para decir que no es ilegal, y con vista en él fue como admitió la demanda, es decir, sobre la base de la existencia del acto, y, por consiguiente lo que había que declarar era si violaba norma positiva de derecho o nó.

Aceptar, como acepta el Tribunal *a quo*, que existe el acto acusado y declarar que no es violatorio de la ley, en la parte motiva, para luégo decir en la conclusión que no existe, es cuestión que deja por lo menos la impresión que hubo poca intención de estudio, lo que es censurable, ya que el problema planteado merecía atención, estudio y deseo, siquiera de acertar.

No se trataba de aconsejar a las autoridades departamentales del Atlántico sobre la manera como debían proceder en tales casos, sino de resolver el dilema que plantea toda la demanda contenciosa: o es nulo, o no lo es, el acto acusado.

Lo anterior sirve, además, para hacer caer en la cuenta al Tribunal *a quo* que del hecho de que una disposición vigente sea dictada como nueva, copiándola de la vigente, no es posible en ninguna lógica deducir que el acto no existe. Si lo que dice el Decreto acusado ya está dicho en norma de derecho positivo, es una mayor razón de existencia, pero en manera alguna de lo contrario, o sea de la conclusión desconcertante a que llegó el Tribunal dicho.

Consignado lo anterior se pasa a estudiar el fondo del negocio, y para ello se considera:

El Consejo, al conocer de este negocio por apelación del auto que negó la suspensión provisional, expresó conceptos que ahora se considera oportuno reproducir como definitivos:

"La principal objeción que el demandante le formula al Decreto acusado consiste en que en su encabezamiento se dice que se dicta 'en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 9º de la Ordenanza 48 de 1943'. Que por esta Ordenanza se creó la Lotería de Beneficencia del Atlántico, y que en virtud del citado artículo 9º el Gobernador había expedido el Decreto 440 bis de 1943, por el cual se reglamentó el funcionamiento de la Lotería. Que siendo esto así, no puede el Gobernador basarse en la autorización conferida por el mentado artículo 9º, para que con el pretexto de reglamentar cuestiones relativas al funcionamiento de la Lotería, dicte disposiciones sobre juegos, arrogándose una competencia que no tiene.

"Que en manera alguna las disposiciones del Decreto acusado pueden considerarse como reglamentarias de la Ordenanza 38 citada, puesto que ellas se refieren a cuestiones distintas, y, por último, que la facultad de expedir reglamentaciones sobre juegos corresponde a las Asambleas, y éstas no pueden delegarlas a los Gobernadores.

"Se considera:

"Es indudable, como lo observa el demandante, que las disposiciones del Decreto acusado no son reglamentarias de la Ordenanza número 38 de 1943, y que, por otra parte, habiéndose ejercitado la facultad reglamentaria con la expedición del Decreto 440 bis de 1943, ella quedó agotada, y no puede, por consiguiente, hacer uso de la autorización conferida por el artículo 9º indefinidamente.

"También es verdad que es a las Asambleas Departamentales a las que corresponde prohibir los juegos que perjudiquen la moralidad y el desarrollo de la riqueza pública, y castigar a los infractores, así como reglamentar y gravar los juegos permitidos.

"El Decreto 488, materia de la acusación, en su artículo 1º, expresa que los propietarios, administradores, distribuidores o vendedores de boletas de los juegos clandestinos de apuestas mutuas o 'La Bolita', a quienes se compruebe que distribuyen o venden tales boletas en el territorio del Departamento, o que pagan premios en dinero sobre los números favorecidos, quedarán comprendidos en las definiciones de los artículos 775 y siguientes del Capítulo IV —Juegos prohibidos— de la Ordenanza 72 de 1931, sobre Código de Policía del Atlántico. Por el artículo 2º se señalan las sanciones conforme al mismo Código de Policía. Las demás disposiciones se refieren a otras sanciones relativas siempre a la venta de boletas de los citados juegos y la competencia de los funcionarios para conocer de las infracciones respectivas, todas ellas con referencia al Código de Policía.

"Como puede observarse, el Decreto en referencia no entra a hacer prohibición de juegos, ni a reglamentar los que son permitidos, para que pueda sostenerse que viola los ordinales 41 y 42 del artículo 97 de la Ley 4ª de 1913. Es posible que sus disposiciones sean violatorias de otras no citadas por la demanda, y, por tanto, no es oportuno entrar a examinar, y mucho menos en un auto de suspensión provisional, si tal es el caso. Por el mo-

mento, sólo es pertinente tratar de hallar la ostensible pugna entre esas disposiciones del Decreto y las señaladas por la demanda, para saber si cabe la suspensión pedida.

"Se ha dicho ya que las disposiciones del Decreto acusado bien pueden ser consideradas como ajenas a la materia que se trata de reglamentar, según la enunciación que le sirve de base, esto es, cuando expresa la Gobernación que obra en ejercicio de las autorizaciones conferidas por el artículo 9º de la Ordenanza número 38 de 1943. Pero esto no es suficiente para que se pueda sostener que sus disposiciones están en pugna con normas de orden superior. El Consejo de Estado, al estudiar la demanda de nulidad entablada por el doctor Jesús María Arias contra el Decreto 1740 de 12 de septiembre de 1940, del Ministerio de Gobierno, y que se dictó como reglamentario de los ordinales e) y f) del artículo 8º de la Ley 48 de 1936, llegó a la conclusión de que sus disposiciones contienen normas no previstas por el legislador al expedir la Ley 48 citada; no obstante lo cual se abstuvo de declararlo nulo en consideración a que su contenido no pugna con ninguna disposición legal de orden superior.

"Dijo así el Consejo:

'De acuerdo con lo dicho por el mismo Consejo de Estado, y establecido por la Corte en múltiples fallos, tratándose del estudio de una demanda debe tenerse en cuenta la sustancia misma de las disposiciones que se examinan, al igual de lo que sucede con las acciones o excepciones que se propongan, en las cuales puede haber un error de forma, lo cual no inhibe a la corporación judicial o administrativa para desechar las meras cuestiones de fórmula y examinar en el fondo cuál es la realidad de la acción o excepción propuesta. Si en el caso en estudio coinciden las partes en que no se reglamenta la Ley 48, sino que en el fondo se trata de un decreto autónomo, contentivo de normas preventivas de seguridad pública, es claro que hay que tomarlo como tál y no como decreto reglamentario por el hecho de que el Gobierno erróneamente lo hubiese dictado como tál.' (*Anales del Consejo de Estado*, números 317 a 322, página 94).

"Por otra parte, las disposiciones del Decreto acusado hacen referencia expresa al llamado juego de apuestas mutuas o 'La Bolita', acerca del cual se afirma que es juego prohibido, puesto que habiendo sido demandada la Ordenanza número 35 de 1938, que permitió su funcionamiento, el Consejo de Estado, en sentencia de 5 de septiembre de 1939 declaró nula la referida Ordenanza, todo lo cual indica que hay materia compleja para examinar, y que este examen no cabe en un simple auto de suspensión provisional, en el cual solamente se hace una confrontación superficial entre el acto acusado y las disposiciones o normas superiores que se consideran violadas, pues, como lo ha sostenido invariablemente el Consejo, para que la suspensión sea procedente es preciso que la violación sea manifiesta, ostensible, que surja a simple vista, y no son éstas las circunstancias en que se encuentra el Decreto demandado."

De la transcripción hecha y acogida como definitiva para fundamento de este fallo, queda establecido:

Que no se trata en el acto acusado de un decreto reglamentario de la Ordenanza número 38 de 1943, sobre Lotería del Atlántico, pues ésta facultad del Gobernador se agotó al expedir el Decreto número 440 bis, que obra en autos, sino de un decreto autónomo, de carácter policivo.

Que con él no se entra a prohibir los juegos y diversiones públicas que perjudiquen la moralidad, y el desarrollo de la riqueza pública, ni de reglamentar y gravar los juegos permitidos, que son funciones propias de las Asambleas, y, por lo tanto, con sus disposiciones no se han violado los ordinales 41 y 42 del artículo 97 de la Ley 4ª de 1913.

Sólo resta, por lo visto, examinar si con el acto acusado se ha violado el artículo 127 de la Ley 4ª de 1913, pues el actor estima que en las 37 atribuciones que allí se le confieren no hay ninguna que lo autorice tomar determinaciones como las tomadas por el Gobernador del Atlántico por medio del Decreto acusado.

Para desechar la tacha de violación del artículo citado es suficiente hacer presente que son atribuciones del Gobernador, de acuerdo con el artículo 127 del Código de Régimen Político y Municipal, las de cumplir y hacer cumplir en el Departamento la Constitución y las leyes; estatuir lo relativo a la Policía local, de acuerdo con las leyes y las ordenanzas vigentes, y auxiliar a la justicia (ordinales 1º, 5º y 15).

En efecto:

El artículo 17 del Decreto número 1096 de 1927, que tiene fuerza de ley por haber sido expedido por el Presidente en uso de facultades extraordinarias, dispuso que debían considerarse como juegos prohibidos aquellos en que la ganancia depende exclusivamente de la suerte o el azar, sin que los jugadores, mediante su habilidad y de buena fe, puedan inclinar la suerte favorablemente. Según esto, las loterías y las apuestas mutuas o "La Bolita", son juegos de suerte y azar, prohibidos en el país.

La Ley 64 de 1923, en el artículo 1º, dispuso que solamente los Departamentos podrían establecer una lotería con premios en dinero y con el único fin de destinar su producto a la asistencia pública, y por el artículo 3º de la Ley 19 de 1932 se dijo que desde la sanción de la presente Ley ninguna rifa establecida o que se establezca en el país, puede lanzar a la circulación, ni tener, ni vender billetes fraccionados; ni repartir ningún premio en dinero, en cualquier cantidad que sea, ni podrá ser de carácter permanente, y agregó:

> "Los Gobernadores quedan encargados de velar por el estricto cumplimiento de este artículo..."

El Consejo de Estado, en sentencia de fecha 5 de septiembre de 1939, declaró nula la Ordenanza número 35 de 1938, expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico, que permitió en el territorio del país los juegos de apuestas mutuas y en especial el que se juega con los números premiados de las loterías que se explotan en el país, y que no es otro que el conocido con el nombre de "La Bolita".

Si, pues, por el Decreto acusado el Gobernador, reproduciendo el contenido de las disposiciones legales, ha estatuído las normas policivas que cobijan a los propietarios, administradores, gerentes, distribuidores o vendedores de boletas o cédulas de los juegos clandestinos de apuestas mutuas o "La Bolita", para hacer que se cumplan en el Departamento del Atlántico las leyes que prohiben los juegos de suerte y azar e impedir que con el nombre de rifas se establezcan juegos de esta clase, con menoscabo de la renta departamental de lotería, destinada a la asistencia pública; si esa reglamentación está de acuerdo con las leyes y or-

denanzas vigentes, pues el articulado del Decreto se encamina también a determinar que a los infractores los cobijan también las disposiciones del Código de Policía del Atlántico, sobre juegos prohibidos; si, en fin, en auxilio de la justicia, que declaró con fuerza de verdad legal nula la disposición que permitía en el territorio del Departamento esos juegos, la acata y atempera a ella su conducta, no es posible decir que el acto acusado viole normas superiores, sino que, por el contrario, está velando por el estricto cumplimiento de ellas, y, por lo tanto, no son nulas sus disposiciones.

El señor Fiscal, en su vista de fondo, es de opinión que se revoque la sentencia apelada y se nieguen las súplicas de la demanda, que es la misma conclusión a que se ha llegado.

Sin más consideraciones, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su Fiscal, revoca la sentencia apelada y en su lugar falla:

Niéganse las peticiones de la demanda instaurada por el señor Samuel Peláez, sobre nulidad del Decreto número 488 de 7 de diciembre de 1943, dictado por la Gobernación del Departamento del Atlántico.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Uribe Escobar, Carlos Rivadeneira G., Jorge Lamus Girón, Tulio Enrique Tascón, Gonzalo Gaitán, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Desistimiento de la apelación.

(Consejero ponente, doctor Jorge Lamus Girón).

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre veintisiete de mil novecientos cuarenta y cinco.

En el presente juicio ejecutivo, que el Municipio de Sutatausa, por jurisdicción coactiva, adelanta contra el señor Martín Céspedes y otro, y que actualmente conoce el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por haberse propuesto excepciones, el apoderado de la parte demandada desistió del recurso de apelación, que le fue concedido en el auto de fecha 31 de julio último.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en auto de 4 de los corrientes, consideró que como la providencia que concedió la apelación quedó ejecutoriada el día 3 de septiembre del corriente año, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 147 del Código Judicial, la jurisdicción quedó suspendida, y se abstuvo, por esa razón, de resolver sobre el desistimiento del recurso. Por fuerza de dichos autos el negocio ha venido al Consejo.

Es evidente que cuando el apoderado, doctor Aníbal Montoya Canal, presentó el memorial de desistimiento, el auto que había concedido el recurso estaba ejecutoriado.

El numeral 1º del artículo 147 del Código Judicial, citado por el Tribunal *a quo*, dice:

> "La jurisdicción se suspende en uno o más negocios determinados: 1º Por apelación concedida en el efecto suspensivo, desde que se ejecutorie el auto en que se otorga."

Es indudable que la jurisdicción estaba suspendida, como lo afirma el Tribunal, pero debe averiguarse si esa suspensión le impedía resolver sobre el recurso de desistimiento.

La Corte Suprema de justicia, en auto de veintiuno de junio de mil novecientos treinta y nueve, expresó lo siguiente, respecto del caso de autos:

> "I—El Código abolido, Ley 105 de 1890, artículo 95, disponía: 'El desistimiento del recurso se hace ante el mismo Juez que lo haya concedido, si el expediente no hubiere sido remitido al superior, o ante éste, si ya lo hubiere recibido. El desistimiento del pleito se hace ante el Juez o Tribunal que esté conociendo de lo principal del asunto.'
>
> "De conformidad con el anterior artículo, el Tribunal *a quo* habría podido decidir sobre el desistimiento del recurso en esas circunstancias, quedando, en consecuencia, bajo su jurisdicción nuevamente lo principal del asunto.
>
> "II—La Ley 105 de 1931 no puede consagrar un procedimiento regresivo, en relación con lo que establecía el artículo 95 de la Ley 105 de 1890. Por consiguiente, es preciso suponer que el

legislador de 1931 no quiso dejar una caótica indeterminación de jurisdicción. Siendo así las cosas, aplicando rigurosamente el artículo 147 del mismo Código en el intervalo de la suspensión de jurisdicción, no habría ante quién hacer la solicitud de desistencia, lo que llevaría a una situación absurda.

"Pero una exégesis más racional permite aseverar que cuando el renunciamiento de la acción o la desistencia del recurso se hacen, estando todavía el expediente en la primera instancia, el Juez de ésta reasume la jurisdicción para el efecto de resolver el respectivo memorial, ya que la naturaleza especial del incidente de desistimiento, cuya finalidad es terminar el juicio, significa no sólo el renunciamiento de la acción incoada, sino la terminación de todo el proceso.

"III—Cuando el artículo 461 del Código Judicial habla del conocimiento del juicio en cualquier estado del negocio, está dando a entender que cualquiera que sea la situación procesal del negocio, el desistimiento puede hacerse, y, por consiguiente, reasumida la jurisdicción suspendida, cesa la indeterminación que aparentemente se presentaba en relación con el Juez que ha de fallar el incidente. En tal virtud, el 2º inciso del artículo 461, ibídem, puede aplicarse estrictamente.

"IV—El expositor español Manresa, estudiando las leyes procesales de su país, dice lo siguiente, que es perfectamente aplicable en la solución del problema que se discute:

'Aplicando con rigor el principio de que la apelación suspende la jurisdicción del Juez que la admite, creían con razón algunos Jueces que el desistimiento de la apelación sólo podría hacerse ante el Tribunal de alzada, al paso que otros no tenían inconveniente en admitirlas, considerando que la renuncia del apelante a llevar adelante el recurso les devolvía la jurisdicción para seguir conociendo'."

La anterior jurisprudencia deberá aplicarse al presente negocio porque hay que considerar que cuando se presentó la solicitud de desistimiento del recurso el expediente no había sido enviado al Consejo, y por efecto de la anterior doctrina el Tribunal *a quo* reasumía la jurisdicción que se había suspendido; además, el Consejo considera que no ha adquirido jurisdicción para iniciar esta segunda instancia porque el recurso que la iba a motivar fue seguido de un desistimiento expreso, siendo procedente, por consiguiente, la devolución de los autos para que el Tribunal resuelva la referida solicitud.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala Unitaria, declara que se abstiene de aprehender el conocimiento del presente negocio, en segunda instancia, y dispone que vuelvan los autos al Tribunal de origen para que se decida sobre el desistimiento propuesto por el doctor Aníbal Montoya Canal.

Cópiese y notifíquese.

Jorge Lamus Girón.—Luis E. García V., Secretario.

Actos de las Asambleas.—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Jorge Lamus Girón).

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

El doctor Julián Uribe Cadavid, en su propio nombre, ejercitando la acción de nulidad que consagran los artículos 63 y 66 del Código Contencioso Administrativo, pidió al Tribunal Seccional de Antioquia, en memorial de 6 de julio de 1943, que se declararan nulos los artículos 1º, 3º, 9º y 23, inciso 1º, de la Ordenanza número 15 de 1943, expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia, e igualmente la suspensión provisional de esas disposiciones.

El Tribunal, en providencia de 26 de agosto, decretó la suspensión provisional del artículo 9º, y no accedió a hacerlo respecto de los artículos 1º, 2º y 23. Apelada esta providencia por el actor, el Consejo la reformó en el sentido de suspender la primera parte del artículo 23, que dice: "A partir del 20 de abril del corriente año", confirmando la no suspensión de los artículos 1º y 3º

Por sentencia de fecha diez y ocho de agosto del año pasado, el Tribunal le puso término a la instancia, declarando nulo el artículo 9º y negando las otras peticiones de la demanda.

De esta sentencia apeló en el acto de la notificación el doctor Uribe Cadavid, y como en esta Superioridad se ha dado al recurso la tramitación que le es propia, se procede a dictar el fallo que corresponde, y para ello se considera:

Como es doctrina aceptada por el Consejo que la apelación se entiende sólo interpuesta en lo favorable al apelante, y la sentencia recurrida, con razones convincentes, declara nulo el artículo 9º acusado, el estudio se habrá de concretar a las disposiciones a que se refiere la apelación, y que son las siguientes:

"ORDENANZA NUMERO 15

(junio 15 de 1943).

'por la cual se crea una Inspección de Policía y se dictan otras disposiciones'.

"La Asamblea Departamental de Antioquia,

en uso de sus facultades legales,

"ORDENA:

"Artículo 1º Créase, por los límites que determine el Gobernador del Departamento en el decreto reglamentario de esta Ordenanza, una Inspectoría Departamental en el Corregimiento de Yondó, jurisdicción del Municipio de Remedios, la que que-

dará clasificada en categoría única, con las siguientes asignaciones:

"Inspector, a .... $ 200.00 mensuales.
"Secretario, a .... 120.00 mensuales.
"..... ....

"Artículo 3º El Gobernador señalará las funciones y atribuciones del Inspector Departamental dentro del territorio que se delimite.

"..... ....

"Artículo 23. A partir del 20 de abril del corriente año se aumentan en diez pesos ($ 10.00) las remuneraciones a que se refiere el artículo 8º de la Ordenanza 50 de 1939, sin afectar las variaciones que ese mismo artículo hace de la Ordenanza número 2 de 1934."

"..... ...."

Siguiendo el orden adoptado en la sentencia de primera instancia, se divide el estudio en dos capítulos, correspondiendo el primero a lo referente a los artículos 1º y 3º, y el segundo al primer inciso del artículo 23, antes transcritos.

I

Artículos 1º y 3º de la Ordenanza número 15 de 1943.

Estas disposiciones se refieren a la creación de la Inspección Departamental de Policía de Yondó, en jurisdicción del Municipio le Remedios, por los límites que determine el Gobernador, servida por un Inspector y un Secretario, con las asignaciones que allí se determinen, clasificada en una categoría y con las funciones y atribuciones que el Jefe de la Administración Seccional le señale.

El demandante acusa estas disposiciones como violatorias de los artículos 5º y 181 de la Constitución, y 143, 145, 155, 184, 189 y 190 de la Ley 4ª de 1913, por cuanto, por virtud del artículo 5º de la Constitución Nacional, el territorio nacional se divide en Departamentos, Intendencias y Comisarías; y los primeros se dividen en Municipios o Distritos Municipales, y por mandato del artículo 6º de la misma Constitución, fuera de la división general del territorio habrá otras dentro de los límites de cada Departamento, para arreglar el servicio público, y que en desarrollo de estos principios que acaban de citarse el constituyente, en el artículo 181, dispuso que los Departamentos se dividen en Distritos Municipales, y que para el mejor servicio administrativo, la ley puede establecer divisiones provinciales u otras; y por lo que hace a las disposiciones del Código de Régimen Político y Municipal, la Asamblea le usurpa atribuciones al Concejo y al Alcalde de Remedios, porque es a la corporación municipal a quien le corresponde la creación de Corregimientos, y al Alcalde el nombramiento del Corregidor, bajo cuya dependencia está como su subalterno inmediato.

Para negar la anulación de los artículos 1º y 3º, el Tribunal reproduce como definitivas las consideraciones en las que se apoyaron él y el Consejo para no acceder a la suspensión provisional solicitada, consideraciones que hoy estima el Consejo también suficientes para fundamentar la confirmación de la sentencia de primera instancia en esta parte, y las que dicen:

"Puestas enfrente las anteriores disposiciones de la Constitución Nacional y del Código Político y Municipal, y de la Or-

denanza acusada, parece que la Asamblea no es que haya creado un Corregimiento que deba funcionar dependientemente del Municipio de Remedios, sino que, para efectos del mejor servicio policivo en aquellas regiones, establece una Inspectoría, es decir, una Oficina de Policía, con jurisdicción en una extensión cuyos límites señalará el Gobernador en decreto especial, pero que no le quita al Alcalde del lugar ninguna de sus atribuciones como Jefe que es del Municipio, ni le cercena al Concejo de Remedios ninguna de sus facultades legales, y antes, por el contrario, procura la Asamblea, en la órbita de las atribuciones que le asigna la Constitución Nacional, que es, entre otras, 'dirigir y fomentar por medio de ordenanzas y con recursos propios del Departamento...., lo relativo a la Policía local, la fiscalización de las rentas y gastos de los Distritos y cuanto se refiere a los intereses seccionales y al adelantamiento interno....', coadyuvar a la acción del Gobernador, como Jefe que es de la Policía en el Departamento, y a la del Alcalde, que lo es del Municipio, y a la del Concejo, en este mismo orden, y, además, por el concepto de sueldo al pagar el Departamento en mejores condiciones de cuantía, justificada en atención a la larga distancia y condiciones especiales de la región, que seguramente no podrá atenderse con los recursos del Tesoro Municipal.

"El Corregidor es el Jefe del Corregimiento, cuya creación le compete al Concejo, y el nombramiento del empleado, al Alcalde. No es lo mismo crear un Corregimiento o erigir en tál un caserío en jurisscción de un Municipio, que crear una Inspectoría Departamental. Lo primero es atribución legal dada a los Concejos; lo último hace relación al mejoramiento del servicio policivo; de ahí que la Sala haya hecho resaltar en las palabras antes transcritas del señor demandante, las denominaciones de Corregimientos o Inspectorías, subrayándolas, pues los términos no son sinónimos: el primero es atributivo del Código Político y Municipal. Los últimos lo son de orden departamental, establecidos para el mejor servicio de la Policía.

"Se dice lo anterior no precisamente para anticipar que la Ordenanza acusada pueda ser invulnerable a la postre, en esta parte, sino para expresar que de conformidad con el artículo 94 de la Ley 167 de 1941, como la acción intentada es de nulidad simplemente, por violación de las disposiciones de que se ha hecho mérito, no aparece que lo sea manifiesta de una de esas normas positivas de derecho."

El Consejo de Estado, al revisar, por apelación, dicho auto, expresa:

"Pero es indudable, como lo afirma el Tribunal, que las Inspecciones de Policía son distintas de los Corregimientos, por lo cual en esta parte incurre el demandante en una confusión cuando los hace sinónimos. No hay, es verdad, disposición expresa que autorice a las Asambleas para establecer tales Inspecciones y para reservar al Gobernador el nombramiento de sus empleados respectivos; pero sí cabe dentro de las atribuciones propias de esas entidades, conferidas por el artículo 186 de la Constitución, que el artículo 97 de la Ley 4ª de 1913 reproduce, la reglamentación de lo relativo a la Policía local, y es lo cierto que sí hay disposiciones legales que hacen referencia a las Inspecciones de Policía como algo distinto de los Corre-

gimientos, como puede verse, entre otras, en el artículo 7º de la Ley 187 de 1936, relativo al funcionamiento de mesas de votación para las elecciones, que en forma clara habla de las cabeceras de los Corregimientos, en donde deben instalarse tales mesas, así como de las Inspectorías e Inspecciones Departamentales, lo que indica que no se excluyen unos y otras.

"Por esta razón no se advierte, al menos *prima facie*, que haya una violación legal que justifique un auto de suspensión provisional cuando la Asamblea dispone la creación de una Inspectoría de Policía Departamental en Yondó, del Municipio de Remedios, y reserva al Gobernador del Departamento el nombramiento del personal que deba servirla. Habrá, pues, de confirmarse en esta parte el auto recurrido."

Por lo demás, ya el Consejo, en sentencia de 21 de marzo de 1937, pronunciada en el juicio de nulidad parcial de la Ordenanza número 41 de 1936, expedida por la Asamblea de Cundinamarca, por la cual se crean varias Inspecciones de Policía Departamentales, promovido por Leonardo Garavito Martínez, dijo:

"Afirma el demandante que las disposiciones acusadas 'lesionaron gravemente el derecho que tienen los Municipios afectados, y en especial sus Concejos, de crear empleados para el servicio municipal, y de arreglar la Policía en sus diferentes ramos'. Cabe observar que las Inspecciones Departamentales de Policía, aunque tengan un radio de acción en determinado territorio, no merman las actividades o atribuciones fiscales de los Municipios, en los cuales aquéllas ejercen funciones simplemente policivas, y con ello en nada se quebranta la organización administrativa.

"Por último, debe tenerse en cuenta que es función propia de las Asambleas Departamentales, conferida por la Constitución y confirmada por la ley, la de dirigir y fomentar por medio de ordenanzas y con sus propios recursos, *lo relativo a la Policía local en todo aquello que no haya sido materia de reglamentación por la ley* (artículo 187 de la actual Codificación), *o reglamentar la Policía local en todos sus ramos, respetando las disposiciones legales* (artículo 97, ordinal 8º, de la Ley 4ª de 1913), lo que hace que se considere que es legítima la potestad de la Asamblea de dictar las normas acusadas."

II

Artículo 23, inciso 1º, de la Ordenanza número 15 de 1943.

El Tribunal, para llegar a la conclusión de que no es nula esta providencia, se aparta del criterio que guió al Consejo al decretar la suspensión provisional del mismo, y por ello se cree necesario transcribir íntegramente la parte pertinente de la sentencia, que dice así:

"Dice el artículo 23 de la Ordenanza: 'A partir del 20 de abril del corriente año se aumentarán en diez pesos ($ 10.00) las remuneraciones a que se refiere el artículo 8º de la Ordenanza 50 de 1939, sin afectar las vacaciones que en este mismo artículo hace del 2º de la Ordenanza número 2 de 1934'; en el auto de suspensión que se expresó:

'El demandante afirma que esa disposición es violatoria del artículo 106 de la Constitución Nacional y de los artículos 97 y 98 de la Ley 4ª de 1913. De estas disposiciones, la primera

(artículo 106) reza: «Ningún aumento de dietas o de viáticos decretados por el Congreso se hará sino después de que hayan cesado en sus funciones los miembros de la Legislatura en que hubiere sido votado». Este canon establece la prohibición a los miembros del Congreso de gozar del aumento del salario acordado por el mismo personal de Senadores y Representantes que no integren en la Legislatura que haya expedido la ley de aumentos, de suerte que si esta ley estableciera una retroactividad, o cualquiera otra forma tendiente a que por ella disfrutara de esa alza de emolumentos el mismo personal que la expide, sería el caso clásico de violación manifiesta, que da en los ojos, de una norma positiva de derecho. En ausencia de una disposición similar que les prohiba a las Asambleas hacer lo propio que le está vedado al Congreso, ¿se podrá, por analogía o por extensión, o con el argumento de que quien puede lo más puede lo menos? Seguramente no, porque se caería en el caso de una interpretación de un canon constitucional que no encaja con el pensamiento del legislador de 1941, cuando, para estas cuestiones de suspensión temporal, existe la preexistencia de una norma de derecho contra la cual se atenta de una manera absolutamente clara, manifiesta, incuestionable. Siempre se ha estimado en todos los tiempos que no es correcto que las Asambleas en determinadas legislaturas aumenten el salario a los Diputados en su propio y exclusivo beneficio, pero es un concepto del común de las gentes, seguramente basado en un sentimiento de pulcritud; mas al presentársele al Tribunal la decisión del punto, éste debe señalar o nó la disposición en que base su aserto, y de lo hasta aquí expuesto se enuncia que no encuentra un asidero suficiente para suspender la Ordenanza como atentatoria de flagrante norma constitucional.'

"El Consejo de Estado aceptó la tesis de que no habiendo una disposición expresa tendiente a prohibir a las Asambleas aumento de dietas de los Diputados para gozar de ellas durante la Legislatura en que se hubiere decretado el aumento, no se puede, para efectos de la suspensión del acto ordenanzal acusado, aplicar por analogía un estatuto semejante, cual sería el de la Constitución Nacional (artículo 106), que se refiere expresamente a los Representantes y Senadores. Y como sobre este punto del debate no es preciso aducir nuevas argumentaciones, en virtud de su claridad, es obvio que por ese aspecto no habrá lugar a declarar la nulidad. Mas como aquella alta corporación, de otro lado, expresó, al revisar el auto del Tribunal:

'....Pero al examinarse la disposición del artículo 23 de la Ordenanza número 15, que ha sido acusado, por el aspecto de la retroactividad que se le da al aumento de la remuneración de las dietas de los Diputados, cuando se señala una fecha anterior a la expedición de la misma Ordenanza para que rija ese aumento, resulta a todas luces inaceptable para el Consejo el procedimiento adoptado, no sólo porque contraría la norma general de derecho de que ninguna disposición legal puede tener efecto retroactivo, sino también porque habiéndose prestado y pagado el servicio de los Diputados, de conformidad con la Ordenanza 50 de 1939, que era la que estaba vigente en ese momento, nada justificaba el cobro del aumento decretado por la Ordenanza posterior, porque en el fondo ello envuelve una

dádiva, beneficio o concesión gratuita en favor de los Diputados que expidieron la respectiva disposición, que crea, por otra parte, una obligación a cargo del Departamento, de pagar cantidades excedentes por servicios prestados y pagados de acuerdo con las disposiciones que regían antes, lo que equivale en realidad a echar sobre la entidad departamental una obligación sin causa.

'Las Asambleas, cuando se trata de la disposición del Tesoro Público, así sea de propiedad exclusiva de los Departamentos, como lo enseña la Constitución, están, sin embargo, sometidas a ciertas limitaciones de orden legal, que tutelan el patrimonio de esas entidades, que de no existir podría llevar al caso de que pudiera disponerse de él restrictamente por los miembros de esas corporaciones en provecho propio o de extraños, sin que hubiera recurso alguno para impedirlo.

'Por lo dicho anteriormente es procedente decretar la suspensión provisional solicitada en la parte que da efecto retroactivo a la disposición acusada.'

"El Tribunal deliberadamente se abstuvo de considerar en el auto de suspensión la retroactividad de los efectos del acto acusado, porque el demandante, como era su obligación, según el artículo 84 de la Ley 167 de 1941, no señaló la disposición que estimara violada, y el concepto de la violación, limitándose a indicar las que fueron examinadas en aquella providencia, y en atención a que la doctrina en lo contencioso administrativo se viene orientando en el sentido de que si en la demanda no se señalan expresamente todas las normas de derecho que puedan resultar heridas por el acto oficial acusado, el fallo no puede recaer sino en consideración a las que se invoquen como vulnerables en el libelo inicial, aunque en verdad hubiera otras capaces de invalidarlo, pero que no fueron advertidas por el demandante, a diferencia de lo que ocurre en el Organo Judicial, especialmente en la Corte Suprema, cuando ha de declarar si el acto tachado de inexequibilidad lo es en efecto por ser contrario en algún sentido a la Constitución, aunque algunos de sus preceptos no se hayan indicado por el actor, y ello en virtud de que a esa alta corporación le está atribuída la guarda integral de ese estatuto nacional, a diferencia de los Tribunales Administrativos, cuyo radio de acción está circunscrito a la queja de la demanda.

"El honorable Consejo de Estado no señaló en este pleito la disposición que a juicio del Tribunal debió aparecer manifiestamente violada para que, en consecuencia, procediera la suspensión de la Ordenanza en la parte pertinente, como él lo hizo. Ante tan respetable decisión, la Sala ha venido estudiando espaciosamente la cuestión, que no vacila en calificar de grave, por ser tan variado el criterio sobre la irretroactividad que en sus efectos puedan tener las leyes en general, o si evidentemente no pueden tenerlos, y los Poderes Públicos que pretendan dárselos yerran ostensiblemente.

"En ese estudio ha dado con una interesante sentencia de la Corte Suprema, del año de 1937 *(Gaceta Judicial,* número 1929), pronunciada a causa de haber sido pedida la inexequibilidad de la Ley 10 de 1934 y su decreto reglamentario. Que es muy difícil la cuestión, lo está diciendo el hecho de haberse dividido exactamente de por mitad el número de votos de los Magistra-

dos en la discusión del proyecto de sentencia del ponente, doctor Eleuterio Serna, de donde resultó que con el sorteo de Conjuez se pudo obtener la mayoría de votos, en contra de la tesis del Magistrado doctor Serna, lo que indica que el punto es en extremo difícil de resolver.

"Del expresado proyecto es este pasaje: 'Conforme lo dicen algunos autores, el efecto retroactivo de una ley es su aplicación en el pasado; el efecto inmediato, su aplicación en el presente.'

"Dentro de esta idea tan amplia, decía el artículo 13 del Código Civil: 'La ley no tiene efecto retroactivo. No hay otra excepción a esta regla.'

"Para desatar el nudo, piensa respetuosamente esta Sala que quizá sea acertado no llevar al actual problema el concepto de irretroactividad, porque la Ordenanza propiamente no lesiona derechos adquiridos, que serían los del Tesoro Departamental, al que a primera vista se le impondría la obligación de atender a la solvencia de una crédito inexistente hasta el momento de aprobarse el acto, con cargo de hacerlo desde un tiempo anterior y situar esa circunstancia en el campo de la retrospectividad, término éste que usa la debatida sentencia de la Corte cuando razona:

"El doctor Manuel J. Angarita, eminente abogado, al comentar las disposiciones de la Ley 153 de 1887, dice que hay leyes que se refieren al pasado sin vulnerar ningún derecho adquirido. Agrega que esas leyes no tienen carácter retroactivo y deben considerarse únicamente como retrospectivas. Esta doctrina la acoge el señor Procurador de la Nación en su importante estudio y la sustenta con modernos expositores de derecho, para aplicarla como pertinente al caso que se estudia."

"Esta solución parece indicada por cuanto que en realidad el proceder de la Asamblea no atropella derechos previamente adquiridos, pues el Departamento, que sería el lesionado —como antes se dijo— no sufre menoscabo en su patrimonio al asignársele un gasto que no es propiamente nuevo, ni del cual podría sentirse exento por no haberse señalado en determinado tiempo anterior a la fecha en que terminan las sesiones de los encargados de acordar todos los gastos departamentales.

"No es que el Tribunal sostenga que la Asamblea, al proceder en la forma en que lo hizo, apenas sí usó de un derecho de administración del patrimonio público que se le tiene encomendado por la Constitución y las leyes. Al contrario, el hecho de elevarse la Diputación sus propios emolumentos y disfrutarlos en la misma Legislatura es contrario a la práctica establecida por casi todos los legisladores seccionales del país, que siempre habían tomado como norma de pulcritud no señalar para ellos mismos alza de sus dietas, y en caso de elevarlas, era invariablemente para un distinto personal integrante de las Asambleas en una época futura.

"Pero al mismo tiempo ocurre que los Diputados de la Asamblea de Antioquia devengaban diez pesos diariamente, a partir del 1º de marzo de 1932, en virtud de la Ordenanza número 1º de ese año, que empezó a regir desde su promulgación, y fue publicada en el periódico oficial el día 29 de marzo; emolumentos esos que fueron fijados en quince pesos por la Ordenanza

número 2 de 1934, a partir del 1º de marzo de ese año, día de la instalación de la Asamblea; ya en el año de 1939 —Ordenanza 50— se aumentó en cinco pesos para la misma Legislatura, y, por último, vino la Ordenanza acusada a aumentarlos en diez pesos; de suerte que dichas dietas son hoy de treinta pesos, y parece que la Asamblea, para hacerse ese aumento último, se aprovehó de una oportunidad que le brindara el ejercicio del poder que le es propio, con abuso o desvío de sus atribuciones, sino que tuvo en mientes un criterio de equidad ante la desconcertante situación de la economía nacional, y por eso, sin mengua del Tesoro Público, elevó las asignaciones de otros empleados en cuantía apreciable, aunque no criticable; así, por ejemplo, el del Gobernador, que era de setecientos pesos, lo señaló en mil pesos, y los de los Secretarios de ese Despacho y del señor Contralor General, que eran de cuatrocientos pesos y cuatrocientos cincuenta pesos, los subió a seiscientos pesos.

"Se desprende, cuando menos, de lo anterior, que hay un vacío en la ley; que falta una disposición normativa semejante a la constitucional, que prohibe hoy al Congreso de la República proceder en idéntico sentido al que se le viene criticando a la Asamblea Departamental de Antioquia en el año de 1943."

El Consejo, para llegar a la conclusión contraria a la que ha llegado el Tribunal, y reafirmar la tesis sostenida en el auto de suspensión provisional, considera:

Es principio fundamental el que ningún Organo del Estado puede realizar actos individuales que no estén previstos o autorizados por disposición general anterior, el que tiene en todos los Estados modernos un carácter casi absoluto; pues, salvo el caso de facultad discrecional, en ningún otro y por ningún motivo es posible hacer excepción a este principio.

También lo es que la validez del acto administrativo depende de que en él concurran los elementos que lo constituyen, y que los autores dicen que son: el sujeto, la voluntad, el objeto, el motivo, el fin y la forma.

Por lo que hace a la finalidad del acto, la doctrina ha sentado diversas reglas, cuya aplicación cree el Consejo indudablemente pertinentes al caso de autos. Ellas son:

El agente público no puede perseguir sino un fin de interés general, ni debe perseguir una finalidad en oposición a la ley. Pero no basta que el fin perseguido sea lícito y de interés general, sino que es necesario, además, que éntre en la competencia el agente que lo realiza. Pero aun siendo lícito el fin de interés público y dentro de la competencia del agente, no puede perseguirse sino por medio de los actos que la ley ha establecido al efecto.

De tal manera, pues, que hay ilegalidad de los fines del acto, ilegalidad que se conoce con el nombre de desviación del poder, o abuso de autoridad, cuando las circunstancias que concurren revelan que el fin que con el acto se persigue no es la satisfacción del interés público —que es lo único que debe perseguirse por el agente administrativo—, y no un interés cualquiera, sino el interés concreto, que debe satisfacerse por medio de la competencia atribuída a cada funcionario.

Por el inciso 1º del artículo 23 de la Ordenanza número 15 de 1943, en cuanto se aplica esa norma a hechos que se han producido anterior-

mente, modificando en el pasado las consecuencias jurídicas que ellos engendran, creándose así una obligación sin causa contra el Departamento y decretando a favor de los Diputados una gracia, dádiva, beneficio o concesión gratuita, la Asamblea se ha desviado o abusado, porque la finalidad real del acto no persigue la satisfacción del interés público concreto que ella debiera satisfacer, dentro de la órbita legal de sus facultades, sino precisamente uno que está en contra de los términos precisos de la ley, que prohibe a esos organismos decretar a favor de persona alguna gracias, o sea beneficios o dones que se hacen sin merecimiento particular (artículo 98, ordinal 4º, Código de Régimen Político y Municipal). Como el decretar gracias está prohibido a las Asambleas, por ello debe ser privado de sus efectos el acto acusado.

La tesis de los motivos determinantes (como llama Jéze a los fines del acto), es, dice:

> "....el complemento de la teoría de la competencia de los agentes públicos. Es hasta imposible separar las dos teorías. Para saber si la competencia existe en tal caso, es necesario investigar cuál acto ha sido realizado; el motivo determinante permitirá decirlo; si el motivo determinante no es lícito, permitirá también afirmar que a pesar de las apariencias no existia la competencia para alcanzar el fin perseguido por el agente público. Así como, conocido el motivo determinante, es posible atacar por incompetencia, por exceso de poder, un acto jurídico que presenta todas las apariencias de legalidad."

Entre los motivos del ataque hecho por el demandante al artículo estudiado está el de ser violatorio del artículo 97 de la Ley 4ª de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal), que señala la competencia de las Asambleas, y como ejercitó la acción consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, luego estuvo bien enederezada la acción de acuerdo con la doctrina antes transcrita, y debe prosperar la demanda principal en este punto.

La petición consecuencial, dirigida a obtener que "se declare que el Departamento de Antioquia tiene derecho y está en el deber de exigir de los Diputados de la Asamblea que hayan percibido cantidades de dinero con base en las disposiciones cuya nulidad se solicita, el reintegro al Tesoro Departamental de tales cantidades o sumas de dinero", no es viable, por carecer el demandante de personería para pedir en nombre de la entidad departamental.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su Fiscal, reforma la sentencia de diez y ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, del Tribunal Administrativo de Antioquia, que ha sido materia de la apelación, en el sentido de declarar nula la primera parte del artículo 23 de la Ordenanza número 15 de 1943, expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia, que dice: "A partir del 20 de abril del corriente año." En todo lo demás, se confirma.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Uribe Escobar, Gonzalo Gaitán, Jorge Lamus Girón, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

JAIME TOBON VILLEGAS
DONACION

Decretos del Gobierno.—Nulidad.

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

(Consejero ponente, doctor Jorge Lamus Girón).

El doctor Augusto Esparza Gómez, en demanda presentada ante el Juzgado Primero del Circuito en lo Civil, de Pasto, solicitó la nulidad del Decreto ejecutivo número 1378 de 7 de junio de 1945, dictado como base para proceder al nombramiento de Fiscales de los Tribunales Superiores del país.

La demanda fue admitida, y en el mismo auto se resolvió sobre la suspensión provisional pedida, en el sentido de negarla por considerar que no aparecía violación, *prima facie*, de normas superiores de derecho positivo.

Se corrió el traslado legal, una vez que la Secretaria informó que no se habían solicitado pruebas, y el actor no alegó; vencido el término dicho, se pasó el negocio al señor Fiscal del Consejo para vista de fondo, y una vez devuelto, aparece que se citó para sentencia. Como este último auto está debidamente ejecutoriado, el Consejo procede a resolver en definitiva, y para ello considera:

La demanda.

El actor formula la siguiente solicitud:

> "Primera. Que, previos los trámites correspondientes al procedimiento ordinario contencioso-administrativo —Ley 167 de 1941—, y con audiencia del señor Fiscal de la entidad, os sirváis declarar la *nulidad*, por violatorio de la Constitución Nacional y de la ley, del Decreto ejecutivo número 1378 de 7 de junio de 1945, dictado como base para proceder al nombramiento de Fiscales de los Tribunales Superiores del país; y
>
> "Segunda. Que, como consecuencia de la anterior declaratoria, queda sin efecto la serie de actos administrativos cumplida (sic) en desarrollo de la providencia ejecutiva materia de la anulación."

El acto acusado.

El Decreto acusado dice lo siguiente:

> *"El Presidente de la República,*
>
> en uso de sus facultades legales, y mientras la ley reglamenta el artículo 45 del Acto legislativo número 1 de 1945,
>
> "DECRETA:
>
> "Artículo 1º En desarrollo del artículo 45 del Acto legislativo número 1 de 1945, el Procurador General de la Nación pasará al Gobierno las listas para Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, antes del día 20 del presente mes de junio.

"Artículo 2º El Gobierno hará los nombramientos de Fiscales de los Tribunales Superiores del 20 del mes en curso al 1º de julio próximo.

"Artículo 3º Los Fiscales de los Tribunales Superiores pasarán al Procurador General de la Nación las listas para Fiscales de los respectivos Juzgados Superiores, del día 10 al día 20 de julio próximo.

"Artículo 4º El Procurador General de la Nación hará los nombramientos de Fiscales de los Juzgados Superiores del día 20 al día último del próximo mes de julio.

"Artículo 5º A partir del 1º de julio próximo, y mientras no se hagan los nombramientos de Fiscales de los Juzgados Superiores, continuarán los actuales en ejercicio de sus funciones.

"Comuníquese y publíquese.

"Dado en Bogotá a 7 de junio de 1945."

Consideraciones generales.

El suscrito Consejero, en auto de 20 de agosto del corriente año, negó la suspensión provisional del acto acusado, y como en esa providencia se hicieron algunas apreciaciones, especialmente sobre el contenido del Decreto *sub judice*, es el caso de reproducirlas como definitivas en esta sentencia. Dice el auto en lo pertinente:

"Por el acto acusado, el señor Presidente de la República dictó disposiciones 'en relación con el nombramiento de Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Juzgados Superiores'.

"El acto acusado dispuso que el señor Procurador General de la Nación procediera a enviar al Gobierno las listas para Fiscales de los Tribunales Superiores, y a los Fiscales de los Tribunales que, igualmente, procedieran a enviar al Procurador General de la Nación las listas para Fiscales de los Juzgados Superiores. También el dicho Decreto señaló las fechas máximas para el envío de las listas, y fijó la fecha para que se hicieran los nombramientos.

"Tales medidas las dictó el Gobierno en desarrollo del artículo 45 del Acto legislativo número 1º de 1945, como se expresa en el mismo Decreto.

"No aparece ninguna razón que permita encontrar que el Decreto acusado viole, *prima facie*, normas superiores de derecho positivo, pues, como ya se vio, el Gobierno se limita simplemente a señalar fechas para envío de listas y fecha para los nombramientos de Fiscales."

"Si el Gobierno, por el acto acusado, hubiera reglamentado la manera de hacer la elección, es claro que la violación resultaría, *prima facie*, como se sostiene.

"Por otra parte, no se trata de un decreto con fuerza legislativa, sino de una medida ordinaria del Gobierno, no apareciendo tampoco, *prima facie*, opuesto al artículo 113 de la Constitución ni al 117...."

Corresponde ahora entrar al estudio de fondo de la cuestión propuesta por el actor, a lo que se procede analizando cada una de las disposiciones que se señalan como violadas.

Dice el demandante que el Decreto acusado es violatorio del artículo 59 del Acto legislativo número 1º de 1945, porque es al legislador y no al Ejecutivo a quien corresponde dictar normas reglamentarias

sobre la manera de hacer, entre otras elecciones, las de Fiscales de los Tribunales Superiores del país.

El mencionado artículo 59 dice:

> "Para los efectos del artículo 173 de la Constitución, la Corte Suprema, al elegir Magistrados del Tribunal; el Presidente, al nombrar Fiscales de los Tribunales, y el Procurador, al nombrar Fiscales de los Juzgados, tendrán como base la proporción en que estén representados los partidos en la respectiva Asamblea Departamental. La ley reglamentará la manera de hacer la elección."

Ya en el auto de suspensión provisional se estudió el contenido del Decreto acusado, encontrando que en esa disposición el Gobierno simplemente señaló fechas para los envíos de las listas y para hacer los nombramientos; pero en modo alguno el acto demandado reglamenta *la manera de hacer la elección*, que es lo que el artículo constitucional atribuye privativamente al legislador. En tales condiciones, resulta claro que la norma que se señala como infringida no lo ha sido en realidad.

Alega también el demandante que el Decreto es nulo por:

> "....haberse dictado dicha determinación ejecutiva, en contra de lo establecido por el numeral 8º del artículo 113 de la Constitución Nacional vigente y no hallarse comprendida entre las que pueden ser dictadas excepcionalmente por el señor Presidente de la República, con carácter de decretos legislativos, conforme a las previsiones del artículo 117 de la Constitución."

El Decreto, como se vio, fue dictado en desarrollo del artículo 45 del Acto legislativo número 1 de 1945, y mientras la ley reglamentaba esa disposición constitucional, resultando ser una medida de carácter ordinario tomada por el Gobierno, y en forma provisional. De tal manera que no siendo el Decreto de los llamados legislativos, como no lo es, la violación del numeral 8º del artículo 113 de la Constitución no se ha efectuado, debiendo rechazarse la súplica con ese fundamento.

Acusa el actor los artículos 1º y 2º del Decreto 1378 de ser violatorios del artículo 140 de la Constitución Nacional, por cuanto éste dispone que, dice:

> "....es al Presidente de la República y no al *Gobierno* a quien corresponde hacer las designaciones de los Fiscales de los Tribunales Superiores, y a quien le deben ser enviadas las listas para dichos nombramientos."

Es evidente que la Constitución, artículo 144 de la actual Codificación, dice que los Fiscales de los Tribunales Superiores serán nombrados por el Presidente de la República, lo que no puede entenderse como una prohibición para que ese acto del Presidente no pueda ser refrendado por el Ministro de Gobierno, con mayor razón cuando la misma Constitución, en el artículo 57 de la actual Codificación Constitucional, dice en el inciso 2º que:

> "Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo, o por el Jefe del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se constituyen responsables."

En presencia de este texto constitucional resulta incuestionable que el Decreto acusado no viola la norma señalada por el demandante, con el hecho de atribuir la función de nombramiento de Fiscales de los Tribunales al Gobierno, es decir, que tales actos deben ir refrendados por el Ministro de Gobierno. El Decreto acusado realmente no hace sino obdecer este mandato constitucional, que consagra el principio general de que todos los actos del Presidente deben ir refrendados por el Ministro del ramo o el Jefe del Departamento Administrativo correspondiente, el que, a la vez, consagra la excepción respecto del nombramiento de Ministros y de Jefes de Departamentos Administrativos.

También señala el demandante como violado por el acto acusado el artículo 12 de la Ley 105 de 1931, por cuanto dicho artículo prevé, dice:

> "....cómo ha de procederse cuando por cualquier circunstancia no es posible hacer oportunamente el nombramiento de un funcionario o de los miembros de una corporación judicial."

La disposición citada del Código Judicial no es exactamente aplicable al caso, porque se refiere al Organo Judicial, y el Decreto demandado se concreta al Ministerio Público; pero aun suponiendo o aceptando su aplicación, debe observarse que las disposiciones del Ejecutivo se encaminaron precisamente a hacer posible la elección. No se ve, pues, cómo pueda aparecer infringido el dicho artículo de la Ley 105, y, por lo tanto, no puede prosperar tampoco ese argumento.

Por último, el demandante señala como violados por el Decreto ejecutivo los artículos 8º, 9º y 14 de la Ley 153 de 1887.

Por esas disposiciones, incorporadas en el Título Preliminar del Código Civil, Capítulo 2º, que lleva por epígrafe *"De la ley"*, dicen que cuando no haya ley aplicable al caso controvertido deberán aplicarse las que regulen casos o materias semejantes, y en defecto de esto, la Constitución y las reglas generales de derecho, y que la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de legislación preexistente, y que una ley derogada no se puede revivir por solas referencias ni porque esté abolida la que la derogó.

Los motivos de la violación de estas disposiciones no aparecen expuestos en forma clara por el actor, seguramente porque no podía hacerlo, ya que no resulta por ninguna parte la oposición entre el acto acusado.

Síntesis.

No pueden prosperar las súplicas de la demanda porque el Gobierno, al dictar el Decreto acusado, se limitó a disponer la manera como debían enviarse las listas para nombramientos de Fiscales y a señalar las fechas máximas en que debían hacerse los nombramientos, y porque el acto acusado es una medida ordinaria y no un decreto legislativo, que tiene, además, el carácter de provisional.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *niega* las súplicas de la demanda, y, en consecuencia, no declara nulo el acto acusado.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Gonzalo Gaitán, Tulio Enrique Tascón, Jorge Lamus Girón, Gabriel Carreño Mallarino. Guillermo Hernández Rodríguez, Gustavo A. Valbuena, Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V., Secretario.

Decretos del Gobierno.—Nulidad.

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

(Consejero ponente, doctor Jorge Lamus Girón).

Los señores Julio Campo González, Manuel J. Cepeda y Luis Alberto Villamizar Ramírez, en libelo presentado en la Secretaría del Consejo el 28 de febrero del presente año, demandaron la nulidad de los Decretos ejecutivos números 138, de enero 26 de 1945, y 304 y 305, de febrero 9 de 1945, originarios del Ministerio de Minas y Petróleos.

La demanda fue admitida por auto de 3 de marzo del corriente año, y durante el término de fijación en lista los señores Eduardo Gálvez Abello, Armando Arrázola y José M. Córdoba, solicitaron que se les tuviera como impugnadores, lo que fue resuelto favorablemente.

Tramitado el juicio en la forma legal, se produjeron pruebas, fueron debidamente corridos los traslados, y aparece que el auto que citó para sentencia se halla debidamente ejecutoriado; procede, por lo tanto, el Consejo a fallar el negocio.

La demanda.

La parte actora hace las siguientes súplicas:

> "Nosotros, Julio Campo González, Manuel J. Cepeda y Luis Alberto Villamizar...., inscritos en la carrera administrativa, en nuestro propio nombre, demandamos ante esa entidad la nulidad de los Decretos números 138 de 1945 (enero 26), 305 y 304 de 1945 (febrero 9), procedentes del Ministerio de Minas y Petróleos, por medio de los cuales se proveen los cargos de Auxiliar de la Secretaría General —Petróleos—, Ayudante de la Sección II —Servicio Legal— y Ayudante de los Revisores, Sección IV —Fiscalización—, de ese Ministerio, por haber recaído los nombramientos en personas que no están inscritas en la Carrera Administrativa y extrañas al personal de ese Ministerio, a pesar de haber empleados en dicho Ministerio que sí lo están, y, por lo tanto, con derecho a ascenso.
>
> "Como consecuencia de la nulidad demandada, pedimos se disponga que los nombramientos de Auxiliar de la Secretaría, Ayudante de la Sección II —Servicio Legal— y Ayudante de los Revisores, Sección IV —Fiscalización— recaigan en cualquiera de nosotros, en los términos de la ley, y se nos paguen a los nombrados los sueldos dejados de devengar desde la expedición de los Decretos cuya nulidad demandamos."

Fundamentos de hecho.

Dicen los demandantes que el Decreto número 1095 de 1941 estableció el Escalafón del Ministerio de Minas y Petróleos, fijó las condiciones mínimas de admisión, y que el señor Julio Campo González fue admitido en la Carrera Administrativa por medio de la Resolución número 232 de 5 de agosto de 1942; que el señor Manuel J. Cepeda fue admitido en la Carrera Administrativa por Resolución número 399 de 21 de noviembre de 1941, y que el tercero de los demandantes, señor Luis Alberto Villamizar Ramírez, fue igualmente admitido en la Carrera Administrativa por medio de la Resolución número 72 de 30 de marzo de 1942; que por el Decreto número 315 de 6 de febrero de 1942 fue creado en el Ministerio de Minas y Petróleos el cargo de Ayudante de la Sección II —Servicio Legal— sin que se exigieran condiciones especiales para el desempeño de tal cargo; que en la actualidad los demandantes desempeñan las funciones de Archivero Bibliotecario, con $ 180.00; Oficial de Registro, con $ 160.00, y Ayudante del Revisor, con $ 140.00, respectivamente; que los cargos a que ellos aspiran son los de Auxiliar de la Secretaría, Ayudante de la Sección II y Ayudante Revisor de la Sección IV, cuyos sueldos son de $ 230.00, $ 200.00 y $ 170.00, respectivamente.

Fundamentos de derecho.

Alegan que la Ley 165 de 1938, artículo 2º, les da derecho a ser ascendidos en caso de que se halle una vacante de mejores condiciones dentro de la jerarquía del ramo, según los méritos y competencia; y que el artículo 12 del Decreto número 2091 de 1939 dice, además de lo que expresa la ley, que en igualdad de circunstancias el empleado más antiguo tiene derecho al ascenso.

Para desatar la cuestión planteada, el Consejo procede, en primer término, al examen del Decreto número 1095 de 17 de junio de 1941, "por el cual se establece el Escalafón de Empleados del Ministerio de Minas y Petróleos, se fijan las condiciones mínimas de admisión y se dictan otras disposiciones", porque, como es fácil comprenderlo, la Ley 165 de 1938 y las disposiciones reglamentarias, como el Decreto 2091 de 1939, consagran el derecho que a los trabajadores del Estado concede la Carrera Administrativa, y las normas que establecen las condiciones para que el empleado sea inscrito en el Escalafón Nacional, en la categoría respectiva, son fundamentales para deducir si ha habido violación del estatuto de la Carrera Administrativa.

Esto quiere decir que el Decreto que establece el Escalafón en las distintas dependencias del Estado es la guía para desatar controversias como la presente, ya que esas disposiciones establecen *las categorías jerárquicas* a que tienen derecho los empleados escalafonados a ascender o escalar.

Conforme al dicho Decreto, el Ministerio de Minas y Petróleos tiene establecidas *seis categorías*, y el artículo 5º expresa lo siguiente:

"Artículo 5º Pertenecen a la cuarta categoría:

"a) Auxiliares de la Secretaría, Oficial de Registro y similares;

"b) Secretario de Inspectores y Revisor de Fiscalización;

"c) Cajero Proveedor del Ministerio;

"d) Contador Revisor de la Sección 3ª;

"e) Archivero Bibliotecario y encargado de publicaciones de la Secretaría General;

"f) Ensayador del Laboratorio de Metalurgia;

"g) Ayudante del Director del Laboratorio de Química;
"h) Petrógrafo Ayudante;
"i) Dibujante."

El Ministerio, por medio del Decreto ejecutivo número 315 de 1942, creó el cargo de un Ayudante, en la Sección II, Servicio Legal.

De lo transcrito de la demanda y de la síntesis que se deja hecha de los hechos en que se apoya la acción, se deduce en forma clara que los demandantes aspiran a que se les designe en los cargos de Auxiliar de la Secretaría;

Ayudante de la Sección II, y
Ayudante Revisor de la Sección IV.
Los cargos que ellos desempeñan en la actualidad son los siguientes:
Archivero Bibliotecario;
Oficial de Registro;
Ayudante de Revisor.

Esta discriminación demuestra que tanto los cargos que desempeñan actualmente los actores, como los que sirven los impugnadores en este juicio, pertenecen a la misma categoría, según el Decreto 1095 de 17 de junio citado. La única diferencia apreciable es la que resulta de la disparidad de sueldos, y, por lo tanto, es necesario determinar si ese hecho *constituye mejor condición*, en sentido jurídico.

Ya el Consejo de Estado, en sentencia de 20 de junio del corriente año, de que fue ponente también el suscrito Consejero, expresó lo siguiente, en orden a esclarecer el sentido de la ley sobre este punto; dijo, en lo pertinente:

> "La Ley 165 de 1938, orgánica de la Carrera Administrativa para empleados nacionales, departamentales y municipales, del servicio público, consagra la *inamovilidad* y el *ascenso* como derechos fundamentales en favor del empleado. Dice:
>
> 'Artículo 2º Consiste la Carrera Administrativa en el derecho que se reconoce a los empleados ya expresados (nacionales, departamentales y municipales), a lo siguiente:
>
> 'a) A no ser removidos del cargo que desempeñan sino por faltas a los deberes que en el artículo 7º se determinan, y mediante un procedimiento especial en que sean oídos. El derecho a la inamovilidad no comprende el período de prueba.
>
> 'b) A ser ascendidos en caso de que se halle vacante un cargo en mejores condiciones dentro de la jerarquía del ramo, según sus méritos y su competencia.'
>
> "Sostiene el actor que esta disposición fue violada con el acto acusado, ya que el señor.... fue nombrado para un cargo que, no obstante ser de la misma categoría del que tiene el demandante, está remunerado con una asignación mejor, y que siendo ésta en cuantía superior determina una mejor condición, y, por lo tanto, un ascenso.
>
> "Conforme a las reglas de interpretación del Código Civil, 'las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las ha definido expresamente para ciertas materias, se les dará a éstas su significación legal.'
>
> "La ley no definió expresamente el significado de *ascenso*, y, por lo tanto, de acuerdo con la regla de interpretación que se deja copiada, debe entenderse en su sentido natural y obvio.

"Ascenso, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa: 'del lat. *ascensus*. Subir. 2, fig. promoción a mayor dignidad o empleo. 3, fig. cada uno de los grados señalados para el adelanto en una carrera o jerarquía'.

"Cuando la ley habla de *mejores condiciones* aclara el concepto de ascenso en el sentido de que debe entenderse por tál la promoción a mayor dignidad, a un grado más sobre el que posee dentro de la jerarquía, teniendo en cuenta la mayor responsabilidad, las condiciones técnicas o de preparación y la antigüedad del ascendido.

"La mayor o menor asignación en el empleo no fue el punto de partida, ni siquiera el complemento de la Carrera Administrativa. Esta no tuvo por objeto, desde el punto de vista de la Administración, que el empleado ganara mayor o menor suma, sino que buscó una mayor eficiencia en el trabajo, y como compensación estableció la inamovilidad y el ascenso dentro del Escalafón jerárquico que ordenó.

"Tanto es así, que en el artículo 7º la Ley citada dijo:

'El sueldo de los empleados de Carrera Administrativa será el que fijen cada año la ley o leyes, las ordenanzas y los acuerdos municipales.'

"El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía', dice el Código Civil en el Capitulo de la 'Interpretación de la Ley'.

"Si el legislador de 1938 hubiera tenido en consideración los sueldos, lo habría dicho, o no habría consignado el artículo 7º, pues en tales casos la remuneración habría sido base fundamental para el Escalafón.

"Pero el artículo mencionado se explica porque el Estado señala sus gastos, y el Congreso, al crear los cargos por medio de la ley de asignaciones civiles, que generalmente es votada anualmente, señala las remuneraciones, siendo esta facultad una función constitucional señalada en el artículo 76, numerales 9º y 13 de la Codificación Constitucional del presente año.

"Es indiscutible que los empleados escalafonados tienen un *status* que no sólo impide su movilidad sino que les da derecho a ascender, en la jerarquía correspondiente a los cargos de la Administración Pública, *a una categoría superior.*

"Si esa jerarquía estuviera condicionada y determinada por la asignación, la misma ley habría creado un obstáculo jurídico que vendría a entorpecer la acción del Estado en casos como el que contemplan las Administraciones Públicas, en épocas de anormalidad económica y de crisis fiscal, además de que se hubiera viciado por su base la institución de la Carrera Administrativa, puesto que constitucionalmente el Congreso tiene entre sus funciones las de fijar los gastos públicos, crear empleos y señalar sus asignaciones, y el Gobierno tiene la obligación de mantener el equilibrio presupuestal, como se lo manda la ley.

"Por otra parte, la misma ley que creó la Carrera Administrativa estableció en el artículo 11 un Consejo de Administración, que tiene, entre otras funciones, la de 'elaborar el Escalafón de los empleados, y someterlo a la aprobación del Gobierno Nacional'.

"Si el sueldo determina el Escalafón y da categoría superior o inferior dentro de la jerarquía del ramo, el Consejo de Administración sobraría porque el Congreso, al votar anualmente la ley de asignaciones civiles, al fijar los sueldos, automáticamente estaría fijando las categorías, con lo cual el sistema de la Carrera Administrativa sería anárquico e inconveniente no sólo para los trabajadores del Estado sino para éste."

La reproducción de lo pertinente de la sentencia de 20 de junio del presente año, que se acaba de hacer, define en forma clara el problema planteado en la presente demanda. En efecto: para el Consejo resulta incuestionable que el concepto jurídico del *ascenso* comprende la atribución de un empleo superior, y que el nombramiento de un empleado no es el final de su situación personal, sino el punto inicial de una gradual ascensión hacia una *mejor posición.*

Esa mejor posición está determinada en nuestra legislación sobre Carrera Administrativa por categorías, que en el caso de autos, el Ministerio de Minas y Petróleos las tiene establecidas desde primera a sexta categoría, como ya se vio en la transcripción que se hizo del artículo 5º del Decreto número 1095 de 1941.

Como los demandantes no han fundado su acción en el desconocimiento de ese derecho de ascenso a la categoría siguiente, es claro que la violación de las disposiciones que se dejan estudiadas, y que ellos señalan como violadas, no se ha producido.

Por lo demás, la parte impugnadora de la demanda consideró que la tramitación del juicio debió ser electoral, pero esa apreciación es equivocada porque lo que se ha demandado son los decretos, como se vio en las súplicas y los hechos de la demanda, siendo por eso mismo inoficioso extenderse sobre el particular.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *niega* las súplicas de la demanda, y, en consecuencia, no declara nulos los decretos acusados.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese.

Firmo con salvamento de voto: *Gonzalo Gaitán—Jorge Lamus Girón, Tulio Enrique Tascón, Carlos Rivadeneira G., Gabriel Carreño Mallarino, Gustavo A. Valbuena*—Firmo manifestando que adhiero al salvamento de voto del doctor Gonzalo Gaitán, como tesis general: *Guillermo Hernández Rodríguez—Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

de los Consejeros doctores Gonzalo Gaitán y Guillermo Hernández Rodríguez.

Salvamos nuestro voto respecto de la anterior sentencia por los mismos motivos que tuvimos para separarnos del fallo que en ella se transcribe. Entonces dijimos:

> "Salvamos nuestro voto en cuanto al siguiente concepto emitido en la parte motiva de la anterior sentencia:
>
> 'La mayor o menor asignación en el empleo no fue el punto de partida, ni siquiera el complemento de la Carrera Administrativa. Esta no tuvo por objeto, desde el punto de vista de la Administración, que el empleado ganara mayor o menor sueldo, sino que buscó una mejor eficiencia en el trabajo y como compensación estableció la inamovilidad y ascenso dentro del Escalafón jerárquico que ordenó.'
>
> "Considera, pues, la sentencia que el mayor o menor sueldo no tiene relación con la palabra 'ascenso' a que se refiere la ley. Mejor, las categorías no pueden medirse por el sueldo.
>
> "Ciertamente, en casos excepcionales, casi anómalos, ocurre que empleados de categoría superior tienen menor sueldo que otros de categoría inferior. Pero ésta no es la regla general, sino simplemente la excepción.
>
> "Hay empleos honoríficos, en los cuales se puede hacer abstracción del elemento pecuniario. Pero de ordinario, y a falta de otros elementos, la mayor o menor categoría de un empleo puede deducirse del monto de la asignación. Y así debe considerarse que se trata de un ascenso cuando se mejora al empleado de sueldo."

Hoy nos reafirmamos en las anteriores opiniones. Ciertamente, el monto o extensión pecuniaria de una asignación no es el único elemento para establecer la categoría o dignidad de un empleo, pero en defecto de otros elementos, sí debe tomarse en consideración. La justicia distributiva exige que para fijar la dotación de un empleo se tengan en cuenta varios elementos: la categoría del empleo, el costo de la vida en el lugar donde él se va a ejercer, el mayor o menor trabajo que deba ejecutarse, etc., etc. Así, todos los Gobernadores tienen igual categoría, y, sin embargo, las asignaciones pueden ser diferentes, en atención al variable costo de la vida en los diferentes Departamentos. Igualmente hay empleos que se sirven ad honórem. Pero lo común y ordinario es que a mayor categoría corresponde mayor asignación. Los empleados a que se refiere la ley de Carrera Administrativa no son propiamente de categoría, o, mejor, los cargos a que ella se refiere no son honoríficos propiamente dicho, y en ellos, si no queremos separarnos de la realidad, el cambio de un empleado de un cargo de menor sueldo a otro de mayor sueldo, implica un "ascenso". Sería absurdo lo contrario. Nadie

diría que lo ascendieron a ganar menos. El Jefe de una oficina tiene necesariamente más sueldo que el Subjefe o el Secretario, pero si en una misma dependencia administrativa existen empleos de diferentes asignaciones, verbigracia, si el Jefe de Contabilidad tiene una asignación menor que la del Jefe de Control, llegar a este último cargo, viniendo del primero, implica un ascenso. De la misma manera, si el Escribiente o Mecanógrafo en la Sección de Contabilidad tiene asignación mayor que el de la Sección de Control, el ascenso debe determinarse por la mayor asignación. La regla general es, pues, que el sueldo debe corresponder a la categoría. Lo demás es excepcional, y debido a circunstancias especiales, y el intérprete no puede afirmarse nunca en lo excepcional.

Bogotá, veintinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

Gonzalo Gaitán, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

Resoluciones ministeriales—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Jorge Lamus Girón).

Consejo de Estado—Bogotá, diciembre diez y ocho de mil novecientos cuarenta y cinco.

El doctor Ricardo Sarmiento Alarcón, como apoderado del señor Francisco Cadavid, presentó demanda de nulidad de las Resoluciones números 554 de 1º de agosto y 681 de 12 de septiembre del año de 1944, dictadas por el Ministerio de la Economía Nacional, y solicitó el restablecimiento del derecho de su mandante.

Igualmente, el mismo apoderado presentó demanda, en representación del señor Alberto Ferrer E., para que se tuviera a éste como coadyuvante en la demanda promovida por Francisco Cadavid, pidiendo también la anulación de las Resoluciones acusadas, y pidió que para reparar el daño que esos actos han inferido a Ferrer se ordene que el Departamento de Antioquia le restituya la suma de $ 700.00 que pagó de más por concepto del negocio de que trata la demanda.

Admitida la demanda, se tuvo como coadyuvante al señor Alberto Ferrer E.

El auto de admisión de la demanda fue debidamente notificado al señor Gobernador del Departamento de Antioquia.

Durante el término de la fijación en lista el apoderado de la parte actora solicitó pruebas, que le fueron decretadas.

Aparece que durante el traslado las partes y el señor Fiscal formularon sus alegatos y la vista de fondo respectivos.

Como el auto de citación para sentencia se encuentra debidamente ejecutoriado, procede el Consejo a fallar el negocio.

La demanda.

El doctor Sarmiento Alarcón demandó en nombre del señor Francisco Cadavid la nulidad de:

> "....las Resoluciones números 554, de fecha 1º de agosto, y 681 de 12 de septiembre, ambas de 1944, originarias del Ministerio de la Economía Nacional, a fin de que por el Consejo de Estado se declare su nulidad y se restablezca en el derecho a mi mandante, gravemente injuriado con las providencias que se acusan. Para el restablecimiento del derecho de mi poderdante deberá ordenarse que al señor Cadavid le sea restituída la suma de mil cincuenta pesos ($ 1.050.00) moneda corriente, conforme a la Resolución número 14, proferida por el Interventor Delegado de Precios de Medellín, del 20 de marzo de 1944."

Los hechos alegados por el apoderado del actor se sintetizan en la siguiente forma:

Que la Interventoría Nacional de Precios, por medio de la Resolución número 42 de 1943, fijó como precios para los clavos de herrar *setenta y*

cinco pesos por quintal, y que durante la vigencia de esa Resolución el Departamento de Antioquia, por medio del Almacén Departamental, efectuó varias ventas de tal artículo al precio de *ciento diez pesos* ($ 110.00) el quintal, contándose entre los compradores al demandante Cadavid, a quien el Departamento le vendió *treinta* (30) quintales en la suma de tres mil trescientos pesos ($ 3.300.00), habiéndole cobrado, por consiguiente, un sobreprecio de *mil cincuenta pesos* ($ 1.050.00)

Que la Interventoría Delegada de Precios consultó al Juez de la Interventoría Nacional de Precios sobre estos negocios, obteniendo como respuesta que lo justo y legal era la devolución a los compradores del mayor valor cobrado por los clavos de herrar.

Que la Interventoría Delegada de Precios de Medellín dictó la Resolución número 14 de 20 de marzo de 1944, en la cual ordenó al Departamento de Antioquia devolver al señor Cadavid la suma cobrada de más y que se dejó anotada.

Que el Departamento no estuvo conforme con lo resuelto por la Oficina Delegada, por lo cual interpuso apelación, la que fue surtida ante el Ministerio de la Economía Nacional, el que la *revocó* en todas sus partes por medio de la Resolución número 554 acusada, de la cual el actor pidió reposición, habiendo sido resuelto en el sentido de mantener su anterior providencia, lo que fue hecho por medio de la Resolución número 681, también acusada.

El actor señala como violadas las siguientes disposiciones: la Resolución número 42 de 1943, de la Interventoría Nacional de Precios; la número 36 de 1943 (artículo 8º, ordinal 4º); el Decreto-ley número 928 de 1943 y la Ley 7ª del mismo año.

La coadyuvancia.

Como se dijo, el señor Alberto Ferrer E., por medio del mismo apoderado, doctor Sarmiento Alarcón, propuso demanda de coadyuvancia de la acción del señor Francisco Cadavid, para que el Consejo, además, ordene la restitución a su favor de la suma de *setecientos pesos* que pagó de más por la compra que hizo al Departamento de Antioquia de *veinte quintales* (20) de clavos de herrar, en la suma de $ 2.200.00, o sea a razón de *ciento diez pesos quintal.*

Los hechos de la demanda del señor Ferrer E. son los mismos del libelo del señor Cadavid, ya que las Resoluciones acusadas se refieren también a aquél; lo mismo sucede respecto del derecho y disposiciones que se señalan como violadas.

Los actos acusados.

"RESOLUCION NUMERO 554 DE 1944

(agosto 1º)

por medio de la cual se resuelve un recurso.

"Ministerio de la Economía Nacional—Departamento de Comercio e Industrias—Abogado Asesor.

"El señor Gobernador del Departamento de Antioquia apela ante este Despacho de la Resolución número 14, de fecha 20 de marzo de 1944, dictada por la Interventoría Delegada de Precios de Medellín, por la cual se ordena al Departamento de Antioquia devolver unas sumas de dinero. Dice la mencionada Resolución, en su parte motiva, que la Interventoría Nacional de Precios, por

medio de la Resolución número 42 de 1943, que entró en vigencia el 10 de noviembre del mismo año, fijó como precio para los clavos de herrar el de $ 75.00 por quintal. Que el Almacén Departamental, en plena vigencia de la mencionada Resolución, hizo, en el mes de enero, ventas de clavos para herrar al precio de $ 110.00 el quintal. Que se consultó la opinión del Juez de Precios, y que éste opinó que la Interventoría Delegada estaba en lo justo al ordenar que el Departamento devolviera el mayor valor cobrado en el negocio de los clavos a que se ha hecho mención. En su último considerando la Interventoría reconoce que las citadas ventas fueron hechas por el Departamento sin ánimo de lucro y más bien con el fin de prestar un servicio, y que, por tanto, no es el caso de imponer sanción alguna. Alega el señor Gobernador, como personero del Departamento, que 'en ninguna de las disposiciones orgánicas de la Interventoría de Precios se autoriza a esta entidad para hacer una declaración en tal sentido. El Decreto número 928 de 1943 señala las funciones del Interventor Nacional de Precios, establece las sanciones para los que no cumplan sus órdenes e inviste a éste del carácter de funcionario de Policía con el fin de que pueda hacer cumplir las resoluciones que dicte. De acuerdo con este Decreto las atribuciones que tiene el Interventor de Precios para asegurar el cumplimiento de sus mandatos, se limitan a sanciones de carácter policivo. La Resolución número 36 de 1943, que señaló las funciones de los Interventores Delegados de Precios, otorgó a éstos la siguiente facultad, en el numeral 4º del artículo 8º

'Imponer las sanciones a que se refiere el Decreto número 928 de 1943, a los infractores de las disposiciones de la Interventoría.'

"Es claro que de acuerdo con las normas dictadas sobre el particular, los Interventores de Precios, para asegurar el cumplimiento de sus mandatos, sólo pueden imponer sanciones; pero no están ni expresa ni tácitamente facultados para declarar obligaciones a cargo de personas naturales o jurídicas. La Resolución dictada por la Interventoría Delegada de Precios de Medellín va contra el principio constitucional que consagra la separación de los Organos del Poder Público. La institución creada por el Decreto 928 de 1943 pertenece al Organo Ejecutivo, y, en consecuencia, ella no puede declarar a una persona obligada para con otra, pues esta declaración es de carácter civil, y en tal virtud sólo puede hacerla el Organo Judicial. Quizá por este motivo no existe disposición que autorice expresamente a la Interventoría de Precios para hacer una declaración en el sentido de obligar civilmente a las personas por razón de la contravención a las disposiciones de precios. La Resolución apelada, a más de inconstitucional, es ilegal, ya que ella fue dictada por un funcionario que carecía de facultad para hacer tal pronunciamiento. Además, el Departamento no estaba ni está dedicado a la especulación con artículos de primera necesidad; solamente trató de prestar un servicio.'

"El doctor Ricardo Sarmiento Alarcón, como apoderado de los señores Alberto Ferrer y Francisco Cadavid, pide la confirmación de la providencia de la Interventoría y alega en favor de sus mandantes las siguientes razones:

'....aun cuando no parezca —en todo caso no podría ser materia de discusión—, los clavos de herrar, por el elemental

desarrollo de nuestras vías públicas y por las dificultades que la guerra ha traído para usar debidamente otro sistema de conducción de mercaderías, vinieron a convertirse en artículo de primera necesidad. La Interventoría Nacional de Precios, en providencia que entró a regir el 10 de noviembre del año pasado, señaló a tal artículo un precio de setenta y cinco pesos ($ 75.00) por quintal. Más o menos dos meses después de la vigencia de la citada Resolución el Departamento de Antioquia vendió a mis clientes —ignoro si a otras personas también— artículos de la citada especie a razón de $ 110.00, o sean $ 35.00 más por quintal del fijado por la entidad competente.... La circunstancia de que el vendedor haya sido una entidad de derecho público, lejos de perjudicar a mis clientes los favorece, porque son casualmente los funcionarios del Estado quienes mayor atención y respeto deben prestar a los fines del servicio público, y si no hubo en este negocio sobre quién (persona física) fulminar las sanciones correspondientes, no es tampoco el caso de que sean precisamente las entidades oficiales quienes tengan capacidad para desatender, sin posibilidad de reparo, normas vigentes a las cuales deben someterse todos los ciudadanos.'

"Sentado lo anterior, entra este Despacho a resolver el recurso. Este Ministerio difiere de la afirmación del señor Gobernador, de que por ser la Gobernación una entidad de derecho público no está sujeta al régimen de intervención, por las siguientes razones: El Decreto legislativo número 928 de 1943, en el numeral j) del artículo 16 dispone:

'....cuando los infractores sean corporaciones comerciales o personas jurídicas se considerará personalmente responsables a los socios directores, gerentes o auditores o revisores fiscales que hayan intervenido o no hayan impedido, en su caso, los actos considerados punibles.'

"De esta disposición se deduce claramente que las entidades oficiales, como personas jurídicas que son, sí quedaron sometidas al control de precios y por ende a las sanciones a que se hagan acreedoras por las infracciones a las disposiciones sobre control de precios. Sin embargo, obran en autos los comprobantes de la Gobernación por conducto de Roldán Calle & Co., Limitada, Sociedad domiciliada en Bogotá; compró en esta misma ciudad 99 quintales de clavos para herrar, por la suma de $ 10.815.85, con la intención de darlos a la venta al precio de costo, para evitar así la especulación que con este artículo se estaba haciendo a fines de 1942 y principios de 1943, cuando la libra llegó a valer $ 3.50 en el comercio, y en el Almacén Departamental $ 1.10, que era el precio equivalente a lo que se había pagado por ellos.....

"Cuando la Interventoría fijó los precios de los clavos, el Departamento se abstuvo de venderlos, y resolvió destinarlos para las obras departamentales, porque de venderlos a los precios fijados por la Interventoría, el Departamento perdía $ 35.00 por quintal. En el mes de enero de este año los señores Ferrer y Cadavid solicitaron de la Secretaría de Hacienda de Antioquia que se les vendiera una cantidad determinada de clavos de herrar. El Departamento no quiso acceder a la solicitud de los mencionados señores, alegando que el precio fijado por la Interventoría Nacional de Precios dejaba pérdida para el Departamento. Pero

como a pesar de ello los señores Ferrer y Cadavid insistieron en que se les vendieran, pues los necesitaban con urgencia suma, y que en el comercio no se conseguían, el Departamento resolvió venderles una cantidad determinada, al precio de costo. Como ya se dijo, la misma Interventoría Delegada consiente en que el Departamento sólo quiso prestar un servicio. Pero si esto no fuere suficiente para comprobar que la Gobernación no efectuó *lucro alguno ni pretermitió las disposiciones* de la Interventoría, el hecho de que si compró los clavos para herrar fue para evitar una especulación y favorecer a la ciudadanía, y que, cuando los señores Ferrer y Cadavid compraron los clavos, lo hicieron advertidos de que la Gobernación no se los podía vender al precio fijado por la Interventoría. De tal suerte que estos señores obraron con conocimiento de causa y voluntariamente, y, por lo tanto, es de extrañar que luégo quieran perjudicar al Departamento, obligándolo a que devuelva, no un mayor precio, porque el Departamento vendió a un precio igual al que compró, sino el valor diferencial entre el precio señalado por la Interventoría y el que cobró el Departamento....

"En mérito de las anteriores consideraciones, el Ministro de la Economía Nacional *resuelve:* Revócase en todas sus partes la Resolución número 14, de fecha 20 de marzo de 1944, dictada por la Interventoría Delegada de Precios, de Medellín...."

De esta providencia interpuso recurso de reposición el apoderado de los señores Ferrer y Cadavid, el que le fue resuelto por medio de la Resolución número 618 de 12 de septiembre de 1944, en el sentido de negar la reposición pedida, y debe consignarse que no se trajo ningún argumento nuevo que deba tenerse en cuenta.

Durante el traslado, tanto el señor Fiscal del Consejo como el apoderado de la parte actora presentaron sus alegatos correspondientes, apareciendo que el primero, en su vista de fondo, es de concepto que los actos acusados no se oponen a la ley, y que, por lo tanto, no son nulos, prohijando dos razones dadas por el Ministerio de la Economía Nacional, que consisten en que el Departamento de Antioquia compró los clavos en referencia con el fin de darlos a la venta al precio de costo, y tratar de evitar la especulación a los particulares, y en que los demandantes Ferrer y Cadavid sabían que el Gobierno Departamental de Antioquia no podía vender tales clavos al precio fijado por la Interventoría, *pòrque perdía en el negocio.*

Por su parte, el doctor Sarmiento Alarcón ensaya un estudio sobre las instituciones de intervención por parte del Estado en estas materias.

De las voces de la demanda aparece claro que para el apoderado del demandante y coadyuvante el hecho de haberse negado por los actos acusados las restituciones a sus poderdantes, de las sumas pagadas de más sobre los precios fijados por la Interventoría para la venta de los clavos de herrar, sumas que considera indebidamente percibidas por el Departamento de Antioquia, es el que constituye la violación de las normas superiores, pues al efecto se expresa así:

"Las decisiones del Ministerio de la Economía Nacional —Resoluciones 554 y 618— son ilegales y violatorias de los derechos de mis poderdantes. Especialmente indico como violadas la Resolución número 42 de 1943, de la Interventoría Nacional de Precios, por medio de la cual se señaló el valor de venta de los clavos de herrar; la número 32 de 1943 (artículo 8º, ordinal 4º); el Decreto-ley 928 de 1943 y la Ley 7ª de 1943. Todas las dis-

posiciones citadas tienen por objeto amparar al consumidor contra los abusos provenientes de los precios excesivos; determinar la competencia de los funcionarios del control de precios y establecer las sanciones contra los infractores. *Al negarse a mi poderdante la restitución de las sumas indebidamente percibidas por el Departamento de Antioquia, han sido flagrantemente violadas estas normas y se le ha inferido una lesión patrimional, la cual debe restablecérsele.*" (Subraya el Consejo).

La controversia está circunscrita, de acuerdo con el transcrito, a determinar si de acuerdo con las normas indicadas como violadas, el Ministerio de la Economía Nacional ha debido ordenar la devolución a los señores Ferrer y Cadavid de las sumas pagadas de más sobre los precios máximos fijados por la Interventoría para la venta de los clavos de herrar, y al no hacerlo violó esas disposiciones, causando así el agravio patrimonial de que las acusan el actor y coadyuvante.

Planteado así el problema, el Consejo estima:

Que, según lo demostrado en autos, el Departamento de Antioquia, en el mes de enero de 1944, por conducto del Almacén Departamental vendió al señor Alberto Ferrer 20 quintales de clavos de herrar al precio de $ 110 el quintal; y permutó con el señor Francisco Cadavid 30 quintales de los mismos al mismo precio, estando vigente la Resolución número 42 de la Interventoría Nacional de Precios, que señaló como precio máximo de los clavos de herrar el de $ 75 el quintal.

Que al realizar esas operaciones el Departamento de Antioquia cotizó el producto al precio del costo en que lo había adquirido antes de existir el control de precios; no habiendo obtenido, por lo tanto, en esas operaciones, ninguna ganancia.

Siendo esto así, como lo es en realidad, no se puede decir que en esas operaciones el Departamento de Antioquia especuló, es decir, que se procuró un provecho o ganancia, fuera del tráfico mercantil, ni mucho menos que la operación fuera injusta, ilícita o falta de equidad e indebida; por lo tanto, porque habiendo cotizado los clavos de herrar a los señores Ferrer y Cadavid en la misma cantidad en que él los había comprado, ese hecho por sí solo destruye todo ánimo de lucro, de especulación, de indebido aprovechamiento de las circunstancias, de intención de perjudicar al consumidor, valiéndose de su necesidad.

Y como las disposiciones de la Ley 7ª de 1943 y los decretos y resoluciones dictados en su desarrollo, tanto por la redacción de ellos como por las circunstancias anormales que determinaron esa legislación, tenían por fin la defensa del consumidor, impidiendo la especulación, el acaparamiento ey el alza indebida de los artículos de primera necesidad; si el Departamento de Antioquia, con esas operaciones, solicitadas reiteradamente por los demandantes, ni especuló, ni acaparó, ni procuró el alza indebida de los clavos de herrar, ni perturbó, en fin, el bienestar general, sino que, por el contrario, prestó un servicio, como lo reconoce la Interventoría, ni la ley, ni la equidad se han violado; y no sería ni justo ni conveniente hacerlo responsable de contravención de una disposición de control cuando está probado de manera fehaciente que su proceder fue correcto.

Así lo estimaron tanto el Interventor de Precios de Medellín como el Ministerio, y, por ello, se abstuvieron de imponerle las sanciones establecidas por el Decreto número 928 para los infractores de las disposiciones de control de precios. Y al proceder así la Administración hizo una apreciación completa de los elementos que concurrieron en ese caso determinado, y dio una aplicación equitativa a las normas abs-

tractas de la ley, con la flexibilidad que en estos casos es necesaria para adaptarlas a las necesidades y circunstancias cambiantes, y con frecuencia imprevisibles de la vida práctica, y como lo enseñan los autores, combinando las conclusiones en forma tal que, conservando el objeto de la ley, se savaguardien los intereses particulares, sin sacrificio de los intereses públicos esenciales.

Si, pues, no es discutido en este juicio, ni es discutible, en presencia de los hechos probados y de las consideraciones expuestas, que el Gobierno de Antioquia, al verificar las operaciones de los clavos de herrar con los señores Ferrer y Cadavid, no se le consideró como infractor de las disposiciones sobre control de precios, ¿puede ser condenado por el Ministerio a restituírles a los demandantes el sobreprecio por él percibido?

O, mejor planteado: dado que tanto el Interventor Delegado de Precios de Medellín, como el Ministerio de la Economía Nacional estimaron que en las negociaciones llevadas a cabo por el Departamento de Antioquia con los señores Ferrer y Cadavid sobre clavos de herrar, a un precio superior al fijado por la Interventoria, el Departamento no había incurrido en las sanciones que para los infractores se señalan por el Decreto 928, ¿sí puede ser obligado por ellos a devolver las sumas que en las citadas operaciones de clavos de herrar les cobró sobre los precios señalados por la Interventoría para esas operaciones?

El Ejecutivo, en el Decreto número 928, dictado en desarrollo de las facultades que le confirió el Congreso por la Ley 7ª de 1943, que estableció que no pueden ser materia de indebidas especulaciones los artículos de primera necesidad, y lo facultó para dictar las medidas de control que fueran necesarias, entre las cuales señaló expresamente la de fijar los precios máximos de venta, creó la Interventoría de Precios, dependiente del Ministerio de la Economía, como la entidad encargada de la ejecución de la Ley 7ª, con atribuciones para dictar las disposiciones que establecieran los precios máximos de venta, e invistió al Interventor y a los Delegados que él designara del carácter de funcionarios de Policía *para la aplicación de todas las resoluciones u órdenes* que expidieran en ejercicio de las facultades allí concedidas.

Por el artículo 16, ordinal d), autorizó a la Interventoría para que:

> "En caso de infracción a los precios fijados o de cualquier acto que implique alterarlos, ya sea acaparando, restringiendo, ocultando, negándose a transportar, cambiando su calidad, alterando su peso o medida, simulando contratos, rebajando sueldos o salarios, cambiando marcas de fábrica u otro hecho que concurra a producir la elevación artificial de los precios, o que tienda a eludir el cumplimiento de las disposiciones sobre control de los mismos, el Interventor aplicará multas de cinco pesos ($ 5.00) a veinte mil pesos ($ 20.000.00)."

En el artículo 17 dispuso:

> "El comerciante que hubiere exigido un precio mayor del señalado por la Interventoría quedará obligado a restituirlo al comprador, a solicitud de éste."

A su turno la Interventoría, al señalar las atribuciones de los Interventores Delegados, en el artículo 8º de la Resolución número 36, los facultó para:

"a) Con expresa autorización del Interventor de Precios, dada mediante una resolución:

"..... ....

"4º Imponer las sanciones a que se refiere el Decreto número 928 de 1943 a los infractores de las disposiciones de la Interventoría.

"..... ....

"b) Sin previa autorización del Interventor de Precios:

"..... ....

"13. Las demás funciones inherentes al desempeño de su cargo y a la eficacia del control de precios, no comprendidas dentro del aparte a) del presente artículo."

También se creó por el mismo Decreto en la Interventoría un Juzgado encargado de conocer privativamente de todas las investigaciones y juicios que se siguieran por infracciones a este Decreto y las demás disposiciones sobre regulación de precios, cualquiera que fuera su naturaleza o cuantía.

Del texto y del contexto de estas disposiciones aparece claro:

Que el Interventor Delegado de Precios sólo tenía competencia para imponer *las sanciones* a que se refiere el Decreto número 928 a los infractores de las disposiciones de la Interventoría; y como la Interventoría sólo podía sancionar a los infractores de las disposiciones sobre control de los mismos, con multas de cinco a veinte mil pesos, cualquiera otra determinación distinta de la de imponer esas sanciones, y en el caso de autos, la devolución del sobreprecio, rebasa los límites de su competencia, de su aptitud legal para hacerlo; y si, a pesar de ello, ejecuta cualquier acto para el cual no tenga aptitud legal, esto es, competencia, ese acto no tiene valor ni efecto jurídico ninguno.

Si el Interventor Delegado no tenía competencia para ordenar la devolución a los demandantes del sobreprecio, bien hizo el Ministerio de la Economía en revocar ese acto; y al hacerlo así no violó las disposiciones de emergencia que se citan, pues él tampoco era competente para dictar esa providencia, porque ella le correspondía dictarla, como se dijo antes, al Juez de la Interventoría, a quien se le dio, por el artículo 5º del Decreto 928, la *competencia privativa,* es decir, con exclusión de los demás, para conocer de las investigaciones y juicios que se siguieran por las infracciones del dicho Decreto.

En síntesis:

De acuerdo con las normas reguladoras de la materia, los Inspectores Delegados podían imponer las sanciones a los infractores de las disposiciones de la Interventoría sobre control de precios, que no eran otras que multas de cinco a veinte mil pesos, pero la restitución del mayor precio exigido sobre el señalado por la Interventoría, que dispone el artículo 17, sólo podía demandarse ante el Juez de Precios, y este funcionario era el único competente para conocer de este juicio. Por lo tanto, al no proveer el Ministerio en las Resoluciones acusadas sobre el particular, no violó las normas superiores que se han analizado, tanto más si se considera que por virtud del mismo Decreto 928 se atribuye a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer en segunda

instancia de los fallos del Juez de la Interventoría, con lo que claramente quedó establecido que se sustrajeron al conocimiento del Ministerio las controversias resultantes de las actuaciones del Juez de Precios, y que él no es competente para conocer sino de las apelaciones de las providencias del Interventor, como lo dice expresamente el artículo 19.

Siendo esto así, se impone mantener los actos acusados.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su Fiscal, *niega* las peticiones de la demanda y de la coadyuvancia que, a nombre de los señores Francisco Cadavid y Alberto Ferrer, hizo el doctor Ricardo Sarmiento Alarcón en este juicio de nulidad de las Resoluciones números 554 de 1º de agosto y 681 de 12 de septiembre de 1944, originarias del Ministerio de la Economía Nacional.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

Gonzalo Gaitán, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón, Jorge Lamus Girón, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Hernández Rodríguez, Gustavo A. Valbuena.—Luis E. García V., Secretario.

Autoridades nacionales—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G.)

Consejo de Estado—Bogotá, julio veintiséis de mil novecientos cuarenta y cinco.

Por medio de la Resolución número 436 de 7 de noviembre del año próximo pasado, la Superintendencia de Sociedades Anónimas negó el permiso que para seguir ejerciendo el objeto social, solicitó, por conducto de su Gerente, la Compañía Empresaria del Camino del Carare, sociedad anónima domiciliada en Bogotá, constituída por escritura pública número 736 de 8 de mayo de 1897, pasada ante el Notario 3º de este Circuito.

Esta Resolución y la número 454 de 15 de noviembre subsiguiente, por medio de la cual se niega la reposición de aquélla, son las sometidas hoy al estudio del Consejo, por recurso contencioso de anulación que contra ellas hizo valer en tiempo el expresado Gerente, solicitando al efecto:

> "Yo, Eduardo Dreyer, mayor y vecino de Bogotá, en mi calidad de Gerente de la sociedad anónima que gira en Bogotá con el nombre de Compañía Empresaria del Camino del Carare, acuso de ilegalidad la Resolución número 436 de 7 de noviembre de 1944, dictada por la Superintendencia de Sociedades Anónimas, y respetuosamente os pido que, anulado el acto acusado y restableciendo a esta Compañía en su derecho, le concedáis permiso para continuar ejerciendo el objeto social.... En subsidio, y para el caso de que no accedáis a conceder definitivamente el permiso para que la Compañía continúe ejerciendo el objeto social, os pido que, anulando la Resolución acusada y restableciéndola en su derecho, le concedáis permiso provisionalmente para, mientras se verifica el estudio que haya de hacerse sobre conformidad de los estatutos y contabilidad de dicha Sociedad, con lo previsto en las leyes, tal como está previsto en el artículo 5º del Decreto número 1984 de 1939 *(Diario Oficial* número 24203)...."

Agotada la sustanciación propia del grado, procede fallar, y con ese fin se adelantan las siguientes consideraciones, en relación con los cargos formulados, que son los de violación de los artículos 10 de la Ley 58 de 1931; 3º del Decreto 1984 de 1939, en su inciso 2º; 2079 del Código Civil; 551, 469 a 472, y 480 del Código de Comercio, disposiciones concebidas de este modo:

Ley 58 de 1931, artículo 10:

> "Las sociedades anónimas existentes con anterioridad a esta Ley tienen un plazo de un año, a partir de la posesión del Superintendente, para solicitar de éste el permiso de continuar ejerciendo su objeto social. Para obtener tal permiso deberán probar que han cumplido todas las formalidades legales para su

constitución; que está pagado el porcentaje del capital suscrito fijado por la ley, y que sus estatutos y contabilidad se conforman a lo prescrito por las leyes."

Decreto 1984 de 1939, artículo 3º:

"....Las sociedades existentes antes del 1º de noviembre de 1939 deberán cumplir los requisitos estipulados en el artículo 10 de la Ley 58 de 1931, en el curso de un año, a partir de la posesión del Superintendente."

Código Civil, artículo 2079:

"La *sociedad* o *compañía* es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación.

"La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios, individualmente considerados."

Código de Comercio, artículo 551:

"Las disposiciones de los artículos 465, 468, 472, 473, 475, 476, 477 y 479 son aplicables a la sociedad anónima en cuanto sean compatibles con la naturaleza de este contrato."

Ibídem, artículo 469:

"Dentro de los quince días inmediatos a la fecha de las escrituras mencionadas, los socios entregarán en la Secretaría del Juzgado de Comercio en que se establezca el domicilio social un extracto de ellas, certificado por el Notario que las hubiere autorizado.

"El extracto contendrá las indicaciones expresadas en los incisos 1º, 2º, 3º, 4º y 7º del artículo 467, la fecha de las respectivas escrituras y la indicación del nombre del Notario que las hubiere otorgado."

Ibídem, artículo 470:

"El extracto será registrado en la Secretaría del Juzgado en donde se presente, y publicado en un periódico del Departamento, y no habiéndolo, por carteles fijados en tres de los parajes más públicos del domicilio social.

"Si la sociedad estableciere casas de comercio en diversos parajes del Estado, el registro y la publicación se harán en todos ellos dentro de los quince días precedentes a la apertura de la nueva casa."

Ibídem, artículo 471:

"La inserción en un periódico será justificada con un ejemplar certificado por el impresor, y la publicación por carteles, con la certificación del Secretario del Juzgado de Comercio."

Ibídem, artículo 472:

"La omisión de la escritura social, y la de cualquiera de las solemnidades prescritas en los artículos 469 y 470 produce nulidad absoluta entre los socios.

"Estos, sin embargo, responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho."

Ibidem, artículo 480:

> "Los actos enumerados en la segunda parte del artículo 465 no producen efecto alguno contra terceros si no fueren escriturados, registrados y publicados en la forma que designa el artículo 470."

Violación de los artículos 10 de la Ley 58 de 1931 y 3º del Decreto 1984 de 1939.

Dedúcese de la atenta lectura de estas disposiciones que por medio de ellas, a la vez que se impone a las compañías anónimas creadas con anterioridad a la ley una obligación, cual es la de obtener permiso de la Superintendencia para seguir ejerciendo su objeto social, se les concede un plazo para hacerlo, y se les otorga un derecho, cual es el de ejercer ese objeto, sin tal permiso, durante el año de gracia.

En estas circunstancias, y ya que por ministerio de la ley el vencimiento del plazo, por regla general, extingue el derecho, cabe preguntar ¿qué es lo que se extingue, en casos como el presente, al cumplirse el año referido? ¿Lo es, como la Superintendencia lo sostiene en la providencia acusada, la facultad de pedir y obtener el permiso para continuar ejerciendo el objeto social, o lo es, simplemente, el derecho de seguir ejerciendo legalmente ese objeto, sin tal permiso?

Para el Consejo, no obstante que los términos en que está concebido el mencionado artículo 10, por su ambigüedad, pueden dar base para sostener la tesis contraria, es indudable que lo que se extingue es el derecho para continuar ejerciendo legalmente, *sin licencia*, el objeto social, por la sencilla razón de que éste y no otro es el derecho que el referido plazo subordina, y por la sencilla razón, también, de que es lo acorde con el objeto que el legislador persigue por medio de tales preceptos, tendientes no a señalar una causal más de disolución de las sociedades anónimas existentes, a lo cual rectamente conduce la tesis de la Superintendencia, sino a amparar los derechos de los asociados y de los terceros que con tales sociedades contratan, según se deduce de la exposición de motivos acompañada a la que es hoy Ley 58, a la cual pertenecen los siguientes apartes:

> "Numerosas industrias inexplotadas hasta hoy reclaman la presencia de ese organismo jurídico de actividad, que las estimule y fecunde, y en el cual puedan hallar inversión segura los dineros del pueblo, como verdaderos tributarios de la grandeza nacional. Mas la condición esencial de este progreso es la confianza, en virtud de la cual quien aplica sus capitales al servicio de una industria tenga la seguridad de que ellos no corren riesgo, porque una sabia legislación de múltiples precauciones, y un Estado vigilante y celoso amparan en todo instante sus derechos y sujetan a las sociedades anónimas a un estatuto rígido dentro del cual no haya el peligro de que la incompetencia, la desidia o la mala fe burlen la pública confianza y arruinen a los inversionistas.
>
> "Entre nosotros es proverbial el menosprecio por las compañías, y todos tenemos múltiples ejemplos ilustrativos, tomados de la vida real, diaria, para probar que es un atentado contra el patrimonio propio el poner nuestros dineros en sociedad, porque esta palabra es equivalente de pérdida, fracaso y estafa. El reclamo repetido y justo ha ganado tántos prosélitos, que entre nosotros es verdaderamente rara la aparición de una sociedad anónima, y muy frecuente en cambio el negocio perso-

nal, esquivo y egoísta, cuya débil potencia no lo arma de la capacidad suficiente para apecharse a empresas de cierto aliento, que beneficien a la economía nacional.

"El fenómeno apuntado no ocurre a virtud de simple capricho de las gentes y de nuestra exagerada condición de individualistas manchesterianos, como lo quieren muchos, sino que tiene causas y explicaciones más hondas. Cuando el público desconfía de la inversión social, lo hace porque sabe que nuestro régimen actual de sociedades no brinda seguridades, ni da provechoso empleo a los capitales, y los expone en cambio a riesgos continuos, bajo el arbitrario manejo de un individualismo sin Dios, Ley ni Rey, ante el cual el Estado permanece impasible. Muchos ejemplos están publicando las arbitrariedades, engaños y fraudes a que da pábulo nuestro régimen actual de sociedades anónimas, con gran daño de la economía nacional.

"La organización de la bolsa ha servido en los últimos tiempos para moralizar el mercado de acciones, evitando la especulación, para darle respetabilidad al negocio de los papeles, para inspirar confianza al público inversionista, y para incitar, por lo mismo, al capital a que busque útiles y lucrosas actividades.

"Mas este progreso de nuestra economía no basta a robustecer la confianza pública, base de la inversión y fundamento del ahorro, mientras una organización del tipo de la que me he permitido proponer no venga a garantizar con toda efectividad el cumplimiento de las leyes, que se han escrito y puedan escribirse sobre sociedades anónimas. Particularmente quiere este proyecto que dichas compañías no puedan embaucar los capitales, merced a ciertas maniobras y engaños, y que estén obligadas a obedecer la ley en todas sus partes y sobre todo en lo que se refiere a la contabilidad, para que por medio de ella no se exhiban situaciones mentirosas, que inciten al inversionista incauto alelado por balances pomposos."

Sin desconocer, ni negar, pues, que el permiso de la Superintendencia es requisito indispensable, *sine qua non*, para que una sociedad anónima pueda funcionar legalmente, y sin negar, también, que el derecho a vivir de tales sociedades se condiciona al deber de obtener tal permiso, el Consejo se separa de la conclusión a que la Superintendencia llega, no sólo por lo ya dicho, sino, también, porque para ello es necesario atribuir al vencimiento del plazo una característica más drástica, más grave que a la falta misma del permiso, desde luégo que el vencimiento del dicho plazo impide en absoluto y definitivamente a las sociedades existentes con anterioridad a la ley que en esas condiciones se hallen, el funcionar y ejercer en adelante el objeto social, al paso que la falta del permiso, que puede obtenerse en cualquier tiempo, con sólo sujetarse a los preceptos legales, sólo relativamente, aunque por tiempo indeterminado, impide ese funcionamiento, cuestión a todas luces inaceptable, pues deja a las nuevas compañías en mejores condiciones que a las existentes antes de expedirse la ley, no obstante que éstas gozaban entonces del amparo constitucional que les daba el artículo 10 del Acto legislativo número 3 de 1910, hoy el 30 de la nueva Codificación.

Por esto, el Consejo no vacila en afirmar, como en efecto afirma, que acepta como jurídicas las razones que la Superintendencia alega para sostener que la obtención del referido permiso es condición indispensable para que las sociedades anónimas puedan funcionar legalmente, pero que no acepta como jurídica la conclusión de que vencido el plazo

que el legislador señaló a las sociedades existentes para obtener la licencia o permiso, éste ya no pueda solicitarse y obtenerse, pues, repítese, el análisis detenido y sereno de las disposiciones estudiadas a la luz de la finalidad por ellas perseguida, llevá lógicamente a una conclusión distinta, cual es la de que, vencido el referido año, las mencionadas sociedades no puedan funcionar legalmente hasta obtener tal permiso.

Por esto, y porque en ninguna forma las mencionadas disposiciones expresan, como debian hacerlo, ya que de una sanción se trata, que la petición tardía, hecha fuera de tiempo, es causa suficiente para que el permiso se niegue, sin examinar las demás causas de acusación por ser innecesario, es el caso de anular las Resoluciones acusadas, para disponer en su lugar, ya que el examen de la documentación corresponde a la Superintendencia, no al Consejo, el cual sólo puede ocuparse de su análisis cuando la causa de su acusación sea su desconocimiento, que por la Superintendencia se examine la documentación presentada, y con base en el estudio que ella haga, conceda o niegue el permiso solicitado.

Por las razones que arriba se indican, no es el caso de decretar de conformidad la petición principal, referente al restablecimiento del derecho violado, restablecimiento que se hace ordenando, ya se dijo, que la solicitud sea fallada en el fondo.

Tampoco es el caso de decretar de conformidad la petición subsidiaria, referente al permiso provisional, por ser esta atribución facultativa de la Superintendencia, no sujeta a recurso jurisdiccional alguno, dado el mismo carácter de provisional que tiene.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto fiscal y en desacuerdo con él,

Falla:

Son nulas y así se declaran, las Resoluciones números 436 y 454 de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, relacionadas en la parte motiva de este fallo.

Por la Superintendencia dicha se examinará la documentación presentada por la Compañía Empresaria del Camino del Carare para obtener permiso de continuar ejerciendo el objeto social, y con base en esto, en los demás documentos que se acompañen, y en lo que al respecto dispongan las leyes, se concederá o negará el permiso pedido.

Rehabilítese el papel común empleado en la actuación.

Comuníquese al Superintendente de Sociedades Anónimas.

Notifíquese, cópiese.

Aníbal Badel, Guillermo Hernández Rodríguez, Jorge Lamus Girón, Tulio Enrique Tascón, Gabriel Carreño Mallarino, Carlos Rivadeneira G., Gonzalo Gaitán.—Luis E. García V., Secretario.

Resoluciones ministeriales—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G.)

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

Bertha Alba de Valero, portadora de la tarjeta de identidad número 6465, de Bogotá, ocurrió ante esta corporación solicitando, por escrito de 26 de enero último, estas declaraciones:

"Primero. Que es *nula* por ilegal, o por violar expresas disposiciones legales vigentes, la Resolución número 1304 de 1944 (noviembre 23), por la cual se revoca la número 312 de 27 de octubre de 1944, dictada la primera de estas Resoluciones por el Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, Resolución en la cual, en su artículo 1º revoca en todas sus partes la Resolución número 312 del 27 de octubre de 1944, pronunciada por uno de los Inspectores Auxiliares de la Oficina Seccional de Cundinamarca, y resolvió, en los artículos 2º, 3º, 4º, 5º y 6º, todo lo que allí aparece, y que viola las leyes vigentes, como adelante lo expondré.

"Segundo. Que es igualmente *nula,* por ilegal, la Resolución del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, Departamento Nacional del Trabajo (diciembre 16 de 1944), en su ordinal *segundo,* o sea en la parte en que resolvió que 'doce horas después de que sea notificada esta providencia la empresaria deberá cancelar.... las sumas que adeuda a sus trabajadores por concepto de salarios....', fuera del valor correspondiente a treinta días de jornal, establecidos por el artículo 10 de la Ley 78 de 1919'.

"Tercero. Que es válida por ser legal la Resolución número 312 de 1944 (octubre 27), dictada por el Inspector Auxiliar del Trabajo de Cundinamarca, y que concedió licencia para cerrar la Fábrica de Tabacos *La Moderna,* de mi propiedad, situada en la carrera 16, número 10-30, de esta ciudad.

"Cuarto. *Subsidiaria.* Que es ilegal y nula la Resolución número (sin) del 16 de diciembre de 1944, ya indicada, en la parte que reza:

'....Doce horas después de que sea notificada esta providencia la empresaria deberá cancelar.... el valor correspondiente *a 30 días de jornal,* establecido por el artículo 10 de la Ley 78 de 1919, pudiendo quedar vigente en todo lo demás que ordena la precitada Resolución'."

Admitida la demanda y sustanciado el juicio, como está, en legal y debida forma, es llegado el momento de fallar, y a hacerlo procede el Consejo, previas estas consideraciones, relacionadas con cada una de las Resoluciones demandadas:

Resolución número 1304 de 1944.

Esta Resolución, que revoca la número 312, por medio de la cual se concede permiso a la demandante para cerrar una fábrica de cigarros de que es propietaria, fue revocada, a su vez, a petición de la misma actora, en sus cuatro primeras disposiciones, por la Resolución sin número de 16 de diciembre de 1944, cuya parte dispositiva es de este tenor:

> "En mérito de las anteriores consideraciones, el Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social accede a reponer la Resolución número 1304 de 23 de noviembre pasado, y en su lugar dispone:
>
> "Primero. Revócanse los cuatro primeros ordinales de la Resolución número 1304 de 23 de noviembre del presente año.
>
> "Segundo. Doce horas después de que sea notificada esta providencia la empresaria deberá cancelar, en presencia del Jefe de la Oficina del Trabajo de Cundinamarca, las sumas que adeude a sus trabajadores por concepto de salarios y prestaciones sociales vigentes el día 27 de octubre del corriente año, fuera del valor correspondiente a 30 días de jornal, establecido por el artículo 10 de la Ley 78 de 1919...."

Consecuencia de la última revocatoria, o sea de la que se hace por medio de la Resolución sin número de 16 de diciembre de 1944, es que la acción de nulidad instaurada contra la Resolución número 1304 no puede prosperar en cuanto a los cuatro ordinales revocados, pues por lo mismo que lo fueron, que no tienen vida jurídica, que ya no existen, ni obliga lo en ellos dispuesto, no son violadores de disposición alguna, ni están en capacidad de causar los perjuicios que el actor teme.

Por esto, y por no ser viables acciones de nulidad contra actos inexistentes en el momento de iniciarse la acción, o el litigio, la demanda en esta parte debe negarse necesariamente.

Tampoco puede prosperar la demanda incoada en cuanto dice relación a los ordinales 5º y 6º, o sea a los que no fueron posteriormente revocados, y que, por lo mismo, subsisten, tanto por referirse estas disposiciones a actos u órdenes que no tienen carácter definitivo, que no ponen fin a actuación administrativa alguna, ya que se limitan a ordenar la iniciación de unas investigaciones, investigaciones que pueden resultar baldías, como porque, en relación con esos ordinales, no se citan en la demanda las disposiciones legales infringidas, ni se expresa el concepto de la violación, tal como lo exigen, para que acciones como la que se estudia pueda prosperar, los artículos 84 y 85 de la Ley 167 de 1941, que son de este tenor:

> "Toda demanda ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo deberá dirigirse al Tribunal competente, y contendrá:
>
> "1º La designación de las partes y de sus representantes;
>
> "2º Lo que se demanda;
>
> "3º Los hechos u omisiones fundamentales de la acción;
>
> "4º La expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación."
>
> "Artículo 85. Si la acción intentada es la de nulidad de un acto administrativo, se individualizará éste con toda precisión; y si se demanda el restablecimiento de un derecho, deberán indicarse las prestaciones que se demanden, ya se trate de indemnizaciones o de modificación o reforma del acto demandado o del hecho u operación administrativa que causa la demanda."

Resolución de 16 de diciembre de 1944.

Dos son las órdenes o disposiciones que esta Resolución contiene, a saber:

1ª Que la demandante pague a sus trabajadores, en presencia del Jefe de la Oficina del Trabajo de Cundinamarca, las sumas que les adeude por concepto de salarios y prestaciones sociales, orden que nada tiene de ilegal, y que la misma demandante acepta, como se deduce del siguiente aparte de la demanda:

> "Yo estuve dispuesta a pagar los salarios y demás prestaciones sociales, fundándome en lo establecido por los decretos vigentes al momento del cierre, pero no estoy dispuesta a pagar los treinta días mencionados (sic) porque considero que esta multa o pena es ilegal y absurda...."

2ª Que la misma demandante pague a sus trabajadores el valor de treinta días de jornal, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 78 de 1919, ordenación respecto de la cual el Consejero sustanciador dijo en el auto admisorio de la demanda, para sustentar la suspensión provisional pedida, lo que, aceptado por el Fiscal, se reproduce en seguida, con carácter definitivo, como fundamento de la anulación, ya que contra lo allí expuesto nada se ha hecho valer:

> "El ordinal 2º de la Resolución de 16 de diciembre de 1944, en cuanto ordena que doce horas después de notificarse esa providencia Bertha de Valero debe pagar a sus trabajadores, como lo ordena el artículo 10 de la Ley 78 de 1919, el valor correspondiente a treinta días de jornal, viola, *prima facie*, por aplicación indebida, el citado artículo 10, que dice relación a cierres o despidos indebidos decretados por el empresario mismo, que eran los contemplados en esa Ley, despidos y cierres prohibidos, mientras dure el estado de sitio, por el artículo 6º del Decreto 1778 de 1944, que sólo permite clausurar o disminuir actividades industriales con autorización expresa de las autoridades del Trabajo, caso éste no contemplado en la Ley 78, y a que no es, ni puede ser, aplicable el referido artículo 10, tanto por estar suspendido en sus efectos, como lo están los casos de despido y cierre voluntarios a que él se refería, como por contener una sanción y ser, por consiguiente, de estricta y rigurosa interpretación.
>
> "Por esto y por el perjuicio que tal disposición acarrea a la actora, irreparable si se anula posteriormente, habrá de suspenderse provisionalmente, como en efecto se suspende, el ordinal dicho, pero únicamente en la parte comentada, o sea en lo referente al pago de los treinta días de jornal que se impone como sanción.
>
> "Las demás disposiciones no violan en forma ostensible precepto legal alguno, y por ello no pueden suspenderse."

Como por la revocatoria de los ordinales 1º a 4º de la Resolución 1304 queda vigente el ordinal 1º de la Resolución número 312, que autorizó el cierre de la fábrica, autorización que por medio de aquellos ordinales se revocaba, el Consejo, sin decidir nada acerca de la legalidad de tal autorización, ya que entre sus atribuciones no entra la de emitir o dar conceptos acerca de cuestiones o puntos no controvertidos, en que no hay diferencia o disparidad de criterios entre la Administración y los particulares, no tiene inconveniente en hacer expresa declaración acerca de la vigencia de aquella autorización, dada la petición

tercera de la demanda y para prevenir las dudas que el silencio guardado por la Administración al respecto pudiera suscitar, con perjuicio de los intereses de la demandante.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el parecer fiscal y de acuerdo con él,

Falla:

1º Es nulo, y así se declara, el ordinal 2º de la Resolución sin número de 16 de diciembre de 1944, dictada por el Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, pero sólo en lo referente al pago de los treinta días de jornal que allí se impone como sanción, o sea en la parte que dice:

"....fuera del valor correspondiente a 30 días de jornal, establecidos por el artículo 10 de la Ley 78 de 1919...."

2º Por virtud de la revocatoria de que trata el ordinal 1º de la Resolución citada en el aparte anterior, quedó vigente, y así se declara, el ordinal 1º de la Resolución número 312 de 27 de octubre de 1944, que por haber causado ejecutoria obliga y debe respetarse.

3º No es el caso de hacer las demás declaraciones pedidas.

Notifíquese, cópiese, dése cuenta al Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, y archívese.

Ricardo Uribe Escobar, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón, Gabriel Carreño Mallarino, Jorge Lamus Girón, Gonzalo Gaitán, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Pensiones y recompensas

(Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G.)

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

En grado de apelación corresponde a esta corporación conocer de la Resolución número 1001, dictada por el señor Ministro de Guerra el 11 de junio pasado, por medio de la cual se decretó a favor del Cabo 1º en retiro Serafín Rojas Niño, una recompensa de $ 1.400, teniendo en cuenta que el peticionario prestó por seis años sus servicios en el Ejército Nacional, del cual fue retirado por inhabilidad relativa y permanente para las actividades tanto civiles como militares; que el último sueldo que devengó fue de $ 70.00; que no ha incurrido en causales de indignidad para recibir prestaciones de carácter militar, no ha recibido pensión o recompensa del Tesoro y no es deudor moroso del mismo, y dando aplicación al Decreto 1025 y a la Ley 43 de 1942.

Por medio de su apoderado. doctor Rafael Urdaneta, el Cabo Rojas Niño apeló de la mencionada Resolución por discrepar con el Ministerio en cuanto a la disposición legal que debe tenerse en cuenta para la fijación de la cuantía de la recompensa a que tiene derecho.

Dijo al respecto el Ministerio, en los considerandos de la providencia recurrida:

> "Como de la hoja de servicios militares presentada aparece que el Cabo Rojas Niño fue retirado el 10 de enero de 1945, es decir, con anterioridad a la expedición de la Ley 2ª antes invocada, no tiene, por consiguiente, derecho a las prestaciones que ésta determina, desde luégo que sus disposiciones no tienen ni pueden tener efectos retroactivos; y no se diga que por Resolución número 23 del presente año fue dado de alta en la Sección de Caja y Pagaduría del Departamento de Control de este Ministerio, por el término de tres meses, a partir del 1º de enero de 1945, para la formación de la correspondiente hoja de servicios militares, porque el acta a que allí se alude se otorga simplemente para efectos fiscales, es decir, para el pago de sueldos mientras el militar obtiene su hoja de servicios y el reconocimiento de la prestación que le es debida, pero no para que continúe en situación de actividad."

El señor Fiscal de la corporación, en su vista de fondo, expresó los siguientes conceptos:

> "La hoja de servicios que figura en el expediente, cuyo valor probatorio no es posible desconocer, demuestra que el Cabo 1º Serafín Rojas Niño quedó retirado del servicio activo del Ejército el día *1º de abril del presente año*, por causa de invalidez relativa y permanente.
>
> "En tales circunstancias, es evidente que las prestaciones a que tiene derecho el mencionado Suboficial son las consagradas

en el artículo 40 de la Ley 2ª de 1945, porque este estatuto estaba ya en vigencia cuando se produjo la baja definitiva, y porque conforme al artículo 66 de la misma Ley, el tiempo concedido para la formación de la hoja de servicios se cuenta como *de actividad.*"

Es cierto, como lo afirma el Fiscal, que esta corporación ha sostenido en repetidas oportunidades que el tiempo de tres meses que se concede a los miembros de las fuerzas armadas para la formación de su respectiva hoja de servicios debe considerarse como tiempo de actividad. Al efecto se dijo, en sentencia de 25 de junio último, relativa a la apelación interpuesta contra una resolución dictada por el mismo Ministerio que dictó la que hoy se estudia por el Suboficial de la Armada Nacional Hernando Melo Useche:

"En la hoja de servicios aparece que se le dio de alta por tres meses a partir del 1º de febrero, y estos tres meses se le computaron como tiempo de servicio, y prueba de que esto es así, es que la misma resolución del Ministerio reconoce el derecho a la recompensa sobre la base del sueldo devengado por el apelante en el mes de abril del año en curso. Ahora, una constante doctrina del Consejo ha dicho 'que la hoja de servicios es el documento que debe tomarse como base para liquidar el tiempo de servicio, sin que este tiempo pueda ser aumentado o disminuído sino mediante la previa modificación de la respectiva hoja', como puede leerse en los fallos de 7 de mayo y 7 de junio del año en curso."

De todo lo dicho se deduce en forma clara que la disposición que debe aplicarse en el presente caso es, pues, el artículo 40 de la Ley 2ª de este año, ya que en autos aparece demostrado que el retiro del peticionario sólo tuvo lugar el 1º de abril pasado, es decir, cuando ya había entrado en vigencia la citada Ley.

Por lo expuesto, la Resolución apelada debe ser reformada en lo que dice relación a la cuantía de la recompensa por ella reconocida, para dar aplicación al artículo 40 de la tántas veces citada Ley 2ª, disposición que es de este tenor:

"El Oficial o Suboficial que sea retirado por invalidez para la vida militar, adquirida en el servicio, antes de cumplir en éste 15 y 10 años, respectivamente, tiene derecho a que el Tesoro Público le pague el valor de un mes del último sueldo devengado por cada año de servicio, y, además, por una sola vez, una compensación en dinero que variará entre el valor de 18 y 36 meses del último sueldo devengado."

Y agrega el artículo 42 de la misma Ley:

"El grado de las invalideces de que tratan los artículos anteriores será declarado por una junta de tres médicos militares, de conformidad con las disposiciones que rijan sobre la materia. Para efectos de la compensación, el Gobierno, en reglamento especial y dentro de los límites señalados en la presente Ley, fijará la cuantía que corresponda en cada caso, de acuerdo con el grado de invalidez del Oficial o Suboficial."

El Gobierno no ha dictado aún el reglamento a que se refiere el último de los artículos transcritos, pero esto no puede ser razón para que el Consejo deje de reconocer en principio el derecho del Cabo Rojas a la recompensa que reclama.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, *reforma* la Resolución número 1001 de 1945, emanada del Ministerio de Guerra, y que ha sido materia de la apelación, en los siguientes términos:

1º Reconócese a favor del Cabo 1º en retiro Serafín Rojas Niño el derecho a recibir del Tesoro Nacional la cantidad de $ 420.00 (cuatrocientos veinte pesos), como valor de un mes del último sueldo devengado por cada año de servicio, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 2ª de 1945;

2º Reconócese a favor del mismo Suboficial el derecho a recibir del Tesoro Nacional, por una sola vez, una compensación en dinero, cuya cuantía fijará el Ministerio de Guerra, entre el valor de 18 y 36 meses del último sueldo devengado, según el reglamento especial que expida el Gobierno en cumplimiento del artículo 42 de la precitada Ley 2ª de 1945, de acuerdo con el grado de invalidez del mencionado Suboficial;

3º El pago de las cantidades reconocidas por los numerales anteriores se hará con cargo a la apropiación correspondiente del presupuesto del Ministerio de Guerra.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Uribe Escobar, Guillermo Hernández Rodríguez, Gonzalo Gaitán, Carlos Rivadeneira G., Jorge Lamus Girón, Gabriel Carreño Mallarino, Tulio Enrique Tascón.—Luis E. García V., Secretario.

Electorales.—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G.)

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

En su propio nombre, y en ejercicio de la acción contencioso-electoral de que tratan los artículos 207 y siguientes de la Ley 167 de 1941, el doctor Guillermo Peñaranda Arenas, abogado titulado e inscrito, ocurrió ante esta corporación, y por escrito de 23 de abril último, solicitó:

"Primero. La rectificación de los escrutinios practicados por el Consejo Electoral de Santander, del 10 al 12 de abril del año en curso, correspondientes a las elecciones que para elegir Representantes y Diputados, tuvieron lugar el 18 de marzo último, para que en uno nuevo, que debe practicar el Consejo de Estado, se computen los votos de los Jurados Electorales de Puente Nacional, Molagavita, Oiba, San Miguel, Simacota y Carcasí, dejando sin validez las proposiciones que precedieron al no cómputo de los votos emitidos en esos Municipios.

"Segundo. Que se cancelen las credenciales de quienes puedan resultar afectados con el cómputo de los nuevos votos y se expidan aquéllas a quienes pudieran resultar favorecidos.

"Queda, pues, demandado el acto por medio del cual se declaró la elección de los Representantes al nuevo Congreso, en el acto a que me vengo refiriendo...."

Demanda análoga a la anterior presentó, el 24 del mismo abril, el doctor Diego Montaña Cuéllar, apoderado especial de Jorge Regueros Peralta, candidato a la Cámara, no escrutado, pidiendo se declare:

"Primera. Que es nulo el acto de escrutinio realizado por el Consejo Electoral del Departamento de Santander durante los días 10, 11 y 12 de abril de 1945, correspondiente a las elecciones para Representantes verificadas el 18 de marzo próximo anterior, en cuanto no se escrutaron los votos correspondientes al Municipio de Barrancabermeja, sobre los cómputos de los Jurados de Votación que allí funcionaron, excepción hecha del Jurado número 9.

"Segunda. Que como consecuencia de la declaración anterior se ordene la rectificación de los escrutinios para Representantes por la Circunscripción Electoral de Santander del Sur, verificados por el Consejo Electoral de ese Departamento en los días 10, 11 y 12 de abril de 1945, y se computen los votos emitidos en la totalidad de los Jurados de Votación del Municipio de Barrancabermeja, y escrutados por el Jurado Electoral de dicho Municipio...."

A fin de obtener resultados similares a los anteriores, con respecto a los votos emitidos en los Municipios de Enciso, Tona y Corregimiento de Landázuri, del Municipio de Vélez, anulados, también, por el Consejo

Electoral por causas que más adelante se expresan, el doctor Arturo Argüello, en tiempo, solicitó estas declaraciones:

"1º Que es nulo el escrutinio y la declaratoria de elección hechos por el Consejo Electoral del Departamento de Santander, en los días 10, 11 y 12 de abril del corriente año, por cuanto esa corporación no computó los votos emitidos en los Municipios de Enciso, Tona y Vélez (en lo tocante al Corregimiento de Landázuri), del Departamento de Santander, para Representantes a la Cámara, en las elecciones verificadas el 18 de marzo del corriente año, y que, en consecuencia, debe rehacerse el escrutinio, o rectificarse éste, tomando en cuenta los votos producidos en dichos Municipios; y

"2º Que de acuerdo con los nuevos cómputos se hagan las cancelaciones y expedición de credenciales a que haya lugar...."

Al tiempo con estos demandantes se presentó el doctor Carlos Vesga Duarte solicitando, por su parte, que, previos los trámites del correspondiente juicio, se declare:

"Primero. Que es nulo, en la parte y en los términos a que esta demanda se refiere, el escrutinio verificado entre el 10 y el 12 de los corrientes por el Consejo Electoral Departamental de Santander, respecto a las elecciones llevadas a cabo en dicho Departamento para elegir Representantes a la Cámara en el período 1945-1947;

"Segundo. Que dicha nulidad proviene de haberse computado en dichos escrutinios los votos emitidos —para dicha elección— en los Municipios de Albania, Barbosa, Barichara, Chimá, Guavatá, Macaravita, Mogotes, Pinchote, San Benito y Suaita, *en cuyos registros aparecen causales de invalidez, de las que determina el artículo 196* de la Ley 167 ya citada, y no han debido, por consiguiente, computarse; y

"Tercero. Que, en consecuencia, debe procederse por el Consejo de Estado a nuevo escrutinio, con las rectificaciones correspondientes...."

Estas demandas son las que el Consejo debe fallar hoy, dado lo que preceptúa el artículo 226 de la Ley 167 de 1941, por medio de una sola sentencia, y con ese fin se adelantan las siguientes consideraciones:

Demanda del doctor Peñaranda Arenas.

Las razones que el Consejo Electoral tuvo en cuenta para anular los registros electorales correspondientes a los Municipios de Puente Nacional, Molagavita, Oiba, San Miguel y Carcasí, y para no computar los votos de que esos registros dan cuenta, están expresadas en el acta respectiva y tienen como base única, el hecho de que los Jurados Electorales no hubieran remitido al Consejo, junto con sus actas de escrutinio, las boletas de elección y los registros de los Jurados de Votación, que debieron tener en cuenta para formular aquellas actas, según lo demuestra la siguiente transcripción:

"Puesta en discusión (la proposición relativa al Municipio de Tona), el Consejero Lamus Cáceres se mostró de acuerdo, considerando que las razones de orden legal aducidas son suficientes; pero al mismo tiempo opinó que para que una decisión de tánta trascendencia no fuera a aparecer adoptándose en cuanto a un caso particular, le parecía necesario que de ella se desprendiera una norma general que orientara las actuaciones del

Consejo en la presente diligencia; por lo tanto, adicionó la proposición que estaba discutiéndose, así: 'Al mismo tiempo, el Consejo Electoral sienta como norma para sus actuaciones en la presente sesión, que la falta de las boletas o de los registros electorales de votación será motivo suficiente para declarar nulidades....' "

Proposición que, aprobada por unanimidad de votos, como lo fue, dio lugar a estas otras, relativas a cada uno de los expresados Municipios:

Puente Nacional:

"....Como consecuencia, el Consejero Camacho Gamba presentó la siguiente proposición, suscrita también por los demás Consejeros de la mayoría: 'La mayoría liberal del Consejo Electoral de Santander, por razón de fidelidad a la norma que por iniciativa de uno de sus miembros tiene sentada la corporación, y no obstante su convicción respecto del normal desarrollo del proceso electoral en Puente Nacional, convicción que refuerza y acentúa la circunstancia de encontrarse firmadas por el Delegado Presidencial, doctor Iglesias, las actas de los escrutinios verificados allí, cosa que, además, diferencia este caso de cualesquiera otros planteados, propone: «Declárese la nulidad de los pliegos correspondientes al Municipio de Puente Nacional; y prescíndase de computar los votos allí emitidos, en vista de que por omisión del envío, no cuenta el Consejo con las papeletas respectivas ni con los registros de votación»....' "

Municipio de Molagavita:

"Como al abrir y examinar los pliegos de Molagavita no se encontraron los registros de votación ni las boletas, los Consejeros Uribe Prada y García García presentaron la siguiente proposición, que fue aprobada: 'El Consejo Electoral resuelve: Declárase nulo el escrutinio verificado por el Jurado Electoral de Molagavita, por carecer esta entidad de los registros electorales de los Jurados de Votación y de las boletas de la elección, consideradas como indispensables, y, en consecuencia, abstenerse de escrutar los votos allí registrados'...."

Municipio de Oiba:

"'....Se advirtió la falta de registros y boletas, sobre lo cual el Consejo tiene ya formado su criterio, y por ese motivo el Consejero García García presentó la siguiente proposición, que fue aprobada por unanimidad: 'Declárase nulo el escrutinio verificado por el Jurado Electoral de Oiba, y nulos los escrutinios practicados por los Jurados de Votación allí, por no haberse acompañado los documentos que exige la ley. En consecuencia, los votos que en aquellas diligencias figuren no son computables'....."

Municipio de San Miguel:

"....Otro tanto se observó con respecto a los pliegos del Municipio de San Miguel, por cuya razón los mismos Consejeros (Uribe Prada y García García) propusieron: 'El Consejo Electoral resuelve: Declarar nulos los escrutinios del Jurado Electoral de San Miguel y los de los Jurados de Votación del mismo Municipio, por no haberle sido remitidos al Consejo ni los registros electorales ni las boletas de elección, documentos éstos indispensables para el presente escrutinio, y, en consecuencia,

abstenerse de computar los votos allí registrados'.... Oídos estos conceptos continúa la discusión sobre la proposición referente al Municipio de San Miguel, la cual fue aprobada por unanimidad...."

Municipio de Carcasi:

"....Se observó igual irregularidad, y por este motivo los mismos Consejeros propusieron lo siguiente, que fue aprobado: 'El Consejo Electoral resuelve: Declarar nulo el escrutinio verificado por el Consejo Electoral de Carcasí, y los de los Jurados de Votación del mismo Municipio, por no haber sido remitidos ni los registros electorales, ni las boletas de la elección, documentos éstos considerados indispensables para el presente escrutinio, y, en consecuencia, abstenerse de computar los votos allí registrados'...."

La circunstancia de ser la omisión ya anotada la única causa alegada por el Consejo Electoral para anular los registros de los precitados Municipios, y para no computar los votos de que ellos dan cuenta, hace que el problema a cuya solución debe atender el Consejo en el presente fallo, quede reducido, dados los términos de la demanda y la falta de oposición, a una simple cuestión de derecho, cual es la de saber, si tal omisión, la que el Consejo Electoral apunta, es causa legal suficiente por sí sola para anular registros y para dejar de escrutar, como lo hizo esta entidad, los votos computados en ellos y en los registros formados con base en tales documentos, por los Jurados Electorales, que la corporación escrutadora sí tuvo a la vista, para lo cual hay que tener en cuenta:

1º Que tal determinación, la adoptada por el Consejo, se apoya, según se expresa en el acta misma de escrutinio, en lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley 85 de 1916, aplicable a los Consejos Escrutadores por virtud del artículo 155 ibídem, y que a la letra dice:

"La Junta Electoral no podrá computar los votos contenidos en registros que hayan llegado fuera del término señalado en el artículo 146."

2º Que lo dispuesto en este precepto resulta en pugna con lo estatuído en el artículo 171 de la misma Ley, que ordena a las corporaciones electorales escrutadoras que oportunamente no hubieren recibido los pliegos o registros necesarios para el escrutinio, pedirlos a quienes los tengan o los hayan recibido, a fin de que obren, si existen y son remitidos, es claro, en el respectivo escrutinio, disposición que por ser posterior a aquélla prefiere en su aplicación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, ordinal 2º, concebido así:

"Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior...."

3º Que el principio consagrado en el referido artículo 171 está reproducido, en forma más amplia, si se quiere, en el parágrafo único del artículo 2º de la Ley 31 de 1929, que deja sin efecto y tácitamente deroga el mencionado artículo 151, al autorizar, como en efecto autoriza, a las corporaciones encargadas de hacer los escrutinios generales para Diputados a las Asambleas y Representantes al Congreso, que antes lo eran las Juntas Electorales y los Consejos Escrutadores, hoy suprimidos, para transferir o posponer las fechas señaladas allí para tales escruti-

nios, si llegado ese día la corporación no hubiere recibido todos los pliegos necesarios para llevarlo a cabo.

Los términos claros y precisos en que están concebidos los artículos 171 y 2º de la Ley 31 de 1929, reformado únicamente en cuanto a las fechas en que deben hacerse los escrutinios, por el artículo 5º de la Ley 189 de 1938, no dejan al respecto en el ánimo duda alguna, pues son éstos:

> "Artículo 171. Cuando una corporación electoral escrutadora no hubiere recibido oportunamente los pliegos o registros necesarios para el escrutinio, debe pedir copia legalizada de los que falten a las autoridades o a la corporación que sí los haya recibido, copias que serán expedidas y remitidas inmediatamente, si no las hubieren ya remitido. Al efecto, la autoridad política y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo que recibieren pliegos o registros irán haciendo sacar copia legalizada de ellos y remitiéndola a la junta o corporación escrutadora. Estas copias pueden tenerse en cuenta en el respectivo escrutinio."
>
> "Artículo 2º. ....Los escrutinios generales para Diputados a las Asambleas y Representantes al Congreso deberán empezarse el 12 de febrero y el 12 de mayo, respectivamente, *salvo el caso en que no hayan llegado todos los pliegos, pues entonces la corporación transferirá la fecha de los escrutinios por el término absolutamente indispensable....*"

De modo, pues, que hoy, tratándose, como en el caso de autos, de un escrutinio general de Diputados y Representantes, no es suficiente, para anular y dejar de computar determinados registros, que éstos no hayan entrado al arca triclave del Consejo Electoral antes del día señalado para el escrutinio, sino que es preciso reclamarlos previamente aun cuando para ello sea necesario transferir la fecha señalada para hacerlo.

Lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 196 de la Ley 167 de 1941 sólo reza con los Jurados Electorales, y es sólo aplicable a los escrutinios por ellos realizados, por ser éstas las únicas corporaciones que tienen hoy por ley (artículo 130 del Código Electoral) término legal fijo para recibir pliegos electorales.

La doctrina aquí sustentada no es nueva; ella ha sido sostenida por esta misma corporación en repetidas ocasiones, entre otras al resolver una consulta formulada por el Ministerio de Gobierno, en relación con un caso de extravío o pérdida de unos pliegos o registros, consulta absuelta así:

> "....Sobre el particular hay un vacío en nuestra ley electoral, pero ello no obsta para que, previo análisis del caso consultado, se señale un procedimiento acorde con los principios generales que regulan la materia.
>
> "Si se excluye la disposición penal del artículo 232 de la obra citada, no se encuentra allí otra hipótesis que contemple la circunstancia de la pérdida de los pliegos o registros de votación, sin que ella suministre ninguna luz sobre la cuestión que se ventila. El único precepto que puede orientar el criterio es el contenido en el artículo 171, cuyo texto es como sigue: '....La anterior disposición es genérica, porque se refiere a toda clase de escrutinios, y sintetiza ella la razón u objeto del artículo 127. La circunstancia de no haberse recibido los pliegos oportunamente, no modifica la situación anómala de la en-

tidad que no puede practicar el escrutinio por carecer de los papeles y elementos necesarios para ello. Igual impedimento afecta al que no ha recibido los registros parciales, que aquel al cual le fueron sustraídos u ocultos. Luego en donde las causas son análogas, los efectos deben participar de la misma naturaleza.' Según se desprende de la disposición transcrita, no sólo sirven las copias expedidas por el Gobernador del Departamento para el efecto referido, sino también las que expidan los Tribunales Seccionales Administrativos correspondientes. En el caso de Natagaima no podría aplicarse la previsión del artículo 90, por tratarse de circunstancias completamente diversas. Esta disposición alude a la especial contingencia de que por una u otra causa se dejen de practicar las elecciones de Concejeros Municipales. Y las elecciones constituyen fenómeno específicamente diverso del escrutinio, que, a su turno, es un fenómeno político de carácter consecuencial. Por lo anotado, vuestra comisión termina proponiéndoos lo que sigue:

"La Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado conceptúa, en relación con la consulta del señor Ministro de Gobierno, enviada en nota número 1058 de 22 de mayo del presente año, que en el caso sobrevenido en Natagaima, materia de la consulta anterior, debe el Jurado Electoral ceñirse al procedimiento sancionado por el artículo 171 del Código de Elecciones...."

Y en caso más reciente, en sentencia de 3 de julio último, a la cual pertenecen estos apartes:

"De conformidad con la ley electoral, para que el Consejo Escrutador pudiera computar los votos emitidos en el Municipio de Ortega, bastaba que al Consejo hubiera llegado el acta de los escrutinios practicados por el Jurado Electoral del Municipio, acta que desde un principio llegó a poder de los escrutadores, sin que éstos pudieran desecharla, a menos que ocurriera alguno de los casos contemplados en el artículo 14 de la Ley 96 de 1920, es decir, por comprobarse que el acta hubiera sufrido alteración sustancial en lo escrito después de firmada por los miembros del Jurado, o por resultar que el acta era falsa o apócrifa, o falsos y apócrifos los elementos que sirvieron para su formación; pero sin que por ninguno de esos motivos se hubiera tachado el registro electoral del Municipio de Ortega, el Consejo Electoral del Departamento del Tolima resolvió prescindir de computarlo, exponiendo como razón que no había elementos sobre los cuales escrutar los votos emitidos en ese Municipio, omitiendo así el dar cumplimiento al artículo 171 del Código de Elecciones, que previene que cuando una corporación escrutadora no hubiere recibido oportunamente los pliegos o registros necesarios para el escrutinio, debe pedir copia legalizada de los que faltan a la autoridad política o al Tribunal de lo Contencioso Administrativo que si los haya recibido, y que estas copias pueden tenerse en cuenta en el respectivo escrutinio. Mas ya se vio que al Consejo Electoral del Tolima sí había llegado el acta de los escrutinios practicados, o registro electoral del Municipio de Ortega, y aún más: que todos los pliegos y elementos que habrían podido servir para escrutar los votos de ese Municipio, verificando el escrutinio practicado por el Jurado Electoral, llegaron al Consejo Electoral dos horas y media antes de que se levantara la sesión respectiva, negándose

la siguiente proposición presentada por el Consejero doctor Orjuela: (Aquí ella).. Aun admitiendo la razón alegada por la mayoría de la corporación escrutadora, de que ya el escrutinio había sido practicado, es forzoso anular la proposición número 13, por la cual el Consejo se abstuvo de computar los votos correspondientes al Municipio de Ortega, basándose en que no existían los registros o listas de sufragantes que debían servir de base para formar el escrutinio, puesto que ya se vio que en tiempo hábil llegó a poder del Consejo el registro electoral del Municipio, que era el que la corporación escrutadora debía tener en cuenta y que no podía anular, ni dejar de computar, no mediando respecto de él ninguna de las causales taxativamente enumeradas por el artículo 14 de la Ley 96 de 1920...."

Fuera de los defectos apuntados, que como se ha visto vician de nulidad los actos estudiados y analizados, por violación de los artículos 171 del Código de Elecciones y 2º de la Ley 31 de 1939, en contra de ellos obran dos causales más de nulidad: es la primera, la de ser violadores, también, del artículo 14 de la Ley 7ª de 1932, que prohibe en forma absoluta y categórica a las corporaciones electorales entrar en apreciaciones de derecho, reservadas exclusivamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, pues innegable es, y así lo demuestra el estudio que antecede, que la cuestión resuelta por medio de las proposiciones acusadas tiene este carácter; y es la segunda, la de haberse desechado y anulado los registros de los Jurados Electorales ya nombrados, sin que contra ellos, ni contra los elementos que sirvieron para formarlos se hubiera hecho valer, en forma alguna, una siquiera de las causales de nulidad enumeradas en el citado artículo 14, que reforma el 14 de la Ley 96 de 1920.

Municipio de Simacota.

No puede decirse lo mismo, ni llegarse a igual conclusión, con respecto a los votos emitidos para Representantes en Simacota, y a la determinación adoptada por el Consejo Electoral con respecto a los pliegos o registros electorales de este Municipio, aun cuando entre los motivos fundamentales de esa determinación se encuentra el ya estudiado, analizado y desechado, por la sencilla razón de que en este caso obra una circunstancia especial, que por sí sola pone de manifiesto la falsedad y apocrifidad de los elementos que sirvieron para formar el registro anulado, cual es la de aparecer las boletas, en su mayor parte, sin dobladuras, sin muestra alguna de haber sido encubiertadas y usadas por los electores en la votación, según se afirma en la proposición respectiva, sin que contra esta afirmación, que, por provenir de funcionarios públicos está amparada por una presunción de veracidad que echa sobre el actor la carga de infirmarla, se haya siquiera alegado algo en el curso del presente juicio.

Por esto y por entrar dentro de las facultades de los Consejos Electorales el declarar nulidades relativas a pliegos o registros que aparezcan evidente y ostensiblemente viciados de falsedad, en sí o en los elementos que sirvieron para formarlos, esta corporación habrá de respetar, en este caso, la resolución adoptada por el Consejo Electoral.

Demanda del doctor Montaña Cuéllar.

Persigue este demandante, como antes se hizo notar, que, previa anulación del escrutinio hecho por el Consejo Electoral de Santander, varias veces mencionado, se practique uno nuevo computando los votos del

Municipio de Barrancabermeja, anulados, excepción hecha de los del Jurado número 9, por causa idéntica a la que sirvió para anular y no computar los votos de Puente Nacional, Molagavita, Oiba, San Miguel y Carcasí, según lo comprueba la respectiva acta, en la cual consta:

> "....Al abrir y estudiar los del Municipio de Barrancabermeja, el Consejero Lamus Cáceres dijo que infortunadamente no se encontraron los registros de votación ni las boletas, omisión que causaba nulidad según la norma sentada anteriormente, lo cual era lamentable porque en realidad todos los miembros del Consejo estaban convencidos de que en materia de pureza los sufragios consignados allí significaban un indudable valor democrático, fuera de que el proceso electoral también se hallaba refrendado por los Delegados nacionales y departamentales que lo presenciaron; anotó que el único registro existente era el del Jurado número 9, y, por lo tanto, el Consejero García García presentó la siguiente proposición, que fue aprobada por unanimidad: 'Declárase nulo el escrutinio verificado por el Jurado Electoral de Barrancabermeja, en cuanto a los cómputos de los Jurados de Votación que allí funcionaron, excepción hecha del Jurado número 9. Esta nulidad tiene su fundamento en que solamente con relación al Jurado número 9 se acompañaron el acta de escrutinio y el registro de las votaciones. Consecuencialmente, decláranse nulos los escrutinios hechos por los Jurados de Votación y no computables los votos, excepción hecha del Jurado número 9'....."

Siendo, como queda demostrado con la transcripción hecha, el caso de Barrancabermeja idéntico en esencia al de Puente Nacional, Molagavita, Oiba y demás Municipios estudiados en el mismo capítulo, a aquel caso le son aplicables todas las razones de orden jurídico expuestas por esta corporación, para concluir que lo hecho por el Consejo Electoral, en relación con tales Municipios, adolece de nulidad y es insostenible legalmente.

Por tales razones, que es inútil repetir, las pretensiones del demandante doctor Montaña Cuéllar, deben ser despachadas favorablemente.

Demanda del doctor Arturo Argüello.

Va encaminada esta demanda a que se computen los votos de Enciso y Tona y del Corregimiento de Landázuri, del Municipio de Vélez, respecto de los cuales el Consejo Electoral proveyó:

> *Enciso.*—"El Consejo Electoral del Departamento, considerando: 1º Que de acuerdo con los informes de los Inspectores Nacionales de Cedulación los registros del Municipio de Enciso son apócrifos por no haberse observado lo prescrito en el artículo 130 del Código de Elecciones; 2º Que las boletas no ostentan doblez alguno, mediante el cual pudiera pensarse que fueron usadas para la votación; 3º Que una de las actas de un Jurado de Votación aparece sin la firma del Secretario, lo que implicaría la nulidad de ese registro; 4º Que el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932 faculta a esta entidad para declarar nulidades referentes a registros que aparezcan como apócrifos, resuelve: Declarar nulo el escrutinio practicado por el Jurado Electoral de Enciso y prescindir de computar los votos allí registrados...."

Tona.—"El Consejo Electoral del Departamento, considerando: 1º Que no existen las boletas ni los registros electorales del Municipio de Tona; 2º Que debido a la falta de los documentos citados el Consejo carece de los elementos considerados por la ley como indispensables para el acto del escrutinio, resuelve: Declarar nulos por falta de elementos legales indispensables, los escrutinios verificados por el Jurado Electoral de Tona, y prescindir de computar los votos allí registrados...."

Corregimiento de Landázuri.—"Se procedió a la apertura de los pliegos del Municipio de Vélez, y una vez examinados, el Consejero García García observó que en el acta de escrutinios del Jurado número 1, del Corregimiento de Landázuri, faltaba la firma del Secretario; solicitó al respecto la opinión del Delegado Presidencial, quien dijo que de acuerdo con el artículo 59 del Decreto 373 de 1925, la falta de dicha firma hacía nula el acta. Pudo observarse también la existencia de otras irregularidades en lo referente a la citada mesa número 1; así como en cuanto a la mesa número 2 del citado Corregimiento, por lo cual el Consejo terminó aprobando la siguiente proposición, presentada por el Consejero Lamus Cáceres: 'Por cuanto los documentos correspondientes a los Jurados de Votación números 1 y 2 del Corregimiento de Landázuri, jurisdicción municipal de Vélez, acusan graves y notorias irregularidades, de las cuales hay constancia en el acta de escrutinio procedente del Jurado de dicho Municipio; pues el acta de escrutinio de la citada mesa número 1 no aparece autenticada por el Secretario, fuera de que allí no se computan 16 votos que se emitieron por la lista del doctor Juan José Turbay, y la mesa número 2 registra 13 sufragantes, en tanto que se computaron 40 votos. El Consejo Electoral de Santander declara la nulidad de las referidas actas y se abstiene de computar en el escrutinio general los votos en ellas registrados irregularmente'...."

La simple lectura de las proposiciones insertas basta para establecer que entre las causas tenidas en cuenta por el Consejo Electoral para adoptar, en el caso de Enciso, la determinación que adoptó, obra la misma que esa entidad tuvo en cuenta para anular los registros de Simacota, y para no computar en el escrutinio general que hizo los votos de tal Municipio, causa que esta corporación aceptó como legal al hacer el estudio respectivo. Circunstancia suficiente para que ahora, sin detenerse a estudiar las otras causales alegadas para fundamentar la proposición que se revisa, por las razones entonces expuestas, se acepte lo hecho por el Consejo Electoral a este respecto.

Y como el caso de Tona es el mismo de Puente Nacional, Barrancabermeja, etc., con relación a tal Municipio debe llegarse a la misma conclusión a que con respecto a éstos se llegó anteriormente.

También son computables, en concepto de esta corporación, los registros correspondientes a las mesas de votación números 1 y 2 del Corregimiento de Landázuri, por no estar erigidas en causales de nulidad por el legislador mismo, como debieran estarlo para poder ser declaradas las irregularidades que el Consejo Escrutador anota en su resolución.

El Decreto 373 de 1925, que el Consejo Escrutador cita en apoyo de su tesis, ninguna relación tiene con la materia controvertida, y aun

cuando la tuviera no podría ser tenido en cuenta para anular con base en él un escrutinio, por no haber disposición legal alguna que faculte al Ejecutivo para establecer esa clase de sanciones.

Demanda del doctor Vesga Duarte.

En sentido distinto al de los anteriores demandantes actúa en el presente juicio el doctor Carlos Vesga Duarte, pues, al paso que aquéllos van tras de obtener que se tengan en cuenta registros no computados, éste persigue que del cómputo hecho por el Consejo Electoral se excluyan los votos de Albania, Barbosa, Barichara, Chima, Guavatá, Macaravita, Mogotes, Pinchote, San Benito y Suáita, alegando que los registros y actas de escrutinio de estos Municipios adolecen de los vicios y defectos que el artículo 196 de la Ley 167 de 1941 señala en sus ordinales 1, 2 y 5 como causales de nulidad, al decir:

> "Los registros de toda corporación electoral serán nulos por las siguientes causas:
>
> "1ª Cuando aparezca que han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmados por los miembros de la corporación que los expide;
>
> "2ª Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación;
>
> "5ª Cuando, tratándose de registros de un Jurado Electoral, aparece que el número de votos excede al de ciudadanos hábiles para sufragar en el Municipio, de acuerdo con las cifras que arroje el libro de cédulas inscritas o revalidadas."

Irregularidades que el demandante quiso comprobar, sin lograrlo, trayendo a los autos los pliegos, registros y papeletas que el Consejo Electoral tuvo a la vista para hacer el escrutinio, y que aceptó por haberlos encontrado en legal y debida forma, pero que al actor sirven para aseverar:

1º Que las boletas correspondientes a los votos que se dicen emitidos en los Municipios de Barbosa, Barichara, Chima, Pinchote, San Benito y Suaita, no tienen huella o rastro alguno de haber sido dobladas y usadas por los electores;

2º Que varias de las listas pasadas por el Jurado Electoral a los de Votación para servicio de éstos y de los electores, tales como las utilizadas por algunos de los Jurados de Albania, Macaravita, San Benito y Suaita, carecen de las firmas de los Jurados Electorales que las remitieron;

3º Que varias de las actas de instalación de Jurados aparecen escritas: unas, por la misma mano, y otras, con la misma máquina, como sucede con las de los Jurados 1, 2 y 3 de Barbosa; 1, 2, 3, 7 y 10 de Barichara; 2 y 3 de Guavatá; 1, 2, 3, 5, 6, 7 y 10 de Mogotes; 1, 2, 3, 5, 6, 8, 9 y 10 de Suaita;

4º Que de estas mismas irregularidades adolecen varios de los registros de los Jurados de Chima, Guavatá, Mogotes, Pinchote y San Benito;

5º Que varios de los registros electorales de Barichara, Macaravita y San Benito, carecen de la certificación de que hablan los artículos 120 y 121 del Código de Elecciones; y que en varias de las listas de sufra-

gantes que deben ser fijadas en lugar público, no se observa huella alguna de este hecho, y

6º Por último: que en Pinchote el número de votos excede al de ciudadanos hábiles para sufragar.

El Consejo ha examinado cuidadosamente las papeletas y registros referidos, y por ello puede afirmar: que el hecho primero no es rigurosamente exacto, pues todas las boletas para la elección de Representantes que tuvo oportunidad de examinar, ostentan huellas inequívocas de haber sido dobladas y usadas; que la similitud de las letras e igualdad de máquinas que el demandante alega, no es ostensible para que pueda ser aceptada como cierta, sin examen de peritos versados en la materia, que den cuenta de ella, prueba necesaria, que el actor no trajo a los autos como estaba en la obligación legal de hacerlo, ya que sus deducciones y observaciones, por sí solas, al respecto, nada valen; y que varios de los registros, en que anota tal igualdad, de los escritos en máquina, lo fueron unos con tinta negra y roja combinada, otros con negra retinta; otros con tinta de color violeta; otros azul, como puede observarse fácilmente en los correspondientes a los Jurados de Suaita; que la falta de huellas en algunas de las listas, no en todas, que se advierte en el ordinal 5º anterior, así como también la falta de firmas de los Jurados Electorales en algunos registros y de los de Votación en otros, se explica fácilmente, teniendo en cuenta que a esta corporación no llegaron todos los documentos y papeles de los Jurados de Votación, que de unos vinieron las listas de sufragantes destinadas al servicio de los electores, que sí ostentan huellas de haber sido fijadas en lugar público; de otros, los registros de sufragantes, que no tienen por qué ostentar tal huella, y de otros, un registro especial de control, formado por el Jurado de Votación mismo, hecho que explica, también, en aquéllas la igualdad de letras que el actor critica, y en éstos la falta de firmas del Jurado Electoral, que el demandante echa de menos.

El exceso que el ordinal 5º del referido artículo 196 apunta como causal de nulidad, dice relación a las cifras que arroje el libro de cédulas inscritas o revalidadas el día de la votación, y se prueba, consiguientemente, con el certificado del respectivo Jurado Electoral, expedido con relación al día de las elecciones o al día en que se cierren la inscripción o la expedición de cédulas, no con certificados de autoridades distintas a las que tales libros lleven, expedidas con respecto a fechas distintas de las indicadas ya.

Por esto, con razón, el Consejo Electoral no tuvo en cuenta este cargo, al ser formulado ante él, cargo que, por otra parte, aparece en autos debidamente desvirtuado.

Por lo dicho, y, además, por no estar las irregularidades últimamente anotadas erigidas por ley en causales de nulidad, como no lo está tampoco la falta de la certificación de que hablan los artículos 120 y 121, que sí se observa en algunos pliegos, la demanda del doctor Vesga Duarte no puede prosperar.

De acuerdo con lo dicho sería el caso de ordenar la rectificación de los escrutinios acusados para computar los votos correspondientes a Puente Nacional, Molagavita, Oiba, San Miguel, Carcasí, Barrancabermeja, excepción de la mesa número 9, Tona, y al Corregimiento de Landázuri, mesas de votación 1 y 2, si el artículo 184 de la Ley 85 de 1916 no previniera que tal rectificación, por inútil, no se lleve a cabo cuando el resultado electoral no varíe, como no varía en el caso de autos, según lo demuestra el siguiente análisis:

	Turbay.	Ortiz C.	Ruiz C.	Regueros.	Gómez.	Totales.
Votos computados por el Consejo Electoral	39.211	7.782	3.409	2.332	1.880	54.614
Votos computables:						
Landázuri	32	7	59	.....	.....	98
Tona	964	.....	673	.....	.....	1.637
Barrancabermeja . .	6	401	.....	976	397	1.780
San Miguel.	557	.....	.....	.....	.....	557
Oiba	1.414	3	.....	2	.....	1.419
Molagavita	648	.....	.....	.....	.....	648
Puente Nacional	2.659	.....	.....	.....	.....	2.659
Carcasí	1.719	.....	.....	.....	.....	1.719
Sumas	47.210	8.193	4.141	3.310	2.277	65.131

Dividido el total de votos válidos, o sea 65.131 por nueve (9), número de Representantes por elegir, da un cuociente de 7.236, cuya mitad es 3.618. Como de las listas escrutadas no alcanzan a este medio cuociente las de los señores Regueros Peralta y Gómez Amorocho, se excluyen estos votos, que suman 5.567, y queda un total definitivo de 59.544 votos válidos, que, dividido por nueve (9), da un cuociente de 6616. Divididos los votos obtenidos por cada una de las listas, por este último cuociente, se obtiene este resultado: A la encabezada por el doctor Juan José Turbay le corresponden por cuociente siete (7) renglones, con un residuo de 898, y a la de Ortiz González, uno (1), con un residuo de 1.577; residuos inferiores al del doctor Ruiz Camacho, que es de 4.141. Y como según estas operaciones, quedan adjudicados por cuociente ocho puestos, el noveno corresponde a la lista últimamente mencionada, por mayor residuo. Resultado exacto al que obtuvo el Consejo Electoral por medio del escrutinio acusado.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el parecer fiscal y de acuerdo en parte con él,

Falla:

1º Es nula la determinación adoptada por el Consejo Electoral del Departamento de Santander, en relación con los escrutinios y votos emitidos en los Municipios de Puente Nacional, Molagavita, Oiba, San Miguel, Carcasí, Barrancabermeja, excepción hecha de la mesa número 9, Tona, y Corregimiento de Landázuri, del Municipio de Vélez, para Representantes al actual Congreso.

2º No es nula la determinación adoptada por el mismo Consejo Electoral, en relación con los escrutinios y votos emitidos en los Municipios de Simacota y Enciso.

3º Niéganse las peticiones formuladas por el doctor Carlos Vesga Duarte en la demanda a que dice relación la parte motiva de este fallo.

4º Por lo dispuesto en el artículo 184, inciso 2º, de la Ley 85 de 1916, o sea por no variar, computando los votos de aquellos Municipios, el resultado obtenido por el Consejo Electoral de Santander, no es el caso de ordenar la rectificación del escrutinio respectivo.

Notifíquese, cópiese y archívese el expediente.

Ricardo Uribe Escobar, Carlos Rivadeneira G., Jorge Lamus Girón, Gonzalo Gaitán, Tulio Enrique Tascón, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

Suspensiones provisionales

(Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G.)

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre veintiséis de mil novecientos cuarenta y cinco.

En apelación del auto que niega la suspensión provisional de las disposiciones acusadas, vino, del Tribunal Administrativo de Medellín, a esta Superioridad, el juicio iniciado por el doctor Gonzalo Jiménez, apoderado de los señores Raúl Botero Restrepo y Fidel Duque Isaza, para obtener la nulidad del Acuerdo número 86 de 1944, del Consejo de Medellín, concebido así:

"Artículo 1º Todo aparato musical de los denominados 'traganíqueles', pianos eléctricos de discos, tocadiscos, etc., de mecanismo automtáico que se explote en el Municipio de Medellín, siempre y cuando para su funcionamiento se requiera la introducción de moneda, pagará un impuesto mensual, por mes o fracción de mes, equivalente a una de las siguientes cantidades: $ 10.00, $ 20.00 o $ 40.00.

"Parágrafo. Es entendido que aquellos aparatos en que se sustituya la moneda por otro disco cualquiera o por tiquetes o boletas, siempre quedan cobijados por las prescripciones de este Acuerdo, siempre que los tales sustitutos de la moneda sean vendidos, previa o posteriormente.

"Artículo 2º La Junta Municipal de Impuestos clasificará y fijará para cada caso particular el impuesto, con sujeción a lo previsto, en referencia a cuantía, en el artículo anterior.

"Para la fijación del impuesto la Junta tomará en cuenta los producidos de cada aparato, la situación del establecimiento donde funcione, el movimiento de éste, y, en general, todos los elementos de juicio indispensables y a su alcance, para la aplicación de este Acuerdo.

"Artículo 3º Este Acuerdo regirá seis meses después de su promulgación."

Para fallar se considera:

Con el objeto de demostrar los hechos en que la demanda se apoya y de obtener la suspensión provisional de las disposiciones acusadas, el actor acompañó a su demanda las siguientes pruebas:

a) El dictamen pericial practicado dentro del juicio de nulidad del Acuerdo número 9 de 1941, en que aparecen apreciados en forma detallada y sucinta los producidos bruto y líquido de los mismos aparatos musicales a que se refiere el Acuerdo 86, acusado por los mismos motivos por que lo fue el Acuerdo número 9, o sea por copar el producido lí-

quido de ellos, sin dejar margen alguno de utilidad a los propietarios de tales aparatos.

A este dictamen, de singular importancia por haber sido practicado con intervención del Municipio interesado y del Agente del Ministerio Público en juicio controvertido en que se ventilaba igual causa, pertenecen los siguientes apartes, que sirvieron al Consejo para sustentar la tesis entonces sostenida:

> "El producido bruto mensual de cada aparato es el de $ 57.89, o sea para los cincuenta, la suma de $ 2.894.50. Los gastos mensuales de sostenimiento, depreciación, administración e intereses de la inversión, por cada aparato, ascienden a $ 40.97, o sea un total para los cincuenta, de $ 2.048.28. De acuerdo con las cifras anteriores, conceptuamos que es excesivo el impuesto de $ 50.00 mensuales por aparato, y que en estas condiciones dejaría de ser negocio....."

b) Los testimonios de Víctor Grégory, Ernesto González, Jaime Acosta, Gabriel Escobar, Mauricio Ramellé, Bernardo Ospina y Camilo Botero, testigos expertos en el ramo y conocedores del negocio, quienes, de común acuerdo, afirman que el producido de los aludidos aparatos musicales ha disminuido últimamente debido a la abundancia de ellos, por lo cual estiman que la situación contemplada por los peritos en el juicio de nulidad del Acuerdo a que dice relación el anterior aparte, subsiste, agravada en forma que les permite asegurar que el nuevo impuesto tiene carácter confiscatorio y prohibitivo.

c) La inspección ocular practicada por el Juez 4º Civil del Circuito a petición del expresado doctor Jiménez, con citación del Personero Municipal, sobre los libros de comercio de los señores Raúl Botero y Fidel Duque, que a los peritos que en ella intervinieron sirve de base para afirmar:

> "Señor Juez Cuarto Civil del Circuito—E. S. D.
>
> "Habiendo dado cumplimiento a la comisión que se nos confió, en relación con la inspección ocular solicitada por el doctor Gonzalo Jiménez M., en algunos de los libros de contabilidad de los señores Raúl Botero y Fidel Duque, procedemos a rendir el informe de acuerdo con el cuestionario que nos fue presentado, así:
>
> *Don Fidel Duque.*—Primero. Producido mensual de diez y ocho aparatos, de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco inclusive:

"Diciembre ..... $	501.30
"Enero	607.30
"Febrero	647.40
"Marzo	659.25
"Abril	700.15
"Mayo	687.30
"Producido bruto de los diez y ocho aparatos en los seis meses especificados anteriormente ..... $	3.802.70
"Promedio de todos los aparatos en un mes	633.78
"Promedio por aparato en un mes	35.21

"Segundo. Gastos por aparato, así:

"Tres discos, a $ 1.50 cada uno	$	4.50
"Una aguja *Permo Point*		2.50
"Valor energía mensual		2.00
"Arrendamiento local		4.00
"Rep., acarreos y reparaciones		2.00
"Administración		2.00
"Depreciación		9.25
	$	26.25
"Saldo líquido por cada aparato	$	8.96

"Tercero. Atendiendo a la situación actual, a las dificultades de la importación de los aparatos y de sus repuestos, hemos calculado el valor de costo de cada uno de dichos aparatos en la cantidad de $ 1.000.00.

"Cuarto. Los libros que se nos presentaron están de acuerdo con la contabilidad mercantil, y llenan los requisitos legales.

"Quinto. Conceptuamos que de acuerdo con el producido neto que encontramos, y cuyas operaciones dejamos transcritas anteriormente, y que respecto de las cuentas de que aquí se trata, asciende a la suma de $ 8.96, los aparatos tocadiscos o traganíqueles no soportan el impuesto que les señala el Acuerdo número 86 de 8 de diciembre de 1944 del honorable Concejo de Medellín, pues el mínimum de tal impuesto, que es de $ 10.00 por aparato, absorbe la totalidad de las ganancias.

"Sexto. Conceptuamos igualmente que el Acuerdo número 86 de 8 de diciembre de 1944 reproduce en sus puntos esenciales el marcado con el número 9, de mayo de 1941, pues es igualmente prohibitivo, y su variación sólo consiste en el monto de dicho impuesto, un poco menor, mas igualmente acaparador de las ganancias de dicho negocio. A fin de aportar mayor claridad damos las siguientes explicaciones: Las respuestas no se hallan en el orden propuesto por el doctor Jiménez, para dar mayor nitidez a las operaciones que en la contabilidad se suceden para llegar más pronto al punto básico de lo que se quiere o se busca. Los gastos los hemos apreciado con base en unas facturas, recibos, que nos fueron suministrados, no sin advertir que algunos de ellos fueron variados por nosotros por estimarlos altos. La depreciación la hemos calculado con base en una duración máxima para cada aparato de nueve años, teniendo, consecuencialmente, una capitalización de $ 9.25 mensual. Hemos procurado ser lo más sintéticos posible en nuestro peritazgo, pero sin dejar ningún punto por responder del interrogatorio propuesto.

"Del señor Juez atentamente,

"Medellín, 5 de junio de 1945.

"El perito, *Raúl Gómez G.*, cédula 779755, de Medellín—El perito, *César Valencia*, cédula 2433862, Medellín."

"Señor Juez Cuarto Civil del Circuito—E. S. D.

"Habiendo dado cumplimiento a la comisión que se nos confió, en relación con la inspección ocular solicitada por el doctor Gonzalo Jiménez M. en algunos libros de contabilidad de propiedad de los señores Raúl Botero Restrepo y Fidel Duque, procedemos a rendir el informe de acuerdo con el cuestionario que nos fue propuesto, así:

"Raúl Botero Restrepo:

"Primero. Producido mensual de un promedio de 32 aparatos durante el lapso comprendido de enero de 1944 a abril de 1945, inclusive, así:

"Año de 1944.

"Enero	$ 1.827.85
"Febrero	1.804.70
"Marzo	1.919.75
"Abril	1.762.95
"Mayo	1.633.70
"Junio	1.711.45
"Julio	1.589.95
"Agosto	1.373.90
"Septiembre	1.380.95
"Octubre	1.193.40
"Noviembre	1.208.20
"Diciembre	1.536.20

"Año de 1945.

"Enero	1.271.60
"Febrero	937.70
"Marzo	953.30
"Abril	974.85

"Producido bruto de 32 aparatos mensuales, en promedio y en 16 meses ..... $ 23.080.35

"Segundo. Promedio bruto de todos los aparatos en un mes, de acuerdo con los datos anteriores ..... $ 1.442.07
"Promedio de cada aparato en un mes 45.07

"Tercero. Gastos por aparato, así:

"Tres discos, a $ 1.50 cada uno	$ 4.50
"Una aguja *Permo Point*	2.50
"Valor energía mensual	2.00
"Arrendamiento local	4.00
"Rep., acarreos, reparaciones	2.00
"Administración	2.00
"Depreciación	9.25
	$ 26.25

"Cuarto. Producido líquido por aparato ..... $ 18.82

"Quinto. Atendiendo a la situación actual, a las dificultades de la importación de los aparatos y de sus respectivos repuestos, estimamos el precio de costo de cada uno de ellos en la suma de $ 1.000.00.

"Sexto. Conceptuamos que de acuerdo con el producido neto que encontramos, y cuyas operaciones dejamos transcritas anteriormente, y que respecto de las cuentas que aquí se tratan, asciende a la suma de $ 18.82, los aparatos tocadiscos o traganíqueles no soportan el impuesto que les señala el Acuerdo número 86 de 8 de diciembre de 1944, del honorable Concejo Municipal de Medellín, pues el único impuesto aplicable en este caso sería el de $ 10.00 por aparato que dejara un margen de utilidad mínimo, que haría el negocio insostenible. Conceptuamos igualmente que el Acuerdo número 86 de 8 de diciembre de 1944 reproduce en sus puntos esenciales el marcado con el número 9, de mayo de 1941, pues es igualmente prohibitivo; su variación sólo consiste en el monto de dicho impuesto, un poco menor, mas, sin embargo, igualmente acaparador de las ganancias del mencionado negocio. A fin de aportar mayor claridad damos las siguientes explicaciones: Las respuestas no se encuentran en el orden propuesto por el doctor Jiménez, para dar mayor nitidez a las operaciones que en contabilidad se suceden para llegar más pronto al punto básico de lo que se quiere o se busca. Los gastos los hemos apreciado con base en unas facturas, recibos, que nos fueron suministrados, no sin advertir que algunos de ellos fueron variados por nosotros por estimarlos altos. La depreciación la hemos calculado con base en una duración máxima de 9 años por cada aparato, teniendo, consecuencialmente, una capitalización de $ 9.25 mensuales. En cuanto al promedio de 32 aparatos por mes podemos aclararlo en el sentido de que hubo meses de un máximo de 43 aparatos, como enero de 1944, con un producido mensual de $ 1.827.85, y meses como abril de 1945, con un total de 15 aparatos y una producción de $ 974.85. Creemos de esta manera cumplida nuestra difícil misión.

"Del señor Juez atentamente,

"Medellín, 5 de abril de 1945.

El perito, *Raúl Gómez G.*, cédula 779755, Medellín—El perito, *César Valencia*, cédula 2433862, Medellín."

d) El informe de la comisión encargada de estudiar para segundo debate el proyecto de acuerdo acusado hoy, al cual pertenecen estos apartes, que confirman en un todo lo aseverado por los testigos citados ya, en cuanto al carácter prohibitivo que tiene el nuevo impuesto:

"Pero deberá crearlo con un criterio de seguridad para la entidad como para los asociados. Además, ha tenido a la vista la comisión extractos de cuentas presentados por algunos interesados, como elementos de estudio, que si bien es cierto apenas tienen valor por la fe que en ellos se haga, están confrontados con otros, ya originales, que la misma comisión pudo observar en los libros aducidos por el señor Raúl Botero Restrepo, uno de los propietarios de muchos tocadiscos. Tanto el señor Botero como el doctor Gonzalo Jiménez, abogado de algunos dueños y arrendatarios de esos aparatos, quisieron que la comisión los oyera y observara las cuentas a que se ha hecho mención. En verdad, informan estos reclamantes que la forma en que está concebida la escala del impuesto vendrá a tener, al ser aplicado, los mismos o parecidos efectos del que habrá producido (sic) el Acuerdo de 1941, anulado por los Tribunales. Porque el producido fluctúa entre $ 15.00 y $ 60.00, en un

JAIME TOBON VILLEGAS
DONACION

número considerable de establecimientos, y así aparece en las cuentas a que la comisión se refiere en párrafo anterior, y siendo eso así, continúan los interesados, el impuesto de $ 10.00, $ 20.00 y $ 40.00, vendrá a copar en todo caso más de un 60% del producido, cuando menos, ocurriendo de hecho en muchos casos y habrá posibilidad en otros, que ese gravamen cubra el 80%, 90% y hasta el 100%, con lo cual en nada se ha cambiado la situación anterior, que los Tribunales no permitieron establecer, cual era la de fijar impuestos con sentido prohibitivo o de moralización. La comisión apenas ha tenido, por este aspecto, los elementos de juicio que se dejan mencionados, y no ha encontrado otros a la mano que le sirvan para formar criterio. Eso sí, existen reclamaciones del Sindicato de Músicos de la ciudad, que hablan de la necesidad que hay de restringir el funcionamiento de los tocadiscos, a fin de que para ellos resulte posible el ejercicio de su profesión, que en las actuales condiciones está muy restringido. Estas últimas razones, a las que debe darse crédito por venir de una institución respetable, justas y valederas en otro campo, no son, sin embargo, de recibo para el caso, por cuanto legislación impositiva, ya lo tiene establecido la jurisprudencia, no puede mirar a objetivos distintos del arbitrio rentístico. Respecto a la tarifa del artículo 1º, la comisión se permite modificarla en forma que consulte hasta donde sea posible los intereses de los dueños y arrendatarios, en tal forma que si se consideran los datos de los interesados, venga por el impuesto a recaudarse un 20% o un 25% de su producido. No dejamos de ver que esta conclusión está basada en apreciaciones distintas de las que la honorable Junta de Impuestos, en su exposición de motivos, como proponente del proyecto, pero que si realmente no carecen de alguna vaguedad, por lo menos se pretendió tener en cuenta el estudio más realista del problema. Por ello diríamos que de aprobarse esa conclusión sería en forma de ensayo para que después de algún tiempo de práctica y de alguna experiencia, de que se carece en el presente, pueda hacerse una modificación en la tarifa. De conformidad con lo anterior, nos permitimos proponer:

«Dése segundo debate al proyecto de acuerdo 'por el cual se crea un impuesto', con las siguientes modificaciones: El artículo 1º quedará así: 'Todo aparato musical de los denominados traganíqueles, pianos eléctricos de discos, tocadiscos y otros similares, de mecanismo automático, que se exploten en el Municipio, siempre y cuando para su funcionamiento se requiera la introducción de moneda, tendrá un gravamen por mes y proporcionalmente por fracción de mes, que se pagará mensualmente, equivalente a una de las siguientes cantidades: $ 4.00, $ 8.00 y $ 12.00.' El parágrafo de este artículo y los demás artículos quedarán como el proyecto original».

"Vuestra comisión,

"Honorables Concejales,

"*Gustavo Patiño Gutiérrez,* Personero Municipal—*Ignacio Betancourt,* Interventor de Hacienda Municipal."

e) El informe que rindió la comisión encargada de estudiar la reclamación que varios interesados formularon al conocer el referido proyecto de acuerdo, informe que descubre los fines ocultos perseguidos por el Concejo al expedir el Acuerdo demandado:

"Honorables Concejales.

"Atentamente pasamos a rendir el respectivo informe, en relación con la solicitud formulada por un grupo de cantineros de la ciudad, sobre reconsideración del impuesto fijado a los aparatos 'tocadiscos', de funcionamiento automático mediante el uso de monedas. Después de un detenido estudio sobre el particular, consultando las necesidades del Distrito y su capacidad legal para arbitrar rentas suficientes para el servicio público, lo mismo que los intereses particulares de los cantineros, encontramos que en realidad de verdad, en la forma aprobada por el Distrito, resulta enteramente ruinoso y prohibitivo para estos propietarios, quienes se verán así obligados a suspender el funcionamiento de los aparatos, con perjuicio a la vez para el Municipio, porque quedará privado de una buena fuente de recursos. El Concejo, buscando fines puramente prohibitivos, por medio del Acuerdo 9 de 1941, fijó una tarifa uniforme de $ 50.00 por aparato, que copaba en mucho la totalidad del producido bruto de cada uno de ellos, por cuyo motivo el honorable Consejo de Estado, a solicitud de parte, decretó la nulidad, haciendo una grave advertencia al Cabildo, de que en la fijación de impuestos debía buscar únicamente recursos para las necesidades públicas, en forma justa, equitativa y moderada, repartiendo la carga entre todos los ciudadanos, sin diferencia de ninguna clase, y sin hacer más gravosa una industria que otra, y que por ningún motivo podía valerse de este medio para prohibir ni confiscar ninguna industria o negocio, ni aun so pretexto de fines moralizadores, porque entonces habría una desviación del Poder Público. A fines del año pasado, por insinuación de la Junta de Impuestos, el Concejo aprobó una tarifa de $ 10.00, $ 20.00 y $ 40.00 por aparato, de acuerdo con el producido y su situación, sin tener en cuenta las buenas informaciones de la comisión que estudió el proyecto para segundo debate, formada por los señores Personero e Interventor Municipales, quienes propusieron una reforma rebajando considerablemente el impuesto, porque en la forma propuesta quedaba notoriamente gravoso. El Concejo, al adoptar el nuevo impuesto, reprodujo en el fondo el anterior gravamen prohibitivo, porque las tarifas fijadas cubren más del ochenta por ciento del producido bruto, y en muchos casos la totalidad, sin dejar utilidad alguna por el trabajo y la explotación de una industria lícita. Este concepto lo deducimos al comparar tanto las entradas mensuales de los aparatos, como las inspecciones oculares y dictámenos periciales practicados en el juicio, donde el Consejo de Estado decretó la nulidad, llegando a la conclusión de que el producido oscila entre $ 15.00 y $ 60.00 mensuales, por lo cual el impuesto es enteramente gravoso...."

En estas condiciones y en presencia de estas pruebas, al caso son aplicables en un todo las razones que esta corporación tuvo en cuenta para suspender provisionalmente el Acuerdo número 9 de 1941, que son éstas:

"Consejo de Estado—Consejero ponente, doctor Rivadeneira G. Bogotá, diciembre doce de mil novecientos cuarenta y dos.

"Por recurso de apelación oportunamente interpuesto y concedido, debe esta corporación revisar la sentencia de 29 de julio último, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Medellín se abstiene de decretar la nulidad del artículo 2º

del Acuerdo número 9 de 1941, demandado por el doctor Agustín Montes Herrera, en su propio nombre y en el del señor Raúl Botero Restrepo, de, quien es apoderado, sentencia cuya parte resolutiva es de este tenor:

'1º No se accede a decretar la nulidad solicitada en la demanda; y 2º Levántase la suspensión provisional decretada....'

"Agotada la sustanciación propia del grado, procede fallar, y con tal fin se considera: En ocasión anterior, o sea al decidir el recurso propuesto contra el auto que negó la suspensión provisional del artículo acusado, esta misma Superioridad dijo, con carácter provisional, en apoyo a las conclusiones a que entonces llegó, lo que en seguida se reproduce, con carácter definitivo, como fundamento del presente fallo, advirtiendo previamente que para decretar la aludida suspensión el Consejo partió de la base, no de que el Municipio de Medellín careciera de la facultad que el de Bogotá tiene para imponer tributos y contribuciones, como parece haberlo entendido equivocadamente el juzgador de primera instancia, sino de que esa facultad, que tiene la misma extensión de la concedida al Municipio de Bogotá por la Ley 72 de 1926, está reglada por la finalidad misma que se persigue con los impuestos y tributos, finalidad que no llena el impuesto de que se trata, desde luégo que copa la utilidad total del negocio a que se refiere, y que se impuso con el exclusivo objeto de terminar con éste, y no con el de allegar recursos para que el Municipio de Medellín pudiera satisfacer sus necesidades, por lo cual tal tributo es nulo. Tesis ésta sostenida por tratadistas de distintas nacionalidades, como Hauriou, Bonnard, Fernández de Velasco, etc., que la Ley 167 de 1941 acogió y consagró expresamente como causal de nulidad en su artículo 66, y que el mismo Tribunal de Medellín sustentó en fallos posteriores al que se estudia. Estos son los términos del auto a que antes se hizo referencia:

'En apelación del auto que niega la suspensión provisional pedida por el actor, vino a esta Superioridad el juicio iniciado ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Medellín, por el doctor Agustín Montes Herrera y como apoderado del señor Raúl Botero, contra el artículo 2º del Acuerdo número 9 de 1941, concebido así:

«Grávase con impuesto de cincuenta pesos ($ 50.00) todo aparato musical de los denominados traganíqueles, pianos eléctricos de discos, etc., de mecanismo automático, que se exploten en el Municipio de Medellín, siempre y cuando que para su funcionamiento se requiera la introducción de monedas. Parágrafo. Es entendido que aquellos aparatos en que se sustituya la moneda por otro disco cualquiera o por tiquetes o boletas, siempre quedan cobijados por las prescripciones de este artículo, desde que los tales discos o boletas sean vendidos previamente».

'Como de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 28 de 1922, apelaciones como la presente deben fallarse de plano, a resolver lo que se estime legal procede el Consejo, previas las siguientes consideraciones: Como disposiciones violadas por el auto acusado se señalan, entre otras que nada tienen que ver con la cuestión controvertida, los artículos 195 de la Constitución; 169, ordinal 2º, del Código de Régimen Político y Muni-

cipal; 6º; de la Ley 72 de 1926 y 2º de la Ley 89 de 1936, que señalan el objeto y fin de la autorización por ellos concedida, así:

«Artículo 195. Corresponde a los Concejos Municipales ordenar lo conveniente, por medio de acuerdos o reglamentos interiores, para la administración del Distrito; votar, de conformidad con la Constitución, las leyes y las ordenanzas expedidas por las Asambleas, las contribuciones y gastos locales.... Artículo 169. Son atribuciones de los Concejos: ....2ª Imponer contribuciones para el servicio municipal, dentro de los límites señalados por la ley y las ordenanzas, y reglamentar su recaudación e inversión.... Artículo 6º, Ley 72. El Concejo Municipal de Bogotá puede organizar libremente sus rentas, percepción y cobro...., y darles el destino que juzgue más conveniente para atender a los servicios municipales y sin necesidad de previa autorización de la Asamblea Departamental. Puede, además, sin esa autorización, establecer los impuestos y contribuciones que estime necesarios, dentro de la Constitución y las leyes. Artículo 2º, Ley 89. Extiéndese, asimismo, a los demás Municipios que sean capitales de Departamento o cuyo presupuesto anual no sea inferior a trescientos mil pesos, las disposiciones de la Ley 72 de 1926, con excepción de las disposiciones contenidas en los artículos 3º y 5º de dicha Ley».

'Como hechos fundamentales de la demanda se señalan, para deducir la violación alegada, entre otros que no es el caso de considerar ahora, los siguientes, que bien pueden sintetizarse de este modo: a) Copar el impuesto creado la totalidad de las utilidades que produce y puede producir cada uno de los pianos eléctricos gravados; y b) Perseguirse por medio de tal tributo la eliminación de una industria, de un comercio lícitos, y no la obtención de una nueva fuente de ingresos municipales. Hechos que aparecen plenamente demostrados, aun cuando en forma sumaria. Con las actas visibles, en copia, a los folios 5 y 6, correspondientes a las sesiones ordinarias de los días 22 y 23 de mayo de 1941, en que se discutió el Acuerdo acusado, y que en lo pertinente, textualmente dicen:

«Abierta la votación sobre el artículo 2º, el honorable Concejal Rico propone se eleve el gravamen de $ 20.00 a $ 50.00, para los aparatos de música a que se refiere dicho artículo. El honorable Concejal Uribe P. considera excesivo ese impuesto, en vista de que con el alza de ese gravamen para dichos aparatos, el Municipio se vería privado de esa fuente de entradas, pues ellos no podrían seguir funcionando. Y, al efecto, pide su concepto al señor Secretario de Hacienda. Tanto el honorable Concejal Rico como el señor Secretario de Hacienda explican la finalidad que con el alza de ese impuesto se persigue, que no es la de aumentar las entradas fiscales, sino una medida esencialmente moralizadora, por el gran incremento que hoy han alcanzado esos aparatos, entre cantineros y casas de juegos, para explotar inmisericordemente a las clases obreras. El impuesto es prohibitivo, realmente, dice, pero esto es lo que se busca, en defensa de la sociedad y de las clases débiles. En consideración el artículo modificado, se aprueba....»

«Acta correspondiente a la sesión del día 23 de mayo de 1941. ....Asimismo, se dio lectura y fue puesto en consideración pa-

ra tercer debate el proyecto de acuerdo 'por el cual se adiciona el número 236 de 1933'. El honorable Concejal Bernal solicita se dé lectura al memorial presentado por el señor Raúl Botero Restrepo, sobre el particular, y propone: 'Vuélvase a segundo debate y reconsidérese el acuerdo en su artículo 2º' Su autor sustenta la proposición por medio de una breve exposición. Hace hincapié en razones de orden económico y social, pues no encuentra razones para imponer a estos aparatos un gravamen prohibitivo a su establecimiento, y termina solicitando que el proyecto vuelva a segundo debate para modificarlo en forma equitativa. Votada la proposición resulta negada por 3 votos afirmativos contra 4 negativos, según verificación solicitada por el honorable Concejal Rico. El honorable Concejal Bernal solicita a quienes dieron su voto negativo a dicha proposición, expongan las razones que han tenido para ello. El honorable Concejal Ortiz explica su voto negativo a la proposición, como conocedor que es de los perjuicios que reciben los vecinos de los barrios pobres donde funcionan los establecimientos con esa clase de música, de que no hacen uso durante todo el dia y primeras horas de la noche, sino muchas veces hasta el amanecer. Y los pobres tienen tánto derecho a dormir tranquilos y a que se les deje dormir como los ricos. El honorable Concejal Ardila abundó en las mismas razones de su antecesor. Después de lo cual se votó y aprobó en tercer debate el proyecto de acuerdo en referencia....»; y

'2º Con las declaraciones de los señores Bernardo Arredondo, Roberto Alvarez, Luis Echeverry, Tomás Vélez, Julio Pimiento, Heliodoro Alvarez, Roberto Mejía, Antonio Moya y Gerardo Escobar, quienes afirman, por haber manejado el referido negocio de pianos eléctricos, que tales aparatos no alcanzan a producir, en promedio líquido, la suma de cincuenta pesos mensuales con que fueron gravados. Los hechos referidos, demostrados en debida forma, ponen de manifiesto, en concepto de la mayoría, la violación legal del acto acusado, desde luégo que la autorización conferida por tales preceptos no es absoluta; tiene como límite el que marca el objeto mismo de la autorización, la finalidad de ella, señalada allí mismo con las expresiones 'mponer contribuciones para el servicio municipal, darles el destino más conveniente para atender a los servicios municipales, crear los impuestos y contribuciones que estime necesarios (para satisfacer, es claro, sus necesidades), dentro de la Constitución y las leyes...'

"Objeto y fin respecto de los cuales tratadistas como Borcht, Jaramillo y Flora, para no citar más, se expresan así:

"Borcht *(Hacienda Pública,* tomo II, página 33): '....La atribución está destinada, en mayor o menor escala, a cubrir cierta parte de las necesidades públicas. Desde el punto de vista del régimen económico público, se debe actuar de manera que la totalidad del sistema tributario posea una productividad tal que satisfaga el carácter variable, y, sobre todo, creciente de las necesidades públicas. Sin embargo, la Hacienda no puede encaminarse a esta finalidad despreocupándose de las influencias económicas, sociales y políticas a que dan lugar sus medidas; ella no es más que un miembro en la suma de actividades que constituyen la base de la entidad pública y que persigue el mis-

mo fin, el bienestar colectivo. El sistema tributario no puede estar en contraposición con este fin, el bienestar colectivo, a cuya realización aporta determinada cantidad de recursos. Los medios para conseguir un objeto no pueden anteponerse al objeto mismo. Por otra parte, no deben descuidarse las misiones propias de los impuestos para favorecer otras finalidades y tendencias que son extrañas a las propias. Los impuestos que no alcancen a llenar en sí la misión impuesta al sistema tributario llevan en si mismos una contrádicción. De esto resulta la necesidad de reducir a la menor cuantía posible los gastos muertos del sistema tributario, y la de impedir intervenciones perturbadoras y reacciones perniciosas de los impuestos sobre la vida económica. A esto se añade la necesidad de un reparto lo más equitativo posible de la carga tributaria total sobre los ciudadanos, excluyéndose de manera fundamental todo trato diferenciado entre personas que se encuentran en las mismas circunstancias. Estas contadas normas resumen todas aquellas exigencias de carácter general que tienen, en realidad, alguna importancia....'

"Jaramillo *(Hacienda Pública,* página 181): '....Adam Smith lo dijo ya en su obra inmortal: «los gastos para la defensa de la sociedad, para mantener la dignidad del Jefe del Estado, para la administración de justicia, para la educación del pueblo y para las vías de comunicación, son hechos en beneficio de toda la sociedad. Es, por tanto, razonable, que atienda a ellos por medio de contribución de toda la sociedad, en cuanto sea posible, en proporción a sus respectivas capacidades». Es éste el verdadero concepto filosófico del impuesto, fundado en la solidaridad de los que integran el conglomerado social. Otro criterio sería extraño a la ciencia de la Hacienda Pública, ciencia social por excelencia, puesto que actúa en la sociedad y para beneficio de ella....'

"Y más adelante, páginas 183 a 207: '....Nótase en esta constante evolución de los sistemas tributarios, el marcado esfuerzo de la humanidad por alcanzar, hasta donde sea posible, un ideal de justicia e igualdad en la participación en las cargas públicas, y su empeño por hallar la manera de gravar a los individuos en proporción de su capacidad para contribuir, es decir, por realizar el principio que es hoy la base del sistema de contribuciones en los países civilizados.... Los impuestos moralizadores son susceptibles de reparos. En primer lugar, el Estado se halla casi siempre en incapacidad de clasificar los actos que convienen y los que deben proscribirse, redactando, como dice Stourn, una especie de guía de las conciencias. Un fisco moralista es cosa inconveniente y peligrosa. En segundo lugar, si el impuesto se propone acabar con el consumo o con los actos condenables, o por lo menos reducirlos considerablemente, el objeto social del impuesto no se realiza, puesto que no produce renta, y en este caso no hay para qué hacer que la Hacienda llene las funciones de agente de la seguridad o de ministro de la religión. Y si el impuesto no es tan elevado que impida tales actos o consumos, el Estado los legaliza y vive de ellos, lo que constituye una política censurable. Cuando el uso de una cosa es censurable, dice Flora, debe evitarse, pero no gravarse.'

"Flora (*Ciencia de la Hacienda*, páginas 349 a 351): 'Finalmente, es contraria a las normas jurídicas toda tendencia del impuesto a gravar pesadamente ciertos consumos llamados dañosos, como el uso de las bebidas alcohólicas, o superfluos, como el lujo, o ciertas costumbres, como el juego; o algunas condiciones personales, como el celibato, que en Francia se ha pensado varias veces gravar con un impuesto con la esperanza de disminuir el número de los grevistes de la procreación, los cuales amenazan a la tercera República con la despoblación que hundió a la Roma de la decadencia y a la antigua Grecia, y como los matrimonios internacionales, que determinan una dañosa exportación de dotes, contra los que se propuso, de modo poco caballeroso, en los Estados Unidos, un impuesto para impedir los matrimonios de las riquísimas americanas con nobles europeos, matrimonios que en diez años (1897-1907), por la salida de dotes, produjeron a la República transatlántica una pérdida de 3.500 millones de libras. Todos estos propósitos, además de ser extraños a las razones del impuesto y a la misión del Estado, que no puede ciertamente erigirse en juez de los consumos privados, ni distinguir sabiamente lo necesario de lo suntuario, ni limitar la libertad personal de los particulares, harían el impuesto improductivo, carente de todo efecto fiscal, ya que los consumos o los actos gravados por el impuesto prohibitivo, o restrictivo, es decir, altísimo, y, por tanto, apto para impedirlos, cesarían, y la riqueza destinada a satisfacer los unos y a realizar los otros, buscaría objetos no gravados. No es con un impuesto como se debe impulsar a los ricos, que siempre son una exigua minoría, a emplear racionalmente su fortuna, ni a las rubias americanas a casarse con los *practicalmen* de su país, en vez de hacerlo con los nobles europeos idealistas o refinados, para evitar el impuesto del 25% de sus dotes propuesto al Congreso de los Estados Unidos por el honorable Mac Garus. Si el impuesto no tuviera la fuerza suficiente para impedir o limitar los actos y los consumos inmorales y dañosos, al tolerarlos les atribuiría cierto carácter legal. Cuando el uso de una cosa es reprobable, corresponde evitarlo, no gravarlo....."

"Lo dicho parece bastante para evidenciar, hasta donde es posible, en providencias como ésta, que los tributos o contribuciones no son medios adecuados legalmente para eliminar industrias que se consideran perjudiciales o no satisfactorias, que el impuesto a que se contrae la demanda, tiene carácter prohibitivo, acaba con el negocio o comercio a que se refiere, no produce renta y no llena, por consiguiente, la finalidad que todo tributo debe llenar, por lo cual es de rigor concluir, también, hoy por hoy, y mientras la fuerza probatoria de los documentos antes aludidos no haya sido anulada o destruída, que la violación legal de los preceptos señalados como infringidos es ostensible, y, consiguientemente, que el acto acusado debe suspenderse provisionalmente, a fin de evitar al demandante un grave perjuicio: el de verse privado de un negocio lícito, en el que invirtió un fuerte capital, o, por lo menos, privado en su totalidad de las utilidades que tal negocio puede producir...."

Por esto, y por reproducir el Acuerdo acusado, en su esencia, el mismo precepto antes anulado (artículo 99 de la Ley 167 de 1941), es de rigor decretar la suspensión provisional pedida.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado *revoca* el auto de 10 de agosto último, que por el presente se revisa, y en su lugar *resuelve:*

Suspender provisionalmente el Acuerdo número 86 de 1944, del Concejo Municipal de Medellín, a que se ha hecho mérito en la parte motiva de este fallo.

Esta suspensión, que debe ser comunicada por el Tribunal de primera instancia a las autoridades respectivas, se levantará en el evento de que trata el artículo 97 de la Ley 167 de 1941.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Con salvamento de voto: *Ricardo Uribe Escobar—Carlos Rivadeneira G., Gabriel Carreño Mallarino, Jorge Lamus Girón, Gonzalo Gaitán.* Firmo con salvamento de voto: *Tulio Enrique Tascón*—Firmo con salvamento de voto: *Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V.,* Secretario.

Salvamentos de voto

de los Consejeros doctores Tulio Enrique Tascón, Ricardo Uribe Escobar y Guillermo Hernández Rodríguez,

Con pena me separo de la respetable opinión de mis ilustrados colegas en el fallo que precede, y para hacerlo así, tengo en cuenta las razones que el Consejero doctor Gustavo Hernández Rodríguez y yo expusimos para salvar nuestros votos en el auto de 17 de noviembre de 1941, y, posteriormente, en la sentencia de 12 de diciembre de 1942, sentencia ésta que ahora se invoca como fundamento del fallo que precede,

Las razones entonces expuestas las reproduzco ahora como salvamento de mi voto. Ellas corren publicadas en los *Anales del Consejo*, números 308 a 310, página 1301, y rezan así:

"Acepta la mayoría de la corporación que los Concejos de los Municipios que son capitales de Departamento tienen la facultad de imponer contribuciones dentro de la Constitución y las leyes, y que, por consiguiente, muy bien podía la Municipalidad de Medellín gravar con impuestos municipales cualquier aparato musical de mecanismo automático, que requiera para su funcionamiento la introducción de monedas; pero le niega a dicho Concejo la facultad de gravar esta clase de aparatos con una tasa tal que haga prohibitiva su explotación.

"Los suscritos estimamos que si bien los Tribunales Contencioso Administrativos tienen facultad para anular los acuerdos municipales cuando ellos sean contrarios a la Constitución, a las leyes o a las ordenanzas, no tienen la misma facultad cuando se les tacha —como sucede en el presente caso— de ser contrarios a los principios científicos sobre que se basa la Hacienda Pública.

"Si la ley autorizó a los Concejos de las capitales de Departamento para crear los impuestos que estimaran necesarios, dentro de la Constitución y las leyes, para poder suspender el Acuerdo de la Municipalidad de Medellín, que grava con un impuesto de $ 50.00 los aparatos musicales de que se ha hablado, sería menester demostrar, o que la ley ha prohibido gravar con impuestos municipales esta clase de aparatos, o que el gravamen establecido excede la tasa señalada por la ley, pero ninguna disposición legal ha prohibido el establecimiento de tal gravamen ni ha fijado límite alguno para el impuesto.

"La ley no ha fijado norma alguna para fijar cuándo un impuesto es prohibitivo, confiscatorio o inequitativo. Dejar la apreciación de este hecho a la discreción del Tribunal Administrativo y del Consejo de Estado sería entablar la arbitrariedad. Admitir para estos casos la prueba de testigos sería dejar al juicio de éstos lo que la Constitución quiso dejar al juicio del legislador, que autoriza la creación del impuesto, y de la Municipalidad, que señala la tasa impositiva. Sería arrogarse los Tribuna-

les una función propia de la Administración, con abandono de su función, que es exclusivamente jurisdiccional.

"Ya dijo el Consejo, en sentencia de 21 de julio de 1939, lo que en seguida se copia:

'....Los poderes legales del Consejo de Estado sólo lo autorizan para decretar la nulidad del acto *sub judice*, cuando sea contrario a la Constitución o a la ley, o lesivo de los derechos civiles de los ciudadanos. Pero es claro que por este último aspecto no puede alegarse lesión si el acto es constitucional y legal. Mas el Consejo carece de facultad para pronunciar la nulidad contencioso-administrativa, por razones de inconveniencia, de injusticia o de inoportunidad. Quiere decir lo anterior, en el caso concreto de los impuestos, que si éstos reúnen los requisitos de fondo y de forma que exige la ley, que si han sido establecidos por quien tiene la facultad constitucional para ello, y que si se hallan dentro de las autorizaciones conferidas por la ley o por la ordenanza, el impuesto es perfectamente legal, aun cuando por otro aspecto pueda tachársele de arbitrario, injusto o anticientífico.... Y si el Consejo de Estado llegara a asumir el control jurisdiccional de los impuestos por el aspecto de su inconveniencia o de su injusticia, se convertiría inmediatamente esta corporación en colegisladora, y vendría, por tanto, a asumir las funciones de los cuerpos colegiados: Congreso, Asambleas y Concejos Municipales.

'En cuanto al caso concreto de autos, se observa: El Concejo Municipal de Barranquilla tiene facultad constitucional y legal, y, por otra parte, está facultado por la Asamblea Departamental para establecer el impuesto de que se trata, y como no se le han fijado un mínimum y un máximum, el impuesto en referencia debe considerarse como estrictamente legal, y sobre él no puede recaer la sanción de nulidad que ha pronunciado el Tribunal de primera instancia.

'Para evitar excesos en el ejercicio de aquella facultad legal, la ley suele fijar la órbita precisa de aquellas atribuciones, señalando un máximum a que puede llegar determinado impuesto o prohibiendo el gravamen de ciertos artículos, como sucede con los de primera necesidad, a que se refiere la Ley 33 de 1916.

'Ahora, ¿cuál sería la base para determinar en cada caso si un impuesto es o nó prohibitivo o confiscatorio? ¿En dónde ha señalado la ley al Consejo la pauta que debe observar para declarar la nulidad de una contribución excesiva? Se dirá que mediante el ejercicio de la acción privada puede establecerse en cada caso concreto si el impuesto es o nó prohibitivo, según que las ganancias de la industria o del comercio alcancen a cubrir o nó el respectivo impuesto. Pero no se oculta que semejante sistema, además de no estar autorizado expresamente por la ley, peca contra la generalidad del impuesto y establece distinciones o privilegios odiosos.

'La equidad del impuesto es cosa sujeta al juicio del legislador, que autoriza la creación de la contribución, y de la Municipalidad que la establece, sin que pueda aceptarse la tesis de que pueda anularse el acuerdo que crea un impuesto por la tacha de considerarlo inequitativo el contribuyente, porque, de otro lado, se incurriría en falta de equidad para con el Muni-

cipio al privarlo de los productos de un impuesto con que subviene al gasto de los servicios públicos.'

"Ni vale argüir que los impuestos no deben procurar sino entradas al Fisco, porque el mismo tratadista Borcht, invocado en la sentencia, acepta que, sin descuidar estos fines, los impuestos pueden favorecer otras tendencias y finalidades distintas de las arbitristas. Así se ve, por ejemplo, en los aranceles aduaneros, que se establecen tarifas proteccionistas para los artículos que se producen en el país, llegando muchas veces hasta fijarse impuestos prohibitivos; que tratándose de los vicios se establecen fuertes impuestos para el consumo de licores o de tabaco, o para los juegos, etc., persiguiendo con ello, más que los ingresos fiscales, ciertos resultados económicos o sociales."

Tulio Enrique Tascón—Adhiero al anterior salvamento de voto: *Ricardo Uribe Escobar*—Adhiero al anterior salvamento de voto: *Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V.*, Secretario.

Bogotá, octubre 25 de 1945.

Electorales — Nulidad

(Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G.)

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

Pablo A. Rosas, abogado titulado, portador de la cédula número 572690, por escrito de 13 de julio último solicita que se declare nula la elección de Jueces Superiores y de Circuito del Distrito Judicial de Pamplona, llevada a cabo por el Tribunal Superior el día 6 inmediatamente anterior, de que da cuenta el Acuerdo número 13, que en copia auténtica acompañó a la demanda en calidad de prueba y para astisfacer la exigencia de que trata el artículo 211 de la Ley 167 de 1941.

Tramitado el juicio en legal y debida forma es oportuno fallar, y con ese fin se adelantan las siguientes consideraciones:

Como causales de nulidad del acto acusado señala el actor éstas:

1ª Haberse realizado la elección teniendo en cuenta el aumento de personal de que trata la Ley 66 de 1944, en sus artículos 3º a 6º, antes de que el Ejecutivo, en uso de sus facultades constitucionales y legales, hubiera dictado el correspondiente decreto reglamentario, y, por ende, antes de que la ley pudiera entrar en vigencia.

Objeción que el demandante sustenta así:

> "Y si la Ley mencionada no ha sido reglamentada por el Gobierno, como requisito indispensable para entrar en ejecución o cumplimiento, el Tribunal de Pamplona se hallaba inhibido por ese defecto sustancial, para hacer los nombramientos de Jueces Superiores y de Circuito con las ordenaciones de una ley que era inoperante, es decir, que tan sólo había sido sancionada y promulgada, pero no reglamentada. Por lo cual el Tribunal ejerció una atribución irregular y en contra de los motivos que dan existencia normal a un acto derivado de su voluntad, y aun cuando se haya cumplido en Sala Plena, es decir, con el voto de los Magistrados (cuatro) que integran hoy la entidad indicada...."; y

2ª Haberse efectuado la referida elección con violación del artículo 80 de la Ley 105 de 1931, que dispone, en forma imperativa, que en los Distritos Judiciales, dónde existan dos Salas, corresponde a la Civil el nombramiento de los Jueces del Circuito en lo Civil, y a la Penal la de Jueces Superiores de Circuito en lo Penal, y de Menores.

Cargo sustentado de este modo:

> "También se violó el artículo 80 de la Ley 105 de 1931 (Código de Procedimiento Civil), cuando esta disposición manda 'que en los Distritos Judiciales donde existan dos Salas, corresponde a la Civil el nombramiento de los Jueces de Circuito en lo Civil; a la Criminal, el de los Jueces Superiores y de Circuito en lo Criminal y de Menores....' Con vista de esta disposición, si la Ley 66 de 1944 ordenaba integrar el Tribunal

con seis Magistrados, divididos en dos Salas: la Civil y la Penal, ¿de qué subterfugios se ha valido el Tribunal Superior de Pamplona para pasar por encima de la propia Ley 66, que dice la entidad nombrada sí rige respecto de los Jueces Superiores y de Circuito? Cosa insólita, incapaz de subsistir como acto legal y para que produzca los efectos buscados con la designación de aquellos funcionarios del Organo Judicial en el Norte de Santander. La incongruencia salta a los ojos de los mismos ciegos. . . ."

Objeción 1ª

Tiene la primera de estas objeciones una base fundamentalmente equivocada, que la hace, desde todo punto de vista, inaceptable, cual es la de que la reglamentación ejecutiva, a que el actor alude, es en todo caso elemento indispensable para que la ley obligue y pueda ejecutarse, lo que no es cierto, desde luégo que entre los requisitos constitucionales que el artículo 84 de la antigua Codificación enumeraba como esenciales para que un acto del Legislativo tuviera el carácter de ley, y que eran: haber sido aprobado, por mayoría absoluta de votos, en cada Cámara, en tres debates distintos, y haber obtenido la sanción ejecutiva, no contaba o no entraba el de la aludida reglamentación, y desde luégo, también, que ésta tiene carácter facultativo no obligatorio, y que por razón de su finalidad sólo tiene cabida forzosa cuando es necesario llenar vacíos y regular pormenores que aseguren la cumplida ejecución de la ley, no tratándose, como no se trata, es claro, de casos excepcionales, en que el legislador mismo subordina su vigencia a tal reglamentación.

Lo que motiva, al parecer, esta primera objeción, es, sin duda, la confusión en que incurre el actor con respecto a lo que es la reglamentación y lo que es la promulgación, o sea la inserción de la ley en el *Diario Oficial*, y la sanción, o sea el acto por el cual el Presidente de la República, o el del Senado, en el caso del artículo 89, afirma, en la forma acostumbrada, que la ley ha sido regularmente votada y ordena que sea aplicada por las autoridades administrativas y judiciales, que sí son elementos esenciales, el primero, para que la ley obligue (artículo 52 del Código Político y Municipal), y el segundo, para que tenga el carácter de tal (artículo 74, ordinal 2º, de la antigua Codificación Constitucional; artículo 81, ordinal 3º, de la nueva Codificación), al decir de tratadistas de Derecho Público, como Duguit, quien al respecto se expresa de este modo:

"La promulgación (sanción en Colombia), es el acto por el cual el Presidente de la República afirma, por la fórmula consagrada, que la ley ha sido reglamentariamente votada por las Cámaras, y ordena que sea aplicada por las autoridades administrativas y judiciales, imponiéndose a todos su observancia.

"La fórmula de la promulgación demuestra que ella es el complemento indispensable de la ley; que en tanto no hay promulgación, no hay, en rigor, ley, ni puede hablarse propiamente de ley; que nadie está obligado a obedecer esta supuesta ley mientras no se promulgue, y que los Tribunales y las autoridades de todo género, no solamente no están obligados a aplicar una ley no promulgada, sino que ni aplicarla pueden. En una palabra: por la promulgación, el Presidente de la República se halla directamente y verdaderamente asociado a la confección de la ley. . . ."

Por lo dicho, y además porque la tesis contraria, o sea la sustentada por el actor deja discrecionalmente en manos del Ejecutivo poner o nó en vigencia las leyes, ya que para dictar los decretos reglamentarios de ellas no tiene tiempo fijo, como sí lo tiene para sancionarlas y promulgarlas, no es aceptable la tesis del demandante.

Objeción 2ª

La sola consideración de que el día en que se hizo la elección acusada el Tribunal de Pamplona, constante entonces de sólo cuatro Magistrados, no estaba dividido en Salas que conocieran separadamente de los negocios civiles y penales, por no haberse posesionado hasta entonces los dos nuevos Magistrados elegidos de acuerdo con lo prevenido en la misma Ley 66 de 1944, deja en el vacío, sin fundamento legal alguno, la objeción segunda, o sea la que dice relación a la violación del artículo 80 de la Ley 105 de 1931, aplicable sólo a los Tribunales divididos en dos Salas: la Civil y la Penal, según su contexto mismo, que es de este tenor:

> "En los Distritos Judiciales donde existan dos Salas corresponde a la Sala de lo Civil el nombramiento de los Jueces de Circuito en lo Civil; a la de lo Criminal, el de los Jueces Superiores y de Circuito en lo Criminal y de Menores, y a la de Acuerdo, el de los Jueces de Circuito que conocen de ambos ramos. Esta elección se hace por mayoría de votos."

Aun cuando en el acta respectiva consta que los candidatos se acordaron mediante el sistema vulgarmente conocido con el nombre de "partija mecánica", en que cada uno de los electores renuncia el derecho que tiene a intervenir en la elección y escogencia del personal por que sufraga, derecho irrenunciable, a cambio de hacer triunfar, para alguno de los cargos por proveer, su interés personal, que es el de asegurar determinados nombres, no siempre los mejores, el Consejo se abstiene de hacer al respecto estudio jurídico alguno, por no haberse deducido este cargo en la demanda y no poder, por consiguiente, ser objeto de la sentencia (artículos 84 de la Ley 167 de 1941 y 541 del Código Judicial).

Los apartes en que el aludido procedimiento consta son de este tenor:

> "Igualmente fue acordado que el Magistrado de la minoría diera sus candidatos, que el Magistrado doctor Espinel Blanco diera los candidatos de los Jueces de Pamplona; el Magistrado doctor Urbina los de Chinácota, uno Superior de Cúcuta y el de Salazar, y el Magistrado doctor Zurek Mesa los de Ocaña, y que los candidatos dados fueran aceptados siempre que no hubiera contra ellos un cargo concreto; que los candidatos para uno de los Juzgados de Circuito Civil y uno de Circuito Penal de Cúcuta fueran dados de común acuerdo por los Magistrados doctores Espinel Blanco, Urbina y Zurek.
>
> "Se procedió a la elección con el voto unánime para cada uno de los elegidos y con el siguiente resultado:
>
> *"Circuito de Pamplona:*
>
> "Unico Superior, doctor Luis Alejandro Bustos;
> "Unico Civil, doctor Juan B. Pineda Ropero;
> "1º Circuito Penal, doctor Julio César Hernández B.;
> "2º Circuito Penal, doctor Alejandro Fernández Yáñez, en interinidad.

"Verificada la elección de Jueces del Circuito de Pamplona, el Magistrado doctor González Ruiz declara que era su voluntad elegir Juez 2º del Circuito Penal al señor Pedro Antonio Sánchez, pero que a fin de que el doctor Alejandro Fernández Yáñez, quien hasta la fecha viene desempeñando el cargo de Juez 2º Superior, cargo éste que en virtud de la Ley 66 de 1944 ha quedado suprimido, no quedara excluido de la nómina de Jueces, y mientras se posesiona como Magistrado, lo ha designado en interinidad para el referido Juzgado, pero que tan pronto éntre a ejercer el cargo de Magistrado, de acuerdo con la facultad que tiene para elegir libremente los Jueces que le corresponden a la minoría, designará al doctor Pedro Antonio Sánchez para el Juzgado 2º del Circuito Penal de Pamplona, en propiedad. Los Magistrados doctores Espinel Blanco, Urbina y Zurek manifiestan que de una vez comprometen su voto a favor del doctor Pedro Antonio Sánchez.

"Circuito de Chinácota:

"Unico Civil, doctor Valentín López García, en interinidad.

"Circuito de Cúcuta:

"1º Superior, doctor Fernando Gómez R., en interinidad;
"2º Superior, doctor Hernando Gómez R.;
"1º Civil de Circuito, doctor Clemente Franco Galvis;
"2º Civil de Circuito, doctor Gonzalo Rivera Laguado;
"1º Penal de Circuito, doctor Luis Tesalio Ramírez;
De Menores, doctor Luis A. Flórez.

"Verificada esta elección, el Magistrado doctor Urbina declara que su candidato para Juez 1º Superior es el doctor Joaquín Mansilla, pero que mientras el doctor Fernando Gómez se puede posesionar como Magistrado del Tribunal, lo ha designado para ese cargo en interinidad, y que una vez que el doctor Fernando Gómez éntre a ejercer el cargo de Magistrado, de acuerdo con la facultad que le concediron los Magistrados para elegir libremente el Juez 1º Superior de Cúcuta, designará para ese cargo al doctor Joaquín Mansilla. Los restantes Magistrados manifiestan que desde ahora comprometen su voto para el doctor Joaquín Mansilla.

"Circuito de Salazar:

"Unico Civil, doctor Joaquín Mansilla, en interinidad.

"El doctor Urbina manifiesta que su candidato para Juez del Circuito Civil de Salazar es el señor Clímaco Buitrago, pero que mientras el señor Joaquín Mansilla puede ser designado Juez 1º Superior de Cúcuta ha votado por él para el anterior cargo, y que una vez que se haga la elección para Juez 1º Superior de Cúcuta, en propiedad, de conformidad con la facultad que tiene para elegir libremente Juez del Circuito Civil de Salazar, designará para ese cargo al señor Clímaco Buitrago. Los Magistrados restantes declaran que darán su voto por el referido señor Buitrago.

"Circuito de Convención:

"Unico Civil, doctor Pedro Silvio Martínez.

"Circuito de Ocaña:

"Unico Superior, doctor Jorge Assaj;
"Unico Civil, doctor Rafael Caserta, en interinidad;

"1º Penal de Circuito, doctor Ciro Díaz Lozano;
"2º Penal de Circuito, doctor Luis E. Páez C., en interinidad.

"El Magistradd doctor Zurek Mesa felicita al Magistrado doctor González Ruiz por los nombramientos que hizo, en virtud de que los candidatos son de excepción, y deja constancia de su complacencia por ello.

"El Magistrado doctor Urbina pide se deje la siguiente constancia:

'El suscrito Magistrado deja constancia de que no votó por la reelección del doctor Valentín López García por cuanto su trabajo no da ninguna satisfacción, según aparece de las visitas que han sido practicadas en el Juzgado a su cargo, no obstante haber sido apremiado por la Procuraduría General de la Nación con cuantiosa multa, y después de que de nada le sirvió la prevención por demás enérgica que el suscrito, siendo Presidente del Tribunal, le hizo en el mes de mayo de 1944, expresándole que «un Juzgado no es un sitio de reposo a sueldo». En tales circunstancias se le ha nombrado interino en el Juzgado del Circuito Civil de Chinácota y se le hace ver que si no cumple a satisfacción con sus deberes se le reemplazará. Comuníquese al doctor Valentín López García por medio de oficio'."

Para terminar, es del caso advertir que por no haber sido presentado en debida forma y en tiempo hábil, o sea dentro del término de diez días, de que habla el artículo 209 de la Ley 167 de 1941, el Consejo no considera, por no poder hacerlo legalmente, la adición contenida en memorial visible al folio 8.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto fiscal, niega las peticiones de la demanda y declara que no es el caso de anular la elección demandada por el doctor Pablo A. Rosas.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Gonzalo Gaitán, Tulio Enrique Tascón, Carlos Rivadeneira G., Gustavo A. Valbuena, Guillermo Hernández Rodríguez, Gabriel Carreño Mallarino, Jorge Lamus Girón.—Luis E. García V., Secretario.

Actos de los Gobernadores.—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G.)

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

En apelación de la sentencia que niega las peticiones de la demanda, vino a esta Superioridad, del Tribunal Administrativo de Neiva, el juicio iniciado por Arcadio Chacón para obtener, junto con la reparación del perjuicio causado, la anulación del artículo 2º del Decreto 720 de 3 de noviembre de 1944, concebido así:

> "Dase de baja del Cuerpo de Policía Nacional, División Huila (Banda), al músico solista Arcadio Chacón por ser indigno de pertenecer a la institución. Nota de mala conducta...."

Agotada la sustanciación que a la segunda instancia corresponde, procede fallar, y con ese fin se adelantan las siguientes consideraciones:

De los documentos traídos al proceso en calidad de prueba, entre ellos la hoja de vida del demandante, se deduce que la aludida destitución fue motivada por causas que el artículo 242 del Código de Régimen Político y Municipal define como de mala conducta, ya que allí obra la siguiente constancia:

> "30—IX—44: Por artículo número 739 de la orden interna del Comando fue castigado con la multa de $ 5.00, porque con frecuencia se embriaga y se presenta en tal estado a las revistas reglamentarias, y últimamente, en la retreta del domingo, según lo informa el señor Director de la Banda. Queda prevenido que al primer parte que presenten por lo mismo será dado de baja...."

Constancia que deja sin fundamento las alegaciones del demandante relativas a la falta de prueba con que se le calificó como persona de mala conducta, y que obligaba a éste, para obtener fallo favorable a sus pretensiones, a suministrar la prueba contraria, o sea la de no ser ciertos los hechos de que ella da cuenta, por gozar tal anotación de la presunción de veracidad, que ampara los actos de las autoridades en el ejercicio de sus funciones.

La enumeración que hace el artículo 4º de la Ordenanza 19 de 1933, en su última parte, única disposición que el actor señala como infringida, no es limitativa, desde luégo que su contexto mismo, encabezado con el vocablo "se considera" equivale a "se estima", "aprecia" o "reputa", así lo indica:

> "Se considera como mala conducta el hecho de usar con los superiores, subalternos o compañeros, modales o tratamientos incultos, violentos, ofensivos o humillantes."

Por esto el Consejo, al negar la suspensión provisional pedida, dijo lo que en seguida se copia, como fundamento del presente fallo:

> "La acción instaurada es la que reconoce el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo para obtener el restableci-

miento de un derecho injustamente violado o conculcado, pues al respecto son terminantes los siguientes apartes de la respectiva demanda, por medio de los cuales se fija el alcance y finalidad del litigio:

'Yo, Arcadio Chacón....., pido que se hagan las siguientes declaraciones:

'a) La suspensión del artículo 2º del Decreto 720, de fecha 3 de noviembre de 1944, dictado por la Gobernación de este Departamento;

'b) Se me restablezca en el cargo que venía desempeñando (Músico solista de la Banda Departamental);

'c) Se decrete el pago de los sueldos que me corresponden desde el día en que se causó la novedad de que habla el artículo 2º del citado Decreto 720.

'd) La nulidad del artículo 2º del Decreto mencionado con el número 720, dictado por la Gobernación del Departamento.'

"Con respecto a esta acción, para obtener la suspensión del acto acusado, ha dicho esta misma corporación en múltiples fallos, se requiere que sumariamente, por lo menos, se pruebe el agravio o perjuicio grave, patrimonial, actual o eminente que se ocasiona al demandante, y que, además, aparezca, en forma manifiesta y ostensible, que viola una disposición o regla de orden superior.

"De estos requisitos no se cumple o llena el segundo, toda vez que la enumeración que hace el artículo 4º de la Ordenaza 19 de 1933, que es el precepto señalado como infringido, no es taxativa o limitativa, no excluye, ni puede excluir, otros casos de mala conducta no señalados allí, como el de la beodez habitual o frecuente, que parece ser el tenido en cuenta para dar de baja a Chacón, y toda vez, también, que no aparece en autos comprobado que las causas tenidas en cuenta para su retiro sean falsas o mentirosas."

El caso de José María Fierro, que el demandante cita en su alegato, es muy distinto al actual, ya que a Fierro se le destituyó por hecho calificado como de mala conducta con posterioridad a su ejecución, y a Chacón, por acto definido como tal por el legislador con anterioridad.

Así lo demuestran de manera palmaria los siguientes apartes del fallo relativo a aquel caso:

"El demandante ha comprobado con las declaraciones de los señores Jesús M. Rodríguez, Pastor Gómez, Nepomuceno Losada y Gabriel Celis, que él les descontó el valor de algunos sueldos así: al primero, por el valor de $ 5.00; al segundo, por uno de $ 10.00, y a los últimos, por una quincena, todos con fechas anteriores al 5 de octubre de 1942, en que se hizo la prohibición de verificar tales descuentos.

"En estas condiciones, para el Consejo está claro que no puede ser removido el señor Fierro del puesto que desempeñaba en la Banda de Música de la Policía, División Huila, como pena por violación de una prohibición hecha *ex-post facto*, y que, por consiguiente, la sentencia que declara la nulidad de la parte pertinente del artículo único del Decreto 450 de 1942, y que ordena el restablecimiento del derecho, mediante la restitución del señor Fierro en el puesto y el pago de los sueldos que ha deja-

do de devengar desde el día en que fue dado ilegalmente de baja hasta el en que sea restituído en su cargo, debe ser confirmada en cuanto es materia de la consulta."

Como el acto acusado encuentra apoyo en los artículos 4º de la Ordenanza 19 de 1933, que permite retirar a los empleados que allí se mencionan, por mala conducta, y 242 del Código Político y Municipal, que define como tál el imputado a Chacón, no es posible decretar su anulación.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* en todas sus partes el fallo recurrido de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gonzalo Gaitán, Tulio Enrique Tascón, Jorge Lamus Girón, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Hernández Rodríguez, Gustavo A. Valbuena, Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V., Secretario.

Actos de los Gobernadores.—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G.)

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

Por apelación oportunamente interpuesta por el doctor Hernando Ramírez Romero, apoderado de la señora Lastenia Ramírez de Bueno, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Bogotá, de fecha 12 de marzo del presente año, que negó las peticiones de la demanda, ha venido a esta Superioridad el juicio iniciado por la citada señora Ramírez de Bueno para pedir la nulidad del Decreto de la Gobernación de Cundinamarca que lleva el número 633, dictado el 5 de agosto de 1943, providencia que es de este tenor:

"El Gobernador de Cundinamarca,

en uso de sus atribuciones legales, y

"CONSIDERANDO:

"Que en los archivos de esta Dirección constan las reiteradas quejas sobre deficiencia en el trabajo, de la maestra señora Lastenia Ramírez de Bueno, así como los informes de distintos Inspectores Escolares sobre los procederes inconvenientes que le han originado problemas de diversa índole en varios lugares del Departamento;

"Que, según exposiciones hechas ante la Dirección de Educación por las señoritas Aura María y Aida Ligia Bueno, hijas de la señora Lastenia Ramírez de Bueno, y por los señores Pedro Bancina y Nicanor Penagos C., vecinos de Bogotá, aparece la referida señora como encubridora del delito de hurto cometido por uno de sus hijos menores;

"Que las expresiones proferidas por la referida maestra, con respecto a sus hijas, ante los Inspectores Escolares, señor Alfonso Santamaría y señorita Bertilda Mendoza, ponen de manifiesto un relajamiento del sentido moral y un desconocimiento de los deberes de madre, indignos de una educadora, y

"Que las sanciones anteriores impuestas a la maestra Lastenia Ramírez de Bueno por la Dirección de Educación no han sido suficientes para corregirla y mejorar su comportamiento,

"DECRETA:

"Artículo 1º Declárase insubsistente el nombramiento hecho en la señora Lastenia Ramírez de Bueno para Directora de la Escuela Urbana aislada, grupo 60, de la ciudad de Bogotá.

"Artículo 2º Solicítese del Ministerio de Educación Nacional la exclusión del nombre de la señora Lastenia Ramírez de Bue-

no del Escalafón Nacional del Magisterio, previa presentación de la copia de este Decreto y de los expedientes que reposan en los archivos de la Dirección de Educación.

"Comuníquese y publíquese...."

Tramitado el negocio en esta corporación en la forma señalada por la ley para la segunda instancia, y a petición del señor Fiscal del Consejo, y previa autorización de la Sala, por medio de auto para mejor proveer, se solicitó del Ministerio de Educación Nacional un informe respecto a si la demandante había sido o nó excluída del Escalafón, de acuerdo con el artículo 2º del Decreto transcrito. El informe del Ministerio, en lo pertinente, está concebido así:

"Aunque por el artículo 2º del Decreto acusado se dispuso la exclusión de la señora Lastenia Ramírez de Bueno del Escalafón Nacional del Magisterio, esa disposición no ha sido aprobada por el Ministerio de Educación Nacional, porque, solicitado a la Gobernación de Cundinamarca el envío del respectivo expediente, éste aún no ha sido remitido al estudio del señor Ministro. Por tanto, la señora Lastenia Ramírez de Bueno continúa figurando en el Escalafón Nacional del Magisterio, en segunda categoría, de conformidad con la Resolución ministerial número 17 de 1941."

Ha llegado, pues, el momento de fallar, y para ello se adelantan las siguientes consideraciones:

Tanto de los términos del Decreto acusado como de las pruebas que se han traído a los autos se deduce claramente que el despido de la maestra Bueno y la solicitud al Ministerio para que sea excluída del Escalafón se basan en la causal 5ª del artículo 8º del Decreto 1602 de 1936, que es de este tenor:

"Los maestros que se hallen en los siguientes casos no podrán formar parte del Escalafón:

".....

"5º El que observe conducta moral depravada...."

Y como de los diversos documentos traídos al expediente oportunamente se desprende que sí se llenó el procedimiento exigido por la ley, y especialmente por el Decreto número 1820 de 1938, por la exclusión de los maestros o para su retiro, ya que en diversas oportunidades se formularon por distintas personas cargos contra la señora Ramírez de Bueno y se le dio oportunidad para presentar los descargos del caso, procede ahora estudiar solamente si la causal en que se funda el Decreto acusado está debidamente comprobada o nó.

Al respecto aparecen en el expediente levantado por la Dirección de Educación Pública de Cundinamarca las siguientes pruebas:

1ª Que los Inspectores de Educación señores Juan de J. Bernal y Bertilda Mendoza escucharon a las señoritas Aura María y Aída Ligia Bueno, quienes, en presencia de la demandante sostuvieron contra ella los siguientes cargos:

a) Que presentó contra ellas denuncio criminal por haberle roto las cerraduras de las puertas para sacar alimentos;

b) Que una noche en que las echó a la calle, el Jefe del Detectivismo las devolvió a la casa para que se pusieran al amparo de su madre, pero ella no las dejó entrar;

c) Que la Policía encontró en una ocasión en la casa de la escuela un grupo de rateros, entre los cuales se contaba un hijo de la señora Ramírez, con algunos objetos robados.

Los Inspectores dichos terminaron su informe diciendo:

> "Que esta serie de escándalos han sido ya muy conocidos por todo el barrio y los niños de las escuelas, con grave detrimento para la moral profesional, para la educación de los niños y para el buen ejemplo que debe dar el magisterio. En nuestro concepto, no es posible que las hijas de dicha señora sigan viviendo en el local de la escuela, ni que la madre siga regentando dicha escuela, por carecer en un todo de autoridad moral."

2ª El informe del señor Eugenio Cortés Ruiz, Inspector de Educación, que investigó el problema creado por la señora Ramírez en Suesca, en 1941, del cual se deducen los siguientes hechos:

Que la escuela regentada por ella ocupaba un local cedido por el doctor Jorge Martín, Gerente de las Carboneras de Suesca, y que en junio del citado año de 1941 se retiró por unos días del cargo, previa licencia, y dejó encerradas en el local que sirve de sala de clases 16 gallinas de su propiedad; pasados los días y habiéndose producido muy mal olor en la vecindad, el doctor Martín, en compañía del médico de la Empresa, del Cabo de la Policía Nacional y de dos Agentes, procedió a abrir el local con la llave dejada por la señora Ramírez en manos de un vecino, para sacar las gallinas y asear la pieza; al regreso de la maestra, ésta hizo reclamos al citado Martín, quien resolvió quitarle la casa que le había cedido para habitación y señalarle un local separado para la escuela y otro para su residencia. En esta forma se planteó una grave pugna entre la maestra y las autoridades municipales.

3ª Oficio del Alcalde de Junín, fechado el 7 de marzo de 1940, en que comunica que hay varias quejas contra la maestra Ramírez de Bueno, en el sentido de que pide dinero a los niños para comprar mercancías y útiles, por lo cual varios padres de familia han tenido que retirar a sus hijas de la escuela por falta de dinero para sostenerlas allí.

4ª Que, cuando regentaba la escuela de Facatativá, ultrajó y humilló de palabra a varias niñas de las escuelas regentadas por las señoras Ana Palacios de Rozo y Zoila Rosa Carvajal, y maltrató a golpes a seis niñas de la escuela por ella dirigida, y creó una situación de pugna con los maestros y maestras de las demás escuelas.

5ª Los siguientes informes presentados ante la Junta de Inspectores de Cundinamarca, reunida en 1939, en el mes de enero:

a) El del Inspector de Educación Eugenio Cortés Ruiz, que dice:

> "La señora Lastenia Ramírez de Bueno, como maestra de escuela, maltrata a los niños; insulta a los alumnos y a los compañeros; busca amistades entre elementos sociales de muy baja escala. Esta actitud la mantuvo en Chía. En Soacha, abandonó frecuentemente la escuela para venirse a Bogotá."

b) El del Inspector de Educación Hernando Salazar, que dice:

> "A la señora Lastenia Ramírez de Bueno la conocí en una de las escuelas urbanas de Fontibón. En la visita practicada pude constatar que su trabajo en cuestiones pedagógicas es de los más malos; es una persona disociadora, pues nunca pudo entenderse con los compañeros ni con las autoridades. Fue necesario trasladarla a Engativá...."

c) El del Inspector Eustorgio Castro, quien dijo:

"Que conoció a la señora Ramírez de Bueno a comienzo del año de 1938 ejerciendo el cargo de Directora de la Escuela Urbana de Varones de 1º y 2º grados, en el Municipio de Machetá; que allí tomó posesión del cargo a mediados del mes de febrero, y a pesar de la orden del Inspector de que se le reconociera el sueldo desde la fecha de la posesión, se hizo pagar todo el mes. Que allí se enemistó con las autoridades municipales, creándose un problema, por lo cual hubo necesidad de solicitar cambio para la mencionada maestra...."

d) El del Inspector Escolar de la Segunda Zona, señor Marco A. Mora Rozo, quien dijo:

"Que la señora Lastenia Ramírez de Bueno maltrató algunos niños de la escuela que regenta en Facatativá, y disoció el cuerpo de maestros.

"Además, en época anterior, pronunció palabras insultantes contra empleados de la Dirección de Educación y conceptos calumniosos. El Personero y el Inspector Local de Facatativá han pedido el cambio al suscrito, para buscar la buena armonía entre los maestros y el buen servicio escolar"; y

e) El Inspector Escolar Julio Camelo hizo constar que la señora Ramírez de Bueno:

"....es peleadora y en ocasión no muy lejana pronunció palabras fuertes y conceptos calumniosos contra empleados de la Dirección de Educación."

6ª Que por Resolución número 3 de 24 de enero de 1939 se le impuso una multa por irrespetos y difamaciones contra algunos Inspectores y otros empleados superiores.

7ª Que, como continuara con su conducta irrespetuosa contra sus superiores, e injuriara personalmente al Director y al Subdirector de Educación, por Decreto 129 de 1939 se le destituyó del cargo da maestra de Sasaima; y

8ª Que en el informe rendido por el Secretario General de la Dirección de Educación Pública el 27 de julio de 1943 al Inspector 5º Municipal de Bogotá, se dijo:

"En cuanto a la conducta de la señora Lastenia Ramírez de Bueno, he de manifestar que durante el tiempo que ha trabajado en el ramo de Educación ha dejado mucho que desear, ya que en ocasiones ha llegado hasta ultrajar de palabra y gravemente a sus mismos superiores. De ella se han recibido muchas quejas relacionadas con el mal trato que da a los escolares, de la labor disociadora que en ocasiones se ha permitido emprender, de su carácter pendenciero, de sus actuaciones encaminadas a fomentar la discordia y a manchar reputaciones ajenas, en fin, que dicha señora, por múltiples razones, ha dejado una sensible impresión en la Dirección de Educación Pública del Departamento."

La mayor parte de los documentos a que se ha hecho mención emanan de funcionarios públicos, por lo cual están cobijados por la presunción de veracidad, y aunque a lo largo del juicio se ha tratado de desvirtuar las aseveraciones que en ellos se hacen en contra de la señora Ra-

mírez de Bueno, no se ha logrado probar lo dicho por ésta, y, por consiguiente, continúan siendo pruebas plenas.

De todos los citados documentos se deduce en forma clara la mala conducta que observó la demandante durante el tiempo en que prestó sus servicios en la Educación Pública. Ahora, es lógico que cuando el concepto de buena o mala conducta se refiere a un maestro, encargado de dirigir y encaminar a sus alumnos, y de ser un constante buen ejemplo para ellos, tenga una rigidez mucho mayor que para referirse a quien no desempeña tal cargo; pero aun sin estudiar las pruebas que forman el expediente levantado por la Dirección de Educación sobre la señora Ramírez con la rigidez dicha, de todas ellas se desprende la conclusión directa de que la demandante no podía continuar regentando las escuelas oficiales por ser elemento de mala conducta y mal carácter; falta de capacidades pedagógicas; que vivía siempre produciendo escándalos que tenían que formar muy mala impresión a sus educandos, no llenando así las condiciones mínimas que a un maestro oficial deben exigirse.

Por todo lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el parecer fiscal, *confirma* en todas sus partes la sentencia a que se ha hecho mérito, que lleva fecha doce de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, dictada por el Tribunal Administrativo de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gonzalo Gaitán, Gustavo A. Valbuena, Tulio Enrique Tascón, Carlos Rivadeneira G., Gabriel Carreño Mallarino, Jorge Lamus Girón, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

Impuestos.—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G.)

Consejo de Estado—Bogotá, diciembre trece de mil novecientos cuarenta y cinco.

Por recurso de apelación interpuesto tanto por el Fiscal del Tribunal como por el demandante, debe esta Superioridad revisar la sentencia con que el Tribunal Administrativo de Bogotá finalizó el juicio de nulidad de las Resoluciones R. 730-H de 30 de julio de 1942 y R. 980-H de 30 de agosto de 1943, que liquidan a cargo de Rubén Beltrán y esposa, por renta, patrimonio y exceso de utilidades en el año de 1940, la cantidad de ochocientos cuarenta y dos pesos doce centavos ($ 842.12), sentencia cuya parte dispositiva es de este tenor:

"1º La liquidación de los impuestos que deben pagar los esposos Rubén Beltrán y María Inés R. de Beltrán por el año gravable de 1940, quedarán así:

"Patrimonio:

"El declarado por los contribuyentes		$ 30.800.00
"El 50% sobre la 'Droguería Beltrán'		9.953.24
"Suma		$ 40.753.24
"Pasivo:		
"Banco de Bogotá	$ 2.500.00	
"Banco Agrícola Hipotecario	2.336.82	
"Acciones no gravables	1.000.00	5.836.82
"Patrimonio gravable		$ 34.916.42
"Impuesto		$ 34.83

"Renta:

"La declarada por los contribuyentes	$ 3.700.00	
"Deducciones comprobadas	571.74	3.128.26
"50% utilidades droguería		$ 920.74
"Renta bruta		$ 4.049.00
"Exenciones comprobadas: 4 hijos		2.400.00
"Renta líquida		$ 1.649.00

"Impuesto ....$		16.49
"Sueldos en la droguería ... ... $	2.929.00	
"Impuesto sobre los sueldos	.....	52.96
"Ciento por ciento sobre 52.96.. ..	.....	52.96
"Suma total de los impuestos .. ..$		157.24

"2º Se ordena que por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca se devuelva a los mencionados esposos Beltrán la suma de $ 648.88, pagada de más de conformidad con los términos de esta sentencia."

Agotada la sustanciación propia de la segunda instancia, es el caso de decidir en definitiva, y con ese fin se considera:

Las Resoluciones acusadas obran en copias a los folios 1 y 4 del expediente, y de lo afirmado en ellas se desprende que la Jefatura de Rentas levantó a la suma ya indicada el impuesto liquidado antes en $ 22.22 por la Administración de Hacienda, cargando a la cuenta de Beltrán tanto el capital invertido como las utilidades obtenidas en un negocio de drogas instalado en el local números 16-29 y 16-31 de la carrera 7ª de esta ciudad, que el expresado Beltrán, en años anteriores, había denunciado como de su propiedad, y que en el año de 1940 afirmó ser de una sociedad cuya existencia no se acreditó en legal y debida forma.

La parte de la Resolución número 980, en que esto se asevera, es, en lo pertinente, de este tenor:

"Estos fueron los fundamentos de la Resolución recurrida:

"Para desvirtuarlos, ha presentado el contribuyente, con su memorial de reposición, dos documentos, que en su concepto considera suficientes, a saber:

"a) Un certificado expedido por el señor Notario 2º del Circuito de Bogotá, en que dicho funcionario atestigua que ante él, y con fecha 30 de septiembre de 1939, bajo el instrumento público número 2.379, los señores Rubén Beltrán y Guillermo Navia constituyeron una sociedad colectiva de comercio bajo la razón o firma social de 'Droguería Beltrán', con asiento principal de sus negocios y domicilio social en esta ciudad de Bogotá, regida por las estipulaciones que en dicho certificado aparecen resumidas como es de ley; y

"b) Copia auténtica, debidamente registrada, de la escritura pública número 2519 de 1º de octubre de 1941, corrida ante el señor Notario 2º del Circuito de Bogotá, en que consta la liquidación y disolución de la Sociedad 'Droguería Beltrán' y venta de Rubén Beltrán a Guillermo Becerra Navia.

"Con dichos documentos y una carta del señor Guillermo Becerra Navia, de fecha 6 de agosto de 1942, pretende el peticionario 'haber establecido y demostrado' ante esta Jefatura que en la declaración de su renta y patrimonio por 1940, incluyendo el de su esposa, no hubo inexactitud, y que por esa razón debe revocarse la Resolución recurrida, 'máxime, dice, que lo que la motivó fue la existencia de la Sociedad «Droguería Beltrán», desconocida en dicha Resolución, y cuya existencia se comprueba con los documentos que presento con este escrito.'

"¿Serán suficientes las pruebas presentadas, como lo pretende el peticionario, para desvirtuar los hechos claros y comprobados en que se basó la providencia recurrida? De ninguna manera. El certificado presentado para demostrar la constitución de la Sociedad no es conducente; él a lo sumo acreditaría que entre el señor Beltrán y el señor Becerra Navia se llevó a cabo un negocio privado, de participación, eficaz entre ellos, pero no ante terceros, y el Estado es un tercero; pero en modo alguno la existencia de una sociedad colectiva de comercio, debidamente constituida de acuerdo con la ley. Para acreditar tal hecho, sabe, o debe saber el peticionario, que se requieren varios elementos esenciales:

"1) Una escritura de constitución, debidamente otorgada y registrada, tanto en la Oficina de Registro del Circuito de Bogotá como ante la Cámara de Comercio; y

"2) Una contabilidad organizada de acuerdo con la ley, con sus libros registrados en la Cámara de Comercio, que regule y constate con toda fidelidad los negocios sociales. Estos dos elementos, esenciales para la constitución de una sociedad, no fueron cumplidos por los asociados, y, por lo tanto, la sociedad no nació; el contrato que quiso darle vida, por circunstancias desconocidas para este Despacho, no pasó de ser un contrato absolutamente privado, sin consecuencias para terceros. Así lo asevera la Cámara de Comercio en su informe, así lo reconoce el señor Becerra Navia en su carta, cuando habla de omisión de requisitos legales al constituirse la sociedad, y así lo está demostrando el propio contribuyente al no presentar las pruebas, esas sí conducentes, que se le pidieron por este Despacho inútilmente, desde antes de dictarse la providencia recurrida. De otro lado, la escritura de disolución y liquidación arriba citada tampoco es prueba conducente para demostrar la constitución y vida de la sociedad; ella no demuestra sino que los asociados, en forma privada, quisieron disolverse y liquidarse públicamente."

Dados los términos en que están concebidos los artículos 469 y 472 del Código de Comercio, resulta indiscutible que la expresada Sociedad adolece de un vicio de nulidad que afecta las relaciones de los socios entre sí. Pero si esto es cierto, no lo es menos que tal circunstancia no autorizaba al Jefe de Rentas para cargar a la cuenta de Beltrán, como no lo autoriza para cargar a la cuenta de su socio, el total del capital invertido y de las utilidades obtenidas en el negocio social. ¿Por qué esto? Sencillamente porque en autos hay prueba suficiente que en debida forma acredita que la sociedad colectiva de comercio que Beltrán y Becerra quisieron constituir por medio de la escritura a que el aludido certificado se refiere, pruebas que el liquidador tuvo a la vista, actuó durante todo el año de 1940; que contrajo obligaciones y celebró negocios, cuyo producido fue repartido entre los socios por iguales partes, o, en otros términos, que actuó como sociedad de hecho. Tales pruebas son:

a) Los libros de contabilidad en que consta el movimiento del aludido negocio de drogas. Libros tenidos a la vista por la Jefatura antes de verificar la liquidación objetada, respecto de los cuales dicen los peritos que intervinieron en la inspección ocular que practicó el Tribunal *a quo*, durante el término probatorio del juicio:

"Al respecto bastaría referirnos a los asientos de contabilidad de apertura de libros y de distribución de beneficios del primer período a que se hace referencia tanto en la demanda como en el acta de inspección, pero como este último asiento es la consecuencia indiscutible del movimiento comercial de todo el negocio: compras, ventas, cheques, consignaciones, cuentas corrientes, etc., etc., que aparece debidamente asentado en los libros de contabilidad de la compañía, tenemos que cada asiento y cada página de tales libros es prueba concluyente de la existencia de la sociedad."

b) El certificado del Banco de Colombia, que obra al folio 8 del cuaderno de pruebas, y que a la letra dice:

"Nos referimos a su atento despacho número 649, de fecha 7 del presente, y nos permitimos informarles que en el año de 1940 aparece en nuestros libros la cuenta corriente de la sociedad 'Droguería Beltrán', y que las firmas autorizadas para mover dicha cuenta eran las de los señores Rubén Beltrán y Guillermo Becerra N."; y

c) La confesión que el socio Becerra Navia hizo ante la misma Jefatura, al declarar bajo juramento la existencia de la compañía, los negocios que ésta había realizado y la manera como fueron repartidas las utilidades del negocio así explotado, confesión ratificada en cartas que obran en autos.

En presencia de estas pruebas y habida consideración a que lo perseguido por las leyes que regulan la tributación a que las sentencias acusadas se refieren es gravar a cada cual por lo que en realidad posée y produce, no por menos ni por más, en manera alguna se justifica el proceder de la Jefatura, que debe ser corregido y enmendado, como lo hace la sentencia que por medio de la presente se revisa, al descargar de la liquidación lo correspondiente al patrimonió del socio Becerra Navia y a las utilidades por él percibidas.

Igualmente es jurídica, y, por lo tanto, aceptable, la sentencia apelada: en cuanto impone al demandante, como sanción, el recargo del 100% del impuesto correspondiente a los sueldos por él percibidos y no denunciados, sueldos que montan la suma de $ 2.929.08; y en cuanto lo liberta de la obligación de pagar el 100% del total del impuesto.

Las razones en que el Tribunal funda la conclusión a que llega, y que el Consejo acepta, son bastantes al fin indicado, y por eso esta Superioridad se limita a reproducirlas:

"....En el acta de inspección ocular practicada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales sobre los libros de contabilidad del señor Rubén Beltrán aparece que el demandante recibió, por concepto de sueldos como empleado de la Droguería, durante el año de 1940, la suma de $ 2.929.08, suma en que están de acuerdo los peritos señores Pantaleón González y Hernando Estévez, según se ve en el dictamen que rindieron, y que fue presentado ante el Tribunal el 12 de abril de 1944, dentro del término que el Tribunal les fijó para presentar dicho trabajo. Es evidente que tratándose de una determinada suma que mensualmente debía recibir el contribuyente Beltrán como recompensa de sus servicios prestados a la firma de la cual era socio, en el momento de hacer la declaración de patrimonio y renta conjuntamente con su señora esposa, sabía de modo preciso a cuánto ascendían esos sueldos, y, por tanto, estaba en la obligación de denunciarlos. Por este aspecto es necesario

concluír que el demandante se ha hecho acreedor a las sanciones legales, tanto más cuanto que en la relación de sueldos pasada por la 'Droguería Beltrán' al funcionario liquidador aparecen los devengados por el demandante. Es verdad que en esa relación se hace aparecer por ese concepto la suma de $ 3.212.50, pero tanto en la inspección ocular practicada por la Jefatura como en el dictamen de los peritos, aparece que dichos sueldos fueron en cuantía de $ 2.929.08.... Sin embargo, en el caso presente, el Tribunal debe separarse del dictamen tántas veces citado, en cuanto él considera que no hay lugar a imponerle la multa del 100% a los demandantes por ningún concepto. Ya se expresó que en cuanto dice relación a los sueldos percibidos por el señor Beltrán como empleado de la Droguería, sí hay lugar a la sanción. ¿Debe ésta cubrir el total de los renglones declarados por los esposos Beltrán, como lo pide el señor Fiscal? El señor apoderado de aquéllos cita con mucha propiedad la doctrina sentada por la honorable Corte Suprema de Justicia, cuyos términos son de tal manera claros que el Tribunal no puede menos de acogerlos y proceder de acuerdo, conforme a esa doctrina, que es como sigue:

'El funcionario liquidador, al revisar la primitiva liquidación y al imponer la multa por inexactitud al excepcionante, lo hace calculándola sobre el impuesto respectivo. Si esa revisión fuera legal por ser aceptable el cargo de inexactitud contra el excepcionante, también adolecería de error tal multa. Que el artículo 125 del Decreto 818 de 1936 exprese que «de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 78 de 1935 la sola inexactitud hace incurrir en un recargo del ciento por ciento del impuesto», no quiere decir que ese recargo se liquide sobre todo el impuesto que resulte al sumar todos los renglones o partidas denunciados por el contribuyente, sino únicamente el recargo que corresponda a la partida o partidas en que se haya incurrido en ocultación o inexactitud maliciosa, porque injusto sería hacer recaer la pena aun con relación a aquello en que no se faltó a la verdad ni hubo fraude alguno al Fisco.'

"Además, el Consejo de Estado, en sentencia de 14 de junio de 1944, dice:

'La jurisprudencia del Consejo en materia de inexactitud en las declaraciones de renta ha sido acogida y afirmada por la honorable Corte Suprema de Justicia, como puede verse en la sentencia de 4 de junio de 1943 *(Gaceta Judicial* números 1998 y 1999, página 704). Son párrafos de dicha sentencia los que en seguida se transcriben, con abundamiento de razones, en favor de la tesis expuesta:

«Un simple error en la declaración de renta no constituye la falsedad, que es siempre inexactitud, en cuanto, a sabiendas, se emplea para defraudar ocultando maliciosamente en la respectiva declaración alguna partida o cantidad con el fin de que sobre ella no recaiga el correspondiente impuesto. La aplicación de lo dispuesto en los artículos 124 y 125 del Decreto 818 de 1936, por lo mismo que apareja sanciones no puede hacerse con mengua de los principios fundamentales en materia penal, los cuales se informan en la intención dolosa del agente de la infracción de la ley. El funcionario liquidador, al revisar la primera liquidación, y al imponer la multa por inexactitud

al excepcionante, lo hace calculándola sobre el total del impuesto respectivo. Si esta revisión fuera legal por ser aceptable el cargo de inexactitud contra el excepcionante, también adolecería de error tal multa. Que el artículo 125 del Decreto 818 de 1936 expresó que 'de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 78 de 1935 la sola inexactitud en la declaración hace incurrir en el recargo del ciento por ciento', no quiere decir que ese recargo se liquide sobre todo el impuesto que resulte al sumar todos los renglones o partidas denunciados por el contribuyente, sino únicamente el recargo o recargos que correspondan a la partida o partidas en que se haya incurrido en ocultación o inexactitud maliciosa, porque injusto sería hacer recaer la pena aun con relación a aquello en que no se faltó a la verdad, ni hubo fraude alguno al Fisco'.»"

Empero, como en la referida sentencia se incurre en el error de liquidar el impuesto correspondiente a sueldos separadamente del que corresponde a las demás utilidades, cuestión que no puede hacerse sin perjuicio del Fisco, por ser el impuesto progresivo, y como en la deducción del recargo se incurre en otro error, cual es el de liquidarlo por la tarifa más baja en vez de serlo por la más alta correspondiente, ya que el resultado producido por la ocultación u omisión era el no pago por tal tarifa, la sentencia habrá de reformarse en el sentido de corregir tales errores, así como también el proveniente de no haber descontado los gastos generales de los negocios particulares del denunciante.

De acuerdo con lo dicho, el impuesto a que se refieren las Resoluciones demandadas debe liquidarse así:

Patrimonio:

El denunciado por los contribuyentes, aceptado por la Jefatura	$ 30.800.00	
Más 50% del patrimonio social	9.953.24	
Suma	$ 40.753.24	
Menos pasivo aceptado por deudas	5.836.82	
Patrimonio líquido gravable	$ 34.916.42	
Impuesto		$ 34.83

Renta:

La declarada por los contribuyentes, y aceptada por la Jefatura	$ 3.750.00	
Más 50% de las utilidades deducidas por los peritos como líquidas en la Droguería Beltrán	920.74	
Más sueldos devengados y no denunciados	2.929.08	
Suma	$ 7.599.82	
Menos gastos mensuales reconocidos por la Jefatura y que el Tribunal omitió disminuir $ 571.74		
Menos exenciones comprobadas, reconocidas por la Jefatura	2.400.00	2.971.74
Renta líquida gravable	$ 4.628.08	
Impuesto sobre la renta		$ 70.70

Recargo por inexactitud deducido así:

2.301.00 al 2 % = 46.02
628.08 al 2½% = 15.70

2.929.08	61.72	....	61.72

Total del impuesto ....$ 167.25

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto fiscal y en parte de acuerdo con él,

Falla:

Fíjase en la cantidad de $ 167.25 el impuesto que a Rubén Beltrán y esposa corresponde pagar por renta y patrimonio en el año de 1940.

Por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca se devolverá a los esposos Beltrán la suma de $ 647.87 cobrada de más a éstos.

Queda así reformada y sustituída la sentencia de primera instancia

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Gonzalo Gaitán, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón, Gustavo A. Valbuena, Jorge Lamus Girón, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

Electorales—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón).

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

De conformidad con el artículo 229 de la Ley 167 de 1941, procede el Consejo a fallar en una sola sentencia los tres juicios que en virtud de demandas promovidas por los doctores Guillermo Peñaranda Arenas, Arturo Argüello R. y Germán Torres Barreto, se han adelantado contra los escrutinios practicados en los días 10 y 11 de abril del año en curso, por el Consejo Electoral del Departamento del Tolima, en las elecciones para Representantes al Congreso por esa Circunscripción para el período constitucional de 1945 a 1947.

En todos tres juicios se ha agotado la tramitación propia de la única instancia, sin que hubiera habido necesidad de sortear el Consejero que deba redactar el proyecto de sentencia, por la circunstancia de que todos ellos fueron repartidos a un solo sustanciador, como así lo tiene resuelto el Consejo en casos análogos.

Para dictar el fallo que corresponde se habrán de estudiar por separado las tres demandas de que se ha hecho mención.

Demanda promovida por el doctor Guillermo Peñaranda Arenas.

En escrito presentado el 18 de abril del año en curso, el doctor Peñaranda Arenas pidió al Consejo que ordenara la rectificación de los escrutinios practicados por el Consejo Electoral del Departamento del Tolima, petición que entrañaba la de invalidez de la proposición número 13, por medio de la cual la corporación escrutadora dispuso no computar los votos del Municipio de Ortega, y pidió, de acuerdo con el artículo 184 de la Ley 85 de 1916, que se corrigieran las irregularidades anotadas por él en su demanda, computando los votos emitidos en dicho Municipio en las elecciones verificadas el 18 de marzo del año en curso, y que, como consecuencia de la rectificación, se cancelaran las credenciales de los Representantes que no resultaran electos según el nuevo cómputo, y se expidieran las nuevas a que hubiera lugar.

Como hechos de su demanda expuso el doctor Peñaranda Arenas que en el acto de los escrutinios practicados por el Consejo Electoral del Tolima se presentaron, entre otros incidentes, el que en seguida relata como hecho fundamental de su demanda, a saber:

> "Al tratarse del pliego referente al Municipio de Ortega se presentó la proposición número 11, que fue aprobada, y que dice:
>
> 'En vista de que no hay elementos sobre que hacer escrutinio, pídanse al Tribunal de lo Contencioso Administrativo copias de las actas de los Jurados de Votación del Municipio de Ortega y de los demás documentos relacionados con las últimas elecciones, que puedan haber sido remitidos a dicho Tribunal

por el Municipio de Ortega, y suspéndase este escrutinio mientras llegan tales documentos.'

"Más tarde volvió a suscitarse la discusión sobre las elecciones de Ortega, pues no obstante que el Secretario de la corporación informó 'que anoche cuando fue al Correo a reclamar los documentos dirigidos al Consejo, y luégo de entregársele los pliegos, se le manifestó que nada más había, pero que hoy, a las ocho y cuarto de la mañana, que regresó al Correo, le fueron entregados los pliegos relativos a los escrutinios de los Jurados de Votación del Municipio de Ortega, en número de 25, que fueron los que funcionaron allí', el Consejero doctor Pabón Peláez siguió sosteniendo, contra la opinión de otros Consejeros, que los escrutinios debían hacerse con base en todos los documentos relacionados con la elección, o sean los registros de sufragantes, las actas de escrutinio de los Jurados de Votación, las papeletas, las actas de escrutinio del Jurado Electoral, recalcando sobre el registro de sufragantes como documento básico de todos los escrutinios.

"La discusión terminó con la aprobación de la proposición número 13, que dice:

'El Consejo se abstiene de computar los votos correspondientes al Municipio de Ortega por cuanto no existen los registros o listas de sufragantes que de acuerdo con la ley deben servir de base para formar el escrutinio.'

"De modo que cuando se aprobó esta proposición sólo echaban de menos los escrutadores las listas de sufragantes.

"Pero es el caso que antes de firmarse el acta, es decir, cuando todavía se estaba discutiendo sobre el escrutinio, y siendo las tres de la tarde, se presentaron, conforme recibo que acompaño, todos los papeles que deseaban, a pesar de lo cual no se aprobó la proposición número 14, que pedía la revocación de la proposición anterior, ya que el Consejo estaba sesionando regularmente y no había, por lo mismo, ningún motivo atendible para negarse a incluir el pliego referente al Jurado Electoral de Ortega."

El doctor Peñaranda Arenas hace consistir el concepto de la violación en que conforme al artículo 14 de la Ley 7ª de 1932, las corporaciones escrutadoras tienen funciones limitadas en la apreciación de cuestiones de derecho; en que el Consejo Electoral del Tolima ha violado los artículos 171 de la Ley 85 de 1916 y 14 de la Ley 96 de 1920, al desconocer el registro electoral del Municipio de Ortega, sin existir respecto de él las causales de nulidad que dichas disposiciones establecen, y en que, conforme al artículo 184 de la Ley 85 citada, las irregularidades cometidas al computar los votos por las corporaciones escrutadoras, dan lugar a la rectificación de los escrutinios practicados.

El demandante acompañó a su libelo copia auténtica del acta de los escrutinios practicados por el Consejo Escrutador, en la que figuran las proposiciones a que se refieren los hechos de la demanda, y en que se encuentran consignadas las razones que el Consejo Electoral del Tolima tuvo en cuenta para no computar los votos emitidos en el Municipio de Ortega en las últimas elecciones para Representantes al Congreso.

Igualmente, acompañó copia auténtica del siguiente recibo:

"Recibí del señor Manuel Ignacio González un paquete liado y lacrado, procedente del Jurado Electoral de Ortega, con esta

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA SUPREMA DE JUSTICIA

leyenda: 'Pliego electoral—Señor Presidente del Jurado Electoral Departamental—Contiene las actas de escrutinios, los registros de votación, las listas parciales de sufragantes y las actas de votación de las veinticinco mesas de votación que funcionaron en este Municipio con ocasión a las elecciones verificadas el 18 de marzo último para Representantes a la Cámara y Diputados a la Asamblea—Por el Presidente, el Vicepresidente (firmado), *Pablo Emilio Garzón*—Vocales (firmados): *Juan A. Lamprea, Demetrio Melo*—Secretario, *Sinforiano Cabezas A.*—Tiene tres sellos con la siguiente leyenda: «Jurado Electoral—Departamento del Tolima'.»—Este paquete fue entregado en la Secretaría del Consejo a las tres de la tarde de hoy—Ibagué, 11 de abril de 1945—(Firmado), *Adolfo Troncoso*, Secretario—(Hay un sello del Consejo Electoral)."

En el acta del Consejo Escrutador, correspondiente a la sesión del 11 de abril, se hace constar que la sesión se levantó "siendo las cinco y media de la tarde".

De conformidad con la ley electoral, para que el Consejo Escrutador pudiera computar los votos emitidos en el Municipio de Ortega, bastaba que al Consejo hubiera llegado el acta de los escrutinios practicados por el Jurado Electoral del Municipio, acta que desde un principio llegó a poder de los escrutadores, sin que éstos pudieran desecharla, a menos que ocurriera alguno de los dos casos contemplados en el artículo 14 de la Ley 96 de 1920, es decir, por comprobarse que el acta había sufrido alteración sustancial en lo escrito después de firmada por los miembros del Jurado, o por resultar que el acta era falsa o apócrifa, o falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para su formación; pero sin que por ninguno de estos motivos se hubiera tachado el registro electoral del Municipio de Ortega, el Consejo Electoral del Departamento del Tolima resolvió prescindir de computarlo, exponiendo como razón que no había elementos sobre los cuales escrutar los votos emitidos en ese Municipio, omitiendo así el dar cumplimiento al artículo 171 del Código de Elecciones, que previene que cuando una corporación escrutadora no hubiere recibido oportunamente los pliegos o registros necesarios para el escrutinio, debe pedir copia legalizada de los que falten a la autoridad política o al Tribunal de lo Contencioso Administrativo que sí los haya recibido, y que estas copias pueden tenerse en cuenta en el respectivo escrutinio. Mas ya se vio que al Consejo Electoral del Tolima sí había llegado el acta de los escrutinios practicados o registro electoral del Municipio de Ortega, y aún más: que todos los pliegos y elementos que habrían podido servir para escrutar los votos de ese Municipio, verificando el escrutinio practicado por el Jurado Electoral, llegaron al Consejo Escrutador dos horas y media antes de que se levantara la sesión respectiva, negándose la siguiente proposición presentada por el Consejero doctor Oyuela:

> *"Proposición número 14.* Por no haberse cerrado el acta sobre escrutinio y estar sesionando regularmente el Consejo Electoral, revócase la aprobación dada a la proposición por la cual se dispuso no escrutar los votos emitidos en el Municipio de Ortega, y reconsidérese, ya que los elementos de juicio que fueron echados de menos se encuentran en poder del Consejo desde la hora de las tres pasado meridiano."

Aun admitiendo la razón alegada por la mayoría de la corporación escrutadora, de que ya el escrutinio había sido practicado, es forzoso

anular la proposición número 13, por la cual el Consejo se abstuvo de computar los votos correspondientes al Municipio de Ortega, basándose en que no existían los registros o listas de sufragantes que debían servir de base para formar el escrutinio, puesto que ya se vio que en tiempo hábil llegó a poder del Consejo el registro electoral del Municipio, que era el que la corporación escrutadora debía tomar en cuenta, y que no podía anular ni dejar de computar, no mediando respecto de él ninguna de las causales taxativamente enumeradas por el artículo 14 de la Ley 96 de 1920.

Por tanto, el Consejo habrá de resolver en forma favorable la demanda del doctor Peñaranda Arenas, ordenando rectificar los escrutinios practicados por el Consejo Electoral del Tolima, con el fin de que sean computados los votos del registro electoral del Municipio de Ortega.

Demanda del doctor Arturo Argüello R.

En esta demanda el doctor Argüello pide al Consejo que declare nulo el escrutinio practicado por el Consejo Electoral del Departamento del Tolima en los días 10 y 11 de abril del año en curso, por cuanto la corporación escrutadora no computó los votos emitidos en el Municipio de Falan para Representantes en las elecciones que se verificaron el 18 de marzo anterior, y que son válidos los votos emitidos en dicho Municipio, y, en consecuencia, debe rectificarse el escrutinio practicado, y, de acuerdo con los nuevos cómputos, expedirse las credenciales a que haya lugar y cancelarse las de quienes no resultaren elegidos.

Como hechos de su demanda expuso el doctor Argüello que el Consejo Electoral anuló los votos del Municipio de Falan por medio de la proposición número 9, que reza:

> "En vista de las graves irregularidades debidamente comprobadas que aparecen en los papeles enviados por el Jurado Electoral de Falan, referentes todos a las elecciones últimas para Representantes y Diputados, el Consejo Electoral Departamental, en guarda de la ética y pureza del sufragio, resuelve declarar nulos, para el efecto de los escrutinios que se están verificando, todos los votos escrutados en el referido Municipio de Falan, y pasar copia de dichos papeles a la autoridad competente a fin de que se investiguen las irregularidades y se sancione a los que aparezcan responsables."

Agregó el doctor Argüello que en virtud de esta proposición no se computaron los votos emitidos en el Municipio de Falan, procediendo el Consejo Electoral del Departamento respecto de dicho Municipio en forma contraria a como procedió en todos los demás casos, especialmente en lo referente a los votos del Municipio de Ibagué, sin que pudiera exhibir razones distintas de las que tuvo para computar los votos de este último Municipio, y que el Consejo Electoral carecía de facultad legal para decretar la nulidad total o parcial de los votos emitidos en el Municipio de Falan, puesto que ni hubo exceso del censo de cedulación ni los registros de los Jurados de Votación son falsos ni apócrifos, ni las irregularidades anotadas en el acta de escrutinio del Jurado Electoral de Falan, en lo referente a los Jurados de Votación números 1, 9 y 15 autorizaban la nulidad de la votación total del Municipio, ya que a lo más habrían dado lugar a la exclusión de los votos consignados en esas mesas, pero que ni aun esto sería aceptable porque si el Consejo Electoral tenía dudas respecto de los resultados consignados en tales mesas, ha debido hacer directamente el escrutinio sobre las papeletas

respectivas, tal como lo hizo respecto de los Jurados de Votación del Corregimiento de Combeima, en lo relativo a los escrutinios del Municipio de Ibagué.

La demanda la fundó en que el artículo 195 de la Ley 167 de 1941 señala taxativamente las causales de nulidad de los registros de los Jurados de Votación, y ninguna de las irregularidades anotadas en los registros de los Jurados números 1, 9 y 15, del Municipio de Falan caben dentro de dichas causales de nulidad, por lo que el Consejo Electoral *no podía decretar nulidades por propia iniciativa, sino sujetándose* a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932.

Las irregularidades que se anotaron en el acta de escrutinio practicado por el Jurado Electoral de Falan son las siguientes:

> "En el Jurado número 1 no se encontró acta de escrutinio para Representantes. En el Jurado número 9, correspondiente al Corregimiento de Frías, faltaron las actas de escrutinio para Representantes y Diputados. En el Jurado número 4 aparece el registro de los votantes con certificado sin la firma de los miembros del Jurado. En el Jurado número 10 anuncia el acta de escrutinio 105 votos por la lista que encabeza Alfonso Bonilla Gutiérrez para la Cámara, e igual cantidad por la lista que encabeza Ernesto Lucena Bonilla para la Asamblea, y al contar las papeletas correspondientes a este Jurado aparecieron 106 por cada una de las listas mencionadas. En el Jurado número 13 el registro de los sufragantes que votaron con certificado aparece sin las firmas de los miembros del Jurado. En el Jurado número 15 apareció el acta de escrutinios para Representantes, pero sin citar en ella ni el número de votantes ni el encabezamiento de las listas por las cuales sufragaron. En el Jurado número 16 se encontró el registro de los que sufragaron con certificado sin las firmas de los miembros del Jurado de Votación."

En el acta de los escrutinios practicados por el Consejo Electoral del Departamento constan las siguientes razones tenidas en cuenta para aprobar la preinserta proposición número 9:

> "El ciudadano doctor Torres Barreto hace observaciones por escrito respecto de informalidades que el mismo Jurado Electoral de Falan observó en el acta. Se constató que el Jurado de Votación número 1 no verificó cómputo de escrutinios para Representantes. En la mesa número 9 no hicieron escrutinios ni para Representantes ni para Diputados. La mesa número 4 aparece (sic) el registro de sufragantes firmados. La número 13, el registro de sufragantes que votaron con certificado, no aparece firmado por los miembros del Jurado de Votación. La mesa número 15 no hicieron escrutinios para Representantes. La mesa número 16 no aparece el registro de los sufragantes firmado por los miembros del Jurado para acreditar la autenticidad.
>
> "Se deja constancia que el Jurado Electoral sólo hizo un acta para Diputados y Representantes. Los Delegados Nacionales, doctor Montaña y General Castaño, piden del Consejo que no se computen los votos emitidos en los Jurados números 1, 9 y 15 para Representantes, y en el Jurado número 9 para Diputados, por no haber hecho esos Jurados de Votación los escrutinios que ordena la ley. El Consejero doctor Melendro dice que el Consejo tiene facultad, como la tienen los Jurados Electora-

les, para hacer en el escrutinio general, con base en las papeletas (sic), o sea en la misma forma como se procedió con los escrutinios de Ibagué, en el caso concreto de los Jurados del Corregimiento de Combeima, donde no fueron verificados los escrutinios para Diputados por dichos Jurados de Votación."

En relación con las irregularidades anotadas, dice el señor Fiscal en su vista número 166:

"De acuerdo con el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932, las corporaciones escrutadoras pueden declarar nulidades referentes a excesos en las votaciones, en relación con el número de sufragantes hábiles para la respectiva elección; a alteraciones manifiestas, en que aparezca ostensiblemente que los registros han sufrido modificaciones en lo escrito, después de firmados por la corporación que los expidió; a errores aritméticos y a registros que evidente e indudablemente aparezcan como apócrifos o falsos.

"De las observaciones realizadas por el Jurado Electoral se desprende que los Jurados de Votación de Falan, números 1º y 9º no le enviaron acta de escrutinio para Representantes; que en el escrutinio verificado por el Jurado de Votación número 10 se computó un voto menos a la lista de Representantes encabezada por Alfonso Bonilla Gutiérrez, y a la de Diputados, encabezada por Ernesto Lucena Bonilla, dado el número de papeletas; que los Jurados de Votación 4, 13 y 16 no firmaron el acta de sufragantes que votaron con certificado expedido por el Jurado Electoral.

"Como se ve, las anomalías preindicadas no encuadran dentro de las previstas en el artículo 14 antes transcrito, pues la única que tiene relación con lo preceptuado en tal norma es la del Jurado de Votación número 10, por haber un error aritmético en el cómputo de los votos, error que, por tratarse de una simple unidad, y más bien en contra de la lista de candidatos, y que quedó rectificado en el escrutinio consumado por el Jurado Electoral, no puede dar base para la declaratoria de nulidad pronunciada por el Consejo Electoral, ya que tal error no caracteriza grave irregularidad, ni va contra la ética ni contra la pureza del sufragio; en lo referente a la carencia del acta de escrutinio para Representantes, de los Jurados de Votación números 1 y 9, como semejante deficiencia también quedó subsanada por el escrutinio efectuado por el Jurado Electoral en ejercicio de la función que le da el artículo 143 del Código de Elecciones, tampoco considero que esa omisión caracterice ninguna de las causales previstas en el artículo 14 de la Ley 7ª para que el Consejo pudiera declarar nulos los votos de dichos Jurados; y en lo referente a que los registros de los Jurados números 4, 13 y 16 no aparezcan con las firmas de los miembros del Jurado de Votación, por tratarse de votos emitidos con certificados, tampoco se me hace que encaje dentro de los casos previstos en el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932, para justificar la declaratoria de nulidad decretada por el Consejo Electoral, desde el momento en que el Jurado Electoral, al hacer el escrutinio de las votaciones en el Municipio de Falan, de acuerdo con los artículos 49 y 103 del Código Electoral, estaba en la obligación de confrontar los votos emitidos en tales Jurados

con los certificados por él expedidos a sufragantes que, encontrándose en el censo electoral, no figuraban en las listas pasadas a los Jurados de Votación para las elecciones; pues si el Jurado Electoral hubiera encontrado que los sufragios consignados en los Jurados de Votación números 4, 13 y 16 no respondían a los certificados que sobre el particular expidió el día de las elecciones, lo hubiera anotado en el acta. De donde se sigue que la infracción del artículo 120 del Código Electoral realizada por el Jurado de Votación, como no está erigida en causal de nulidad de las que puede pronunciar un Consejo Electoral, es incuestionable que la declaratoria de nulidad hecha al respecto por dicha corporación es nula."

El Consejo encuentra acertados los anteriores conceptos del señor Fiscal. En efecto: al Consejo Electoral había llegado en oportunidad el acta de escrutinio del Jurado Electoral del Municipio de Falan, y sobre esta acta debió computar los votos allí emitidos, ya que carecía de facultad legal para declarar la nulidad de tal acta por causas distintas de las señaladas en el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932, pues no puede admitirse que del hecho de que las listas de sufragantes que votaron con certificados no aparezcan firmadas por los miembros de los Jurados de Votación, se deduzca que fueron falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para la formación de los registros respectivos, ni menos que fueran falsos o apócrifos, porque en los pliegos contentivos de las papeletas apareciera un voto más de los que fueron computados en el Jurado número 10.

Ahora, la cuestión referente a la nulidad de los votos de los Jurados de Votación números 1 y 9, por no haber éstos enviado las actas de escrutinio, y haber el Jurado Electoral practicado el escrutinio de dichos votos sobre las papeletas que llegaron a dicho Jurado, es una cuestión de derecho que no podía resolver la corporación escrutadora, ya que tal causal no está enumerada entre las de nulidad que las corporaciones mencionadas puedan declarar. Esa clase de nulidades sólo puede declararlas la jurisdicción contencioso-electoral (en el caso de autos el Consejo de Estado), y esta corporación encuentra —separándose en este particular del parecer de su Fiscal— que el Jurado Electoral del Municipio de Falan no podía computar los votos de los Jurados de Votación números 1 y 9 por no existir los registros electorales, bien porque no se hubieran practicado escrutinios en ellos, bien porque no se hubieran enviado las resvectivas actas, o no se dispusiera, para suplirlas, de los elementos auténticos que sirvieron para su formación.

Dijo el Consejo, en sentencia de 17 de agosto de 1943, publicada en los *Anales* números 329 a 334, página 169, que la labor del Consejo Electoral, como las de las demás corporaciones electorales, no es otra que la de una simple contabilización de los resultados parciales que constan en las actas respectivas, salvo en los casos especiales que la ley contempla, y en los cuales le es dado, en presencia de cuestiones de hecho, desestimar los datos que en ellas aparezcan. Conforme a esta doctrina los Consejos Electorales Departamentales contabilizan los votos registrados en las actas de escrutinios practicados por los Jurados Electorales Municipales, y éstos, a su vez, contabilizan los votos registrados en las actas de escrutinios practicados por los Jurados de Votación; de modo que sólo cuando la corporación escrutadora tuviere dudas sobre la exactitud de los cómputos hechos o noticia de otras irregularidades cometidas en los escrutinios, según aparezcan de los registros respectivos, se

verificará lo hecho abriendo el paquete de papeletas y haciendo el escrutinio de los votos como está dispuesto para los Jurados de Votación (artículo 143 de la Ley 85 de 1916).

Y en sentencia de 14 de abril de 1942, publicada en los *Anales* números 311 a 316, página 261, se dijo:

> "Al respecto se observa que esta corporación, tratándose de los escrutinios, atribuye valor especial a los registros de los Jurados de Votación, no sólo porque es más posible el extravío, cambio o sustracción de las papeletas, sino porque, de lo contrario, desaparecería de los procesos electorales el factor de los registros de votación, a los cuales la ley da un especial valor probatorio, como se deduce de las siguientes disposiciones:
>
> 'Ley 31 de 1929. Artículo 116. Los Jurados de Votación deberán extender cinco ejemplares de los registros de que trata el artículo 127 de la Ley 85 de 1916. Los tres primeros tendrán la destinación que se les señala en el referido artículo 127; los dos últimos se entregarán, uno al Presidente del Jurado de Votación o a quien represente las mayorías, y otro a quien represente las minorías políticas en el mismo Jurado. Estos dos últimos ejemplares deberán precisamente llevar las firmas de las dos personas a que se destinan y el sello correspondiente, si lo hubiere, y no deberán tener tachaduras, entrerrenglonaduras, raspaduras o daños de ninguna especie. Así extendidos constituirán plena prueba en juicio sobre la verdad del escrutinio y de las elecciones verificadas ante las mesas de votación.'
>
> 'Ley 187 de 1936. Artículo 9º Todas las corporaciones electorales tienen la obligación de dar copias de las actas de los escrutinios que verifiquen a los ciudadanos que las soliciten. Estas copias, debidamente autenticadas, se admitirán como pruebas en los juicios de nulidad que se intentaren.
>
> 'Las corporaciones electorales que se nieguen al cumplimiento de esta disposición sufrirán las mismas sanciones previstas en el artículo 2º de esta Ley.'
>
> "De todo lo dicho se deduce que se sentaría un gravísimo precedente si se prescindiera de los resultados electorales obtenidos en determinado Municipio, concretados en pliegos que no han sido objeto de demanda ni de reparo alguno, con el mero supuesto de que por errores en los cómputos es verosímil el fraude o la falsedad en alguno de los elementos que sirvieron para la formación de los mismos.
>
> "Conceptúa, pues, el Consejo, que la única solución justa en el caso en estudio, para no desechar los votos correctamente consignados en las elecciones para Diputados en la población de San Juan de Cesar, para el período en curso, consiste en tomar como base para la rectificación de los escrutinios los pliegos de los respectivos Jurados de Votación de dicho Municipio, anotados en el registro del Jurado Electoral de San Juan de Cesar."

Conforme a la jurisprudencia transcrita, el Consejo habrá de ordenar la rectificación de los escrutinios practicados por el Consejo Electoral del Tolima para que se computen los votos emitidos en el Municipio de Falan en las elecciones para Representantes al Congreso por esa Circunscripción, con excepción de los votos correspondientes a los Jurados de Votación números 1 y 9. No sobra advertir que el Consejo,

en múltiples casos, ha dicho que la nulidad de los registros de uno o varios Jurados de Votación no implica la nulidad de los votos emitidos en los demás Jurados de Votación del mismo Municipio respecto de cuyos registros no existan las mismas causales de nulidad.

Demanda del doctor Germán Torres Barreto.

Este demandante (quien constituyó, como apoderado suyo en el juicio, al doctor Timoleón Moncada), pidió en su libelo que el Consejo declarara nulo el acto de escrutinio practicado por el Consejo Electoral del Departamento del Tolima, en los días 10 y 11 del mes de abril de 1945, correspondiente a las elecciones para Representantes verificadas el 18 de marzo, en cuanto se computaron los votos de los registros de los Jurados de Votación números 51 y 52 (mesas de votación que funcionaron en El Salado), 56 (mesa de votación que funcionó en San Juan de la China), 57, 58 y 59 (mesas del Corregimiento de Combeima), 60 (mesa que funcionó en Laureles), 61 y 62 (mesas de Cocora) y 63 (mesa que funcionó en Tapias), todos correspondientes al Municipio de Ibagué, por cuanto los elementos que concurrieron a la formación de los registros carecen de los requisitos exigidos por la ley para acreditar su autenticidad.

Por ser falso o apócrifo el registro o falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para su formación, demandó la nulidad del mismo acto de escrutinio practicado por el Consejo Electoral del Departamento del Tolima en cuanto computó los votos correspondientes al Jurado de Votación número 22, del Municipio de Cunday, y en cuanto computó los votos del Jurado de Votación que funcionó en la Inspección de Policía de La Aurora, del mismo Municipio, sin el permiso del Consejo Electoral, o sea en un sitio distinto del señalado para que funcionara regularmente la respectiva corporación electoral.

Por carecer los elementos que concurrieron a su formación de los requisitos exigidos por la ley para acreditar su autenticidad, demandó también la nulidad de los registros correspondientes a los Jurados de Votación números 1, 2 y 4 del Municipio de El Carmen; 4 y 6 del Municipio de Coello; 1, 5 y 9 del Municipio de Ambalema; 1, 2 y 9 del Municipio de Rovira; 4 y 9 del Municipio de San Luis; 5, 6 y 7 de Roncesvalles; los correspondientes al Corregimiento de Lisboa, del Municipio de Anzoátegui; números 5, 6, 8, 10 y 12 del Municipio de Ataco; 4 y 6 del Municipio de Coello, y la totalidad de los correspondientes a los Municipios de Lérida, Icononzo, Chaparral y Purificación.

Por último, solicitó que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, y de conformidad con el artículo 197 de la Ley 167 de 1941, se ordene la rectificación de los escrutinios para Representantes al Congreso por la Circunscripción Electoral del Tolima, realizados por el Consejo Electoral de ese Departamento, en las fechas tántas veces mencionadas, con el fin de excluir del cómputo general de votos los correspondientes a los registros de los Jurados cuya nulidad demandaba.

Los hechos que el actor enumeró como fundamentales de su demanda habrán de ser analizados por el Consejo al estudiar los cargos formulados a los escrutinios practicados en cada uno de los Municipios a que las peticiones de nulidad y rectificación se refieren.

El doctor Torres Barreto citó como disposiciones violadas los artículos 59, 120 a 122, 127 a 130, 135, 141 y 151 de la Ley 85 de 1916; 7º de la 187 de 1936; 16 de la 31 de 1929, y 14 de la 7ª de 1932.

En el juicio se hicieron partes, por tener interés en él, los señores Pedro Avella y Alberto Barrios.

El Consejo, para fallar, habrá de estudiar por separado las peticiones relativas a cada uno de los Municipios a que la demanda se contrae.

Municipios de Ataco, Ambalema y El Carmen.

El demandante funda la nulidad de los registros de los Jurados de Votación números 5, 6, 8, 10 y 12, del Municipio de Ataco, en que las listas de ciudadanos que votaron en esas mesas aparecen sin las firmas de los miembros de los Jurados de Votación. Por la misma causa demanda la nulidad de los registros de los Jurados de Votación números 1, 2 y 4, del Municipio de El Carmen, y números 1, 5 y 9, del Municipio de Ambalema. Efectivamente, se han traído al expediente dichas listas, las cuales aparecen sin las firmas de los miembros de los Jurados de Votación respectivos. Pero no hay ninguna disposición legal que establezca como causa de nulidad de los registros de las corporaciones electorales el que las listas de votantes no hayan sido firmadas por los Jurados de Votación. El artículo 196 de la Ley 167 de 1941 enumera taxativamente las causas de nulidad de los registros de toda corporación electoral, a saber:

"1º Cuando aparezca que han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmados por los miembros de la corporación que los expide;

"2º Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo o falsos y apócrifos los elementos que hayan servido para su formación;

"3º Cuando se hayan computado pliegos o registros que no fueron introducidos en el término legal en la respectiva urna;

"4º Cuando el registro se extienda y firme en sitio distinto del local en que debe funcionar la respectiva corporación electoral, y

"5º Cuando, tratándose de registro de un Jurado Electoral, aparece que el número de votos excede al de ciudadanos hábiles para sufragar en el Municipio, de acuerdo con las cifras que arroje el libro de cédulas inscritas o revalidadas."

Municipio de Coello.

Funda el demandante la nulidad del registro número 4, del Jurado de Votación que funcionó en Gualanday, en que la lista de los ciudadanos que en él votaron no aparece firmada por los miembros del Jurado respectivo, lo que ya se vio que no es motivo de nulidad; y la del registro número 6, del Jurado de Votación que funcionó en el Corregimiento de La Vega, del mismo Municipio, en que el acta de votación y escrutinios, extendida sobre los esqueletos enviados por el Gobierno, dejó en blanco las horas de la mañana en que principiaron las votaciones y apenas expresó que éstas se cerraron a las cuatro de la tarde. Sobre el particular, cabe observar que el artículo 195 de la Ley 167 de 1941 dice que son nulos los registros practicados por los Jurados de Votación "cuando la elección se verifica en días distintos de los señalados por la ley, o de los señalados por la respectiva autoridad con facultad legal", pero no establece como causal de nulidad el que los registros hayan omitido expresar la hora precisa de la mañana en que las votaciones principiaron.

Municipio de Cunday.

El doctor Torres Barreto considera nulo el registro de votación del Jurado instalado en la Inspección de Policía La Aurora, del Municipio de Cunday, por cuanto el Consejo Electoral del Departamento no había dado permiso para que pudiera funcionar en ese lugar una mesa de votación.

En el acta de los escrutinios se lee que el Secretario de la corporación informó que hace dos años el Inspector de Cedulación concedió permiso para la instalación de una mesa en esa Inspección; pero el Consejo de Estado ha dicho que es a los Consejos Electorales a los que corresponde conceder tal permiso. Sólo que ya el Consejo de Estado, en sentencia del 17 de agosto de 1943, tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta misma cuestión, cuando falló sobre la nulidad de los escrutinios practicados por el Consejo Electoral del Tolima en las elecciones para Representantes verificadas en ese año, y entonces dijo:

> "Por lo que respecta al funcionamiento de las mesas de votación de la Inspección de La Aurora, Municipio de Cunday, es verdad que se ha establecido con la certificación del Consejo Electoral que fue negado el permiso solicitado por el Presidente del Directorio Liberal, lo que quiere decir que el Jurado Electoral de Cunday obró sin sujeción a lo dispuesto por el Consejo al ordenar la instalación de dichas mesas de votación en ese lugar. Mas por las constancias que se insertaron en el acta de escrutinio general, se comprende que el Jurado Electoral de Cunday resolvió el caso, en consideración a que existía una autorización anterior, que entendía que no había sido derogada, pues no es aceptable por ningún motivo que haya sido por órdenes de los Inspectores de Cedulación, puesto que éstos no tienen facultad alguna para resolver acerca de la instalación de mesas de votación. Pero no disculpa al Jurado Electoral lo anterior, porque es evidente que el permiso fue negado por el Consejo Electoral y a ello ha debido atenerse.
>
> "Pero, con todo, los Jurados de Votación se instalaron indebidamente, y los sufragantes que en tales mesas consignaron sus votos de buena fe, en ejercicio de un pleno derecho, no pueden quedar sancionados con la anulación de sus votos sólo porque el Jurado Electoral, en cuestiones meramente procedimentales, ordenó en forma irregular el funcionamiento de mesas de votación.
>
> "Para el Consejo esta cuestión es adjetiva, sin que, naturalmente, considere que el Jurado Electoral de Cunday no haya incurrido en responsabilidad por tal hecho. Pero en manera alguna ante el hecho cumplido de unas votaciones realizadas ante unos Jurados de Votación que se instalaron y funcionaron regularmente, cabe una declaración de nulidad sobre los registros respectivos. Lo contrario podría llevar al peligroso extremo de que se ordenase el funcionamiento de mesas de votación en forma irregular, para en forma sorpresiva colocar a los electores en el trance de perder sus votos por causas que no les son imputables, cosa más grave, si se quiere, que la misma irregularidad en que incurrió el Jurado Electoral de que se viene hablando."

Respecto del mismo Municipio de Cunday, el doctor Torres Barreto pidió también la nulidad del registro del Jurado de Votación número

22, alegando que en él aparecían votos emitidos en favor de dos listas que no habían sido legalmente inscritas, a saber: una para Representantes encabezada por el señor Ernesto Lucena, y otra para Diputados encabezada por el doctor Alfonso Bonilla Gutiérrez. El Consejo Electoral aceptó el registro respectivo, después de verificar que se trataba únicamente de un trastrocamiento de nombres, por haberse computado como votos para Representantes los emitidos para Diputados, y al contrario.

Municipio de Lérida.

La nulidad del registro correspondiente a este Municipio la hace consistir el demandante en que, aunque aparecen los registros de los Jurados de Votación, no llegaron al Consejo Electoral los registros o listas de los ciudadanos que votaron en las distintas mesas, sino sólo las papeletas. Ninguna disposición legal erige en causal de nulidad el que las listas de votantes no hayan sido enviadas al Consejo Escrutador del Departamento; bien pudieron llegar al Jurado Electoral, y éste no haberlas enviado por no considerarlo necesario a causa de no haberse suscitado duda alguna respecto de los resultados electorales del Municipio.

Municipio de Roncesvalles.

El demandante acusa la validez de los registros de los Jurados de Votación números 5, 6 y 7 de este Municipio con base en que las actas respectivas no fueron extendidas en los formularios oficiales sino en papel común y sin los sellos de dichos Jurados.

Durante el término de prueba se trajeron originales las actas de estos Jurados, y de ellas aparece que, efectivamente, fueron extendidas en papel común y sin los sellos del Jurado, salvo la correspondiente al Jurado número 7, que sí viene sellada.

Tampoco existe disposición legal que estatuya como causal de nulidad el no haberse extendido los registros de escrutinios de las corporaciones electorales en los formularios que para el efecto debe remitir el Gobierno, y en el caso de autos cabe observar que ninguna tacha de falsedad se ha opuesto con respecto del contenido de tales registros, ni han sido tachadas de apócrifas las firmas de los miembros de los Jurados que los suscriben.

Municipio de Rovira.

El actor demandó la nulidad de los registros de los Jurados de Votación números 1, 2 y 9 de este Municipio, dando como razón que aparecían sin la firma de los respectivos Secretarios. En el término de prueba se trajeron originales los registros, y de ellos resulta que el del Jurado de Votación número 1, que funcionó en el Corregimiento de Riomanso, aparece firmado por el Secretario Julio César Cardoso, y el del Jurado número 2, que funcionó en el mismo Corregimiento, firmado por el Secretario Carlos Matiz. Ahora, respecto del Jurado número 9, aunque a primera vista aparece en blanco el renglón del formulario, que dice:

"El Secretario....", hay que anotar que atrás se encuentra la leyenda: "El Vocal, Secretario, Lucio Cocuy."

Municipios del Chaparral y Purificación.

Se pide la nulidad de los votos de los registros electorales de estos Municipios con fundamento en que al escrutar dichos votos faltaron los registros de los Jurados de Votación. Sobre el particular reza el

acta de escrutinios del Consejo Electoral que en los paquetes enviados por los Jurados Electorales de estos Municipios no aparecieron las actas de escrutinios ni para Diputados ni para Representantes, por lo que el Consejo decidió solicitar inmediatamente copia auténtica de dichas actas a la Gobernación del Departamento, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 171 del Código de Elecciones, y que una vez obtenidas, con base en ellas se verificó el escrutinio sin que se hubiera presentado observación ninguna. El procedimiento seguido en este caso por el Consejo Escrutador es perfectamente legal.

El doctor Moncada, en su alegato de conclusión, en relación con el Municipio de Chaparral, se limita a hacer la observación de que los registros de los votantes en cada una de las mesas de votación aparecen escritos en una misma forma de letra, sin que sea posible físicamente que durante todo el tiempo de las votaciones, sin interrupción alguna, pueda una persona permanecer actuando en el Jurado. El indicio, por más que se le reconozca toda su gravedad, no podría ser suficiente para tachar de falsos los elementos que sirvieron para la formación de tales registros.

Como a este indicio se agrega la circunstancia de que el Jurado Electoral del Chaparral no envió el registro de escrutinios del Municipio ni los registros de los escrutinios practicados por los Jurados de Votación, hay lugar a conjeturar que pudo cometerse un fraude, que, en todo caso, es necesario mandar averiguar.

Municipio de Icononzo.

Dice el demandante que el Consejo Escrutador no ha debido computar los votos correspondientes a este Municipio por cuanto se comprobó que en los Jurados de Votación números 2 y 8 se cometió un fraude, consistente en figurar en los registros de votantes como ciudadanos que habían votado, quienes comprobaron no haber ejercido la función electoral.

En el acta de escrutinios practicados por el Consejo Electoral consta que dicha corporación resolvió no computar los votos emitidos en los Jurados de Votación números 2 y 8 por haberse comprobado que aparecían como votantes ciudadanos que no sufragaron, puesto que las cédulas respectivas fueron presentadas al Consejo por los ciudadanos interesados en la afirmación de no haber ejercido el derecho del sufragio, las que en efecto carecían de los sellos que acreditaran haber votado.

Como la proposición número 10, por la cual el Consejo Escrutador tomó esta determinación no ha sido demandada, síguese que el Consejo de Estado no habrá de ocuparse en esta cuestión.

Pero atrás se dijo, al tratar de la nulidad del registro del Municipio de Falan, que el hecho de anularse los registros de uno o más Jurados de Votación de un Municipio no es causa para que dejen de computarse los votos correspondientes a los demás Jurados de Votación del mismo Municipio en que no se haya cometido ninguna irregularidad.

Municipio de San Luis.

Acerca de este Municipio reza la demanda:

> "El Consejo Electoral del Departamento del Tolima computó los votos correspondientes a los registros de los Jurados de Votación números 4 y 9, del Municipio de San Luis, no obstante que en la mesa de votación número 4 hubo ciudadanos que su-

fragaron minutos después de haberse ordenado el cierre de las urnas, según constancia que dejaron el Delegado del Gobierno y el Presidente del Jurado Electoral de ese Municipio; y en la mesa de votación número 9 apareció menor número de papeletas a las que se indican a las actas de escrutinios."

El señor Fiscal analiza así los cargos formulados:

"En las pruebas del querellante, en relación con este Municipio, existe la constancia del Presidente del Jurado Electoral de que el Delegado del Gobierno para dicho Municipio constató (sic) que minutos después de cerradas las votaciones un ciudadano votó en el Jurado número 4, y que en el Jurado número 9 aparecen escrutadas 56 boletas para cada una de las dos listas que figuraron inscritas para Diputados, y que en las cubiertas no aparecieron sino 53 boletas. El hecho de haber votado un ciudadano después de cerradas las votaciones es incuestionablemente una irregularidad; pero no está erigida en causal de nulidad de las votaciones en las normas que establecen tales causales. En cuanto al reparo que se hace al cómputo de los votos emitidos en el Jurado número 9, como lo precisa la certificación del Presidente del Jurado Electoral traída en el término de prueba, la irregularidad fue cometida con los votos emitidos para Diputados, cuyas elecciones no están acusadas, y en cambio nada dice respecto de los escrutinios para Representantes, lo que hace presumir que estos últimos y las votaciones respectivas se consumaron de acuerdo con la ley."

A lo dicho por el Agente del Ministerio Público cabe agregar que no sólo no es motivo de nulidad el que en las urnas aparezca un número menor de papeletas que los ciudadanos que aparecen votando —cosa que puede acontecer, por ejemplo, porque los sufragantes lo hagan con cubiertas vacías—, sino que la misma ley ha previsto el caso de que aparezca un número mayor de papeletas, y ha dispuesto que para este caso se destruyan a la suerte las excedentes.

Municipio de Anzoátegui.

Se acusan las elecciones de este Municipio por haberse computado los votos del registro del Jurado de Votación del Corregimiento de Lisboa, cuyos pliegos llegaron al Jurado Electoral después de las 12 del día siguiente.

Sobre este particular obra el certificado del Secretario del Jurado Electoral de Anzoátegui, quien da fe de que los pliegos que sirvieron para las votaciones en ese Corregimiento llegaron al Jurado Electoral a la una y diez minutos de la tarde del día 19 de marzo, y que así consta en el acta número 13 del Jurado.

De conformidad con el artículo 130 del Código de Elecciones, pasadas las doce del día siguiente al de las votaciones no se recibirán en el Jurado otros pliegos que los que provengan de los Jurados de Votación de los Corregimientos, los cuales se recibirán de las dichas doce del día en adelante, hasta completar el término de la distancia, a razón de dos horas por cada cinco kilómetros, sin computar las doce horas de la noche.

El señor Fiscal observa con mucha razón que como en autos no aparece establecida la distancia que existe entre el Corregimiento de Lisboa y la población de Anzoátegui basta el hecho de que los pliegos

provinieran de un Corregimiento para que pudieran recibirse después de las doce del día expresado, y, por tanto, hay que presumir que llegaron oportunamente, ya que en la misma certificación del Secretario del Jurado Electoral se afirma que llegaron a una hora que hace presumir que fue oportuna.

Municipio de Ibagué.

El demandante acusa el registro electoral de este Municipio por cuanto los registros o listas de los ciudadanos que votaron en los Jurados de Votación números 51, 52 y 56 a 63 no traen las firmas de los ciudadanos que actuaron como Jurados, y por cuanto los registros de los Jurados de Votación números 51 y 56 a 62 carecen de la certificación de que trata el artículo 121 del Código de Elecciones, y la certificación del Jurado número 63 se encuentra por separado.

El artículo 195 de la Ley 167 de 1941 no enumera como causas de nulidad de los registros practicados por los Jurados de Votación sino las siguientes:

> "1º Cuando la elección se verifica en días distintos de los señalados por la ley, o de los señalados por la respectiva autoridad con facultad legal;
>
> "2º Cuando no se hayan verificado las elecciones o escrutinios respectivos en presencia, por lo menos, de la mayoría absoluta de los miembros de la corporación;
>
> "3º Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruído o mezclado con otras las papeletas de votación, o se hayan destruido o perdido éstas por causa de violencia;
>
> "4º Cuando el número de sufragantes exceda del número de cédulas expedidas o revalidadas en el respectivo Municipio, a favor de ciudadanos hábiles para ejercer el derecho de sufragio."

De manera que, según esto, no son causas de nulidad ni el que las listas de votantes carezcan de las firmas de los miembros de los Jurados de Votación, ni la falta de la certificación del Jurado, puesta a continuación de la última firma del registro acerca de los nombres de los ciudadanos que han votado para la respectiva elección.

Fuera de eso consta en el acta que el Consejo Escrutador resolvió verificar los escrutinios de los Jurados de Votación y se obtuvo el siguiente resultado:

> "Los señores escrutadores informan que el número de ciudadanos que figuran en los registros de los votantes de los Jurados de Votación números 51, 52 y 56 a 63 corresponde exactamente al número total de sufragantes anotados en las actas de escrutinios debidamente firmadas, y al número de papeletas. Igualmente, coincide con lo expresado en las actas, y que no aparece ningún indicio de fraude, apocrifidad o falsedad."

También fue acusado el registro del Municipio de Ibagué, alegando que los registros de los Jurados de Votación números 57, 58 y 59, que funcionaron en el Corregimiento de Combeima, no llegaron dentro del

término legal al Jurado Electoral de Ibagué, pero de este hecho no se trajo ninguna prueba al expediente.

Lo único que consta en el acta del Consejo Escrutador es que en los registros de los Jurados de Votación del Corregimiento de Combeima no se escrutaron los votos para Diputados sino únicamente los emitidos para Representantes, por lo cual dicho Consejo resolvió no computar tales registros en el escrutinio para Diputados, pero sí para Representantes, después de verificada la exactitud de los cómputos con el examen de las papeletas.

Analizadas así, una a una, las causales de nulidad alegadas por el doctor Torres Barreto en su demanda, el Consejo llega a la conclusión de que ellas no dan lugar a declarar la nulidad solicitada ni a ordenar rectificación ninguna por ese concepto.

Resumen.

Conforme al estudio que caba de hacerse de las tres demandas formuladas contra el acto de los escrutinios practicados por el Consejo Electoral del Departamento del Tolima, se deduce que carecen de fundamento las peticiones para que se declare la nulidad de tales escrutinios, y que únicamente resulta fundada la petición de rectificación de los mismos con el objeto de computar los votos del registro electoral del Municipio de Ortega, y los del registro electoral del Municipio de Falan, con excepción, respecto de este último, de los correspondientes a los Jurados de Votación números 1 y 9.

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

Falla:

1º Es nula la proposición número 13, por la cual el Consejo Electoral del Departamento del Tolima resolvió abstenerse de computar los votos emitidos en el Municipio de Ortega, en las elecciones para Representantes al Congreso por esa Circunscripción.

2º El Consejo de Estado procederá a rectificar los escrutinios practicados en los días 10 y 11 de abril del año en curso por el Consejo Electoral del Departamento del Tolima, en las elecciones para Representantes al Congreso por esa Circunscripción, verificadas el 18 de marzo de este año, con el objeto de computar los votos del registro electoral del Municipio de Ortega y los del registro electoral del Municipio de Falan, exceptuando de este último los votos de los registros de los Jurados de Votación números 1 y 9.

3º La rectificación que el Consejo deberá practicar se reducirá a agregar a los votos escrutados por el Consejo Electoral los escrutados por los Jurados Electorales de los Municipios de Ortega y Falan con la excepción de los dos Jurados de Votación últimamente mencionados.

4º Señálase el segundo día hábil siguiente al de la ejecutoria de esta sentencia, a la hora de las nueve de la mañana, para practicar la rectificación de tales escrutinios y hacer la declaración de elecciones a que hubiere lugar.

5º Niéganse todas las demás peticiones formuladas en sus demandas por los doctores Arturo Argüello R. y Germán Torres Barreto.

6º Se enviarán al funcionario de instrucción competente, originales, los registros de votantes de los Jurados de Votación del Municipio del Chaparral, con copia de la parte pertinente de esta sentencia, a fin de investigar los hechos delictuosos que hayan podido cometerse contra la verdad del sufragio.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Aníbal Badel, Tulio Enrique Tascón, Gonzalo Gaitán, Jorge Lamus Girón, Carlos Rivadeneira G., Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.



Asuntos municipales.—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón).

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

En grado de apelación, interpuesta por el doctor Rafael Bossio Fernández, apoderado especial del doctor Arturo Martínez Gutiérrez, ha venido a esta Superioridad la sentencia de fecha 26 de febrero del año en curso, por la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico negó las peticiones formuladas por el mismo doctor Martínez Gutiérrez en libelo presentado el 21 de junio de 1944.

Surtida como está la tramitación propia de la segunda instancia, se procede a dictar la sentencia que corresponde, con fundamento en las siguientes consideraciones:

El Concejo Municipal de Barranquilla, en su sesión del 2 de junio del año pasado, aprobó la siguiente Resolución:

"*El Concejo Municipal de Barranquilla,*

en uso de sus facultades legales, y

"CONSIDERANDO:

"1º Que el señor Arturo Martínez, Concejal suplente del Concejal principal Alonso Hernández Barreto, fue ilegalmente elegido Contralor Municipal en una de las sesiones del mes de diciembre de 1943, para el período de un año;

"2º Que está claramente demostrado por terminantes disposiciones legales, como son el artículo 2º de la Ley 5ª de 1929, en desarrollo del artículo 171 del Código de Régimen Político y Municipal, que los Concejales principales y suplentes no pueden ser elegidos por el Concejo a que pertenecen para ningún puesto lucrativo;

"3º El Concejo Municipal de Barranquilla, queriendo volver por los fueros de la moral administrativa,

"RESUELVE:

"1º Destituir, como en efecto destituye, al señor Arturo Martínez, del cargo de Contralor Municipal de Barranquilla, por haber sido ilegalmente elegido.

"2º Señalar la primera hora de la sesión del día miércoles 7 de los corrientes para hacer la elección de Contralor Municipal de Barranquilla para el resto del período legal en curso, con sujeción a las normas legales.

"Dada en Barranquilla a dos de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

"El Presidente (firmado), *Miguel Antequera P.*—El Secretario (firmado), *José Z. Delgado.*"

El doctor Martínez Gutiérrez pidió al Tribunal Administrativo del Atlántico que declarara nula la Resolución preinserta, y que, como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordenara el restablecimiento de su derecho, en la siguiente forma: restituyéndolo a su cargo de Contralor Municipal; mandando que el Tesoro Municipal le pague los sueldos que dejó de devengar en virtud de la destitución, así como los gastos de representación dejados de recibir, y declarando el Tribunal que la suspensión del cargo no interrumpía las prestaciones sociales a que tenía derecho por ley y por acuerdos municipales.

Como hechos de su demanda expuso: Que según el artículo 4º del Acuerdo 2 de 1943, expedido por el Concejo Municipal de Barranquilla, el período legal del Contralor Municipal es de un año, contado desde el 1º de enero al 31 de diciembre del año respectivo; que habiendo sido elegido Contralor Municipal para un período determinado, el Concejo lo destituyó del cargo, tomándose atribuciones que sólo competen a la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que entró a decidir sobre la validez de la elección en él recaída, y que con la destitución decretada se le han causado perjuicios morales y económicos que deben ser reparados.

Como disposiciones violadas citó el artículo 196 de la Codificación Constitucional y el 164 del Código de Régimen Político y Municipal, según los cuales los acuerdos municipales son obligatorios mientras no sean derogados o anulados en la forma debida, citas desde luégo improcedentes, por cuanto el nombramiento de Contralor no se hace por medio de acuerdos sino de votación. Igualmente citó como violados los artículos 171 y 278 del mismo Código, en el concepto de que los empleados municipales creados por los Concejos tienen períodos de un año y no pueden ser destituídos durante el período para que han sido nombrados, ni pueden los Concejos, por medio de acuerdos o de simples resoluciones, intervenir en asuntos que no son de su competencia, como es el caso de autos; en que sólo a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo le compete decidir sobre la validez de la elección hécha en el demandante para Contralor Municipal de Barranquilla.

Mas es el caso que con fecha 24 de octubre del mismo año de 1944, el Consejo de Estado dictó sentencia por la cual declaró nula la elección de Contralor Municipal de Barranquilla, hecha en el doctor Arturo Martínez Gutiérrez por el Concejo de la misma ciudad, en su sesión del 14 de diciembre de 1943.

El Consejo, para resolverlo así, tuvo en cuenta que el doctor Martínez Gutiérrez era Concejal suplente, y conforme al artículo 171 del Código de Régimen Político y Municipal, es prohibido a los Concejos nombrar a ninguno de sus miembros para algún destino lucrativo, agregando el artículo 2º de la Ley 5ª de 1929 que la prohibición que contiene el numeral 10 del artículo 171 precitado subsistirá durante todo el período para que ha sido nombrado el personal de los Concejos, aun respecto de miembros principales y suplentes que hubieren sido legalmente excusados después de haber tomado posesión del cargo de Concejales.

En vista de esta sentencia no sería posible al Consejo anular la Resolución que destituyó al doctor Arturo Martínez Gutiérrez de un cargo para el cual fue elegido con manifiesta violación de la ley, y menos ordenar que se le restituya en él y se le paguen los sueldos que dejó de

devengar desde la fecha de su destitución, con las demás prestaciones demandadas, y como esto ha sido lo resuelto por el inferior en el fallo recurrido, resulta que debe confirmársele.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, *confirma* la sentencia que ha sido materia de la apelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Badel, Guillermo Hernández Rodríguez, Jorge Lamus Girón, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán.—Luis E. García V., Secretario.

Decretos del Gobierno—Nulidad

(Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón).

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre once de mil novecientos cuarenta y cinco.

Los artículos 11 y 12 de la Ley 7ª de 1943 invistieron al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 31 de diciembre de 1944 para reorganizar las distintas dependencias de la Administración, en orden a la mejor prestación de los servicios públicos, a la vez que a la realización de economías en su costo actual, y el Presidente, en ejercicio de estas facultades, dictó el Decreto extraordinario número 2303 de 1944, por el cual suprimió la Prefectura Judicial, creó unos cargos en el Ministerio de Gobierno y adscribió varias funciones. Entre las disposiciones sobre adscripción de funciones se cuenta la siguiente:

> "Artículo 6º Los recursos existentes o que en el futuro se establezcan contra las providencias de los Jueces de Policía y Permanentes de Bogotá se surtirán ante la Gobernación de Cundinamarca."

Con fecha 20 de abril de 1945, es decir, cuando ya había expirado el término de las facultades extraordinarias conferidas *pro tempore*, el Presidente de la República dictó el Decreto número 984 de 1945, por el cual, considerando que el artículo 14 de la Ley 48 de 1936 adscribió a la Prefectura Judicial el conocimiento, en segunda instancia, de las providencias dictadas por los Jueces de Policía o de Prevención, de Bogotá; que por Decreto número 2303 de 1944 fue suprimida la Prefectura Judicial, y que de acuerdo con la Constitución corresponde al Presidente de la República la distribución de los negocios, según sus afinidades, dentro de los Ministerios y Departamentos Administrativos, dispuso por el artículo 1º que "los recursos existentes o que en el futuro se establezcan contra las providencias de los Jueces de Policía y Permanentes, en Bogotá, se surtirán ante el Departamento Nacional de Seguridad", y, por el artículo 2º, que quedaba derogado el 6º del Decreto número 2303 de 1944, atrás transcrito.

Estos son los hechos que han dado lugar a que el señor Alfonso Uribe, por medio de su apoderado, doctor Miguel Hidalgo, pida al Consejo que declare la nulidad del Decreto número 984 de 20 de abril del año en curso, fundándose para ello en que el Decreto 2303 de 1944 tiene el carácter de extraordinario, y, en esa virtud, sus disposiciones no podían ser reformadas ni derogadas sino por otro decreto de carácter extraordinario mientras las facultades extraordinarias rigieran, jamás después de expiradas éstas, o por la ley después de que el término de las facultades extraordinarias hubiera concluído. Agregó el demandante que la facultad constitucional que tiene el Presidente de la República para distribuir los negocios entre los distintos Ministerios o Departamentos Administrativos, es cosa muy distinta de la de asignar competencias para el conocimiento de ciertos recursos, y fundó la demanda en

la violación de las siguientes disposiciones: ordinal 9º del artículo 69 de la Codificación Constitucional (hoy 12 del artículo 76 de la Constitución); artículo 6º del Decreto extraordinario 2303 de 1944, y artículos 1º de la Ley 5ª de 1943 y 11 y 12 de la Ley 7ª del mismo año.

El Consejo, antes de fallar sobre el fondo del negocio, habrá de estudiar su competencia, en vista de que los artículos 214 y 216 de la Constitución estatuyen que corresponde a la Corte Suprema de Justicia conocer de las demandas de los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los numerales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121 de la Constitución, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad.

No encuentra el Consejo que sea éste el caso de autos, porque el Decreto número 984 de 1945 no reviste el carácter de extraordinario, ni fue expedido en uso de las autorizaciones especiales a que se refiere el ordinal 11 del artículo 76 precitado. Lejos de eso: el Gobierno, para dictarlo, no invoca en el preámbulo otra facultad que la que corresponde al Presidente de la República conforme a la Constitución, de distribuir los negocios, según sus afinidades, dentro de los Ministerios y Departamentos Administrativos.

Sentado, pues, que el Consejo es competente para conocer de la demanda instaurada, ella habrá de resolverse favorablemente, por cuanto el Gobierno carecía de facultad constitucional y legal para dictar el mencionado Decreto número 984.

En efecto, dicho Decreto sustituye y deroga el artículo 6º del Decreto extraordinario número 2303 de 1944, cuyas disposiciones tienen fuerza de ley, y, como tales, no podían ser sustituídas, modificadas o derogadas por el Gobierno el 20 de abril de 1945, siendo así que las facultades extraordinarias de que el Gobierno hizo uso para expedir el Decreto 2303 expiraron el 31 de diciembre del año pasado.

Y no se diga qué el Gobierno está constitucionalmente autorizado para distribuir los negocios, según sus afinidades, dentro de los Ministerios y los Departamentos Administrativos, porque esto no es lo que ha ocurrido en el caso contemplado: no es que se haya pasado, por ejemplo, una sección del ramo policivo de un Ministerio a otro —que sería el caso a que la Constitución podría aplicarse—, sino que se ha asignado competencia para el conocimiento de ciertos recursos al Departamento Nacional de Seguridad —Sección de la Policía Nacional—, cuando el señalamiento de competencias en materias jurisdiccionales es materia propia de la ley, y cuando no ha ocurrido el caso de que un negocio se haya quitado de un Ministerio para pasarlo a otro, sino que se ha pasado a una rama del Ministerio de Gobierno un negocio que fue adscrito a la Gobernación de Cundinamarca por ministerio del artículo 6º del Decreto extraordinario 2303 de 1944.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto del señor Fiscal, declara *nulo* el Decreto número 984 de 1945, "por el cual se adscribe una función al Departamento Nacional de Seguridad", dictado por el Presidente de la República.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministerio de Gobierno y archívese el expediente.

Ricardo Uribe Escobar, Tulio Enrique Tascón, Carlos Rivadeneira G., Gabriel Carreño Mallarino, Jorge Lamus Girón, Gonzalo Gaitán, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

Indemnizaciones

(Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón).

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre veintiséis de mil novecientos cuarenta y cinco.

En grado de apelación, interpuesta por el doctor Luis Tobías Madero, apoderado especial del señor Hernando Peña B., ha venido la sentencia de fecha 11 de mayo del año en curso, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probada la excepción perentoria de prescripción de la acción, alegada por el apoderado del Departamento de Cundinamarca y por el Fiscal del mismo Tribunal, y, en consecuencia, negó las peticiones hechas por el actor en este juicio.

Surtida como está la tramitación propia de la instancia, se procede a resolver lo que sea legal, previas las siguientes consideraciones:

En libelo presentado el 29 de septiembre de 1943, el doctor Madero, como apoderado del nombrado señor Peña, pidió al Tribunal de primera instancia que declarara que el Departamento de Cundinamarca era responsable civilmente de la ocupación de hecho de una zona necesaria para la construcción de la carretera que va de Santa Teresa a Chaguaní, y de la expropiación ilegal que había hecho de esa zona, que era de propiedad del señor Francisco Peña y es hoy de propiedad del poderdante, Capitán Hernando Peña B., y que, por tanto, debe pagar a éste el valor de dicha zona y los perjuicios causados, en la cuantía que justiprecien los peritos; perjuicios que comprenden los causados por la división de la propiedad por causa de la construcción de la carretera, y los animales que, en número de quince, entre caballares y vacunos, perdió el poderdante a consecuencia de la falta de cercas entre la zona expropiada por el Departamento y las partes en que quedó dividida la finca, así como la suma $ 100.00, o la que señalen los peritos, como valor de los árboles y leña que de dicha finca cortaron y tomaron los peones del Departamento para hacer campamentos y para cocinar, y, por último, que se condene al Departamento o construir las cercas medianeras en toda la extensión que limita la zona de la carretera con las propiedades del poderdante, con el número de alambres que se acostumbra y empleando en los cercos madera de buena calidad, en el término que al efecto se señale en la sentencia.

Como hechos de la demanda expuso el doctor Madero: que su poderdante es propietario de las fincas denominadas *San José* y *La Esmeralda,* ubicadas en el Municipio de Chaguaní, de este Departamento, por compra que hizo por escritura pública número 202 de 28 de abril de 1939, otorgada en la Notaría del Circuito de Facatativá, por la que se le transfirió el dominio de dichas fincas y el derecho de reclamar del Departamento de Cundinamarca tanto el valor de la zona ocupada por la carretera como los perjuicios ocasionados por la construcción de la misma; que "en el año de 1937 se procedió por los ingenieros y personal dependiente del Gobierno del Departamento de Cundinamarca a to-

mar por sí y ante sí una zona de terreno perteneciente a las fincas denominadas *San José* y *La Esmeralda* para la construcción de la carretera de Santa Teresa, entre Santa Teresa y Chaguaní, en una extensión aproximada de cinco kilómetros, ocupación que hoy subsiste, puesto que no ha sido terminada dicha carretera hasta su punto final, o sea hasta la población de Chaguaní, ni se le han hecho las obras necesarias para darla al servicio público hasta tal población"; que con la ocupación de dicha zona se dividió la finca en varias partes, ocasionando con ello grandes perjuicios a su propietario; que el Departamento no ha comprado ni expropiado judicialmente esa zona, sino que la ha tomado u ocupado ilegalmente; que no ha construído las cercas que separen los predios del demandante con la zona de la carretera; que a consecuencia de la falta de cercas se perdieron quince animales que, justipreciados a razón de cuarenta pesos cada uno, valen $ 600.00; que los obreros y peones de la carretera talaron árboles para el servicio de ellos, que valen la suma de $ 100.00; que a consecuencia de la falta de cercas, la propiedad del poderdante no ha podido ser cultivada, pues desaparecen los animales y productos de tales fincas; que el Gobierno ha tomado en arrendamiento cuatro fanegadas del terreno de *La Esmeralda* para laboreo de la caña, a razón de $ 20.00 la fanegada por año, según contrato celebrado con el Ministerio de la Economía Nacional, lo que demuestra que el lucro cesante en la totalidad de las fincas pasa de $ 10.000.00, teniendo en cuenta que la extensión de ellas es de 500 fanegadas; que la carretera construída mide aproximadamente cinco kilómetros; que el Departamento no aceptó el arreglo amigable que el poderdante le propuso, y que los perjuicios de que se ha hablado se están causando todavía.

Fundó su derecho en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil, en las disposiciones pertinentes de las Leyes 21 de 1917, 38 de 1918, 35 de 1915, 77 de 1921 y en los artículos 262 a 269 de la Ley 167 de 1941.

El doctor Jorge López Posada, como apoderado del Departamento, propuso la excepción de prescripción, y lo mismo hizo el Fiscal del Tribunal Administrativo, y el Tribunal, en la sentencia que puso fin al juicio, declaró probada la excepción propuesta, fundándose para ello en que el mismo demandante, en los puntos tercero y noveno del libelo de demanda, afirmaba que la ocupación de la zona para la construcción de la carretera se verificó en el año de 1937, y la demanda fue presentada en septiembre de 1943, como se ha visto; de modo que entre la ocupación de la zona y el ejercicio de la acción habían transcurrido seis años, tiempo que excedía al señalado para la prescripción tanto por el artículo 8º de la Ley 38 de 1918, como por el 263 de la Ley 167 de 1941.

En efecto: el artículo 8º de la citada Ley 38 de 1918 dispone que los derechos y acciones para reclamar indemnizaciones por expropiaciones de hecho llevadas a cabo en tiempo de paz, prescriben en tres años, contados desde la fecha en que se efectúa la expropiación, Ley que estaba vigente al tiempo de la ocupación de las zonas de las fincas *San José* y *La Esmeralda,* y el artículo 263 de la Ley 167 de 1941 dispone que la demanda para que se pague la indemnización debida cuando, a consecuencia de un trabajo público se ocupa o daña una propiedad particular, se dirigirá al Tribunal competente, a más tardar dentro de los dos años de ocurrido el daño o verificada la ocupación.

El apelante funda su recurso en que conforme al artículo 1º de la Ley 77 de 1927 la entidad que desea llevar a cabo una obra de utilidad pública debe entenderse con los propietarios de los inmuebles que haya necesidad de expropiar para dicha obra, a fin de procurar un arreglo

amigable, y que, en el caso de autos, el Departamento ocupó la zona en cuestión sin haber tratado siquiera de llegar a este arreglo amigable, por lo que el señor Peña hubo de ocurrir al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que se negó a conocer de la demanda por estimar que el competente para conocer de las demandas sobre expropiaciones para la ejecución de trabajos públicos era el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia.

Para el Consejo está claro que el hecho de haberse promovido la demanda ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial no interrumpe la prescripción de la acción, pues claramente dice la ley que la demanda debe presentarse dentro de cierto lapso "ante el Tribunal competente", y éste no es otro que el Administrativo de Cundinamarca, como lo enseña la ley y como así lo decidió para este caso particular la Corte Suprema de Justicia, según afirmaciones del propio demandante.

En su extenso alegato presentado al Consejo sostiene el recurrente que la prescripción de la acción para demandar la indemnización por la ocupación y expropiación de zonas para la construcción de carreteras principia a correr no desde el momento en que la zona es ocupada o expropiada de hecho, sino desde que la carretera ha sido concluída o dada al servicio. No comparte el Consejo esta tesis: la prescripción principia a correr desde el momento en que el derecho para ejercitar la acción nació para el titular y éste dejó de ejercitarla ante el Tribunal competente y en la forma prevista por la ley, de manera que implica de su parte un abandono de su derecho.

En fallo de 6 de septiembre de 1944, publicado en los *Anales del Consejo de Estado*, números 341 a 346, página 303, puede leerse:

> "La jurisprudencia del Consejo ha dicho, acorde con lo dispuesto en el artículo 76 precitado (se refiere al artículo 76 del Código de lo Contencioso Administrativo), que el particular que se considera lesionado por un acto de la Administración puede promover demanda contra él ante la jurisdicción contencioso-administrativa desde el momento mismo en que le es notificado personalmente, sin necesidad de aguardar la publicación del edicto en el *Diario Oficial*, y es claro que si la acción nace para el demandante desde el momento mismo en que se cumplen cualesquiera de los hechos de notificación personal, publicación o *ejecución del hecho* u operación administrativa, *desde esa misma fecha debe principiar a contarse el término de la prescripción, ya que toda acción que prescribe por el transcurso del tiempo debe ser ejercitada desde que ella nace a la vida del derecho, y es su abandono en el ejercicio de ese lapso el que produce la caducidad.*"

El Consejo encuentra arreglado a derecho el fallo del Tribunal *a quo*, fundado en que la ocupación inicial engendra la acción y da comienzo al término de la prescripción.

Las alegaciones del recurrente acerca de que la apropiación por parte del Departamento de una zona de propiedad particular, sin el cumplimiento de las formalidades señaladas por la Constitución y las leyes para las expropiaciones por causa de utilidad pública implican un abuso del derecho y un enriquecimiento sin causa, resultan improcedentes, porque precisamente los artículos 261 y siguientes del Código de lo Contencioso Administrativo se refieren a los casos de indemnizaciones por expropiaciones llevadas a cabo por el Estado con causa en trabajos

públicos, sin que para la expropiación haya mediado sentencia judicial sino que se haya realizado por vías de hecho, mediante órdenes de las autoridades administrativas, y si resulta un enriquecimiento sin causa, ello se debe a que el damnificado no demandó la correspondiente indemnización dentro del tiempo para ello señalado por la ley.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, *confirma* la sentencia que ha sido materia de la apelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Se habilitará el papel común empleado.

Ricardo Uribe Escobar, Jorge Lamus Girón, Gonzalo Gaitán, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

Autoridades nacionales—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón).

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

En libelo presentado el 7 de diciembre del año pasado, el doctor Fernando Londoño y Londoño, en su carácter de apoderado especial del señor Emilio Toro, pidió al Consejo que declarara nula la Resolución número 168 de 3 de mayo de 1944, dictada por la Superintendencia de Sociedades Anónimas, así como la número 356 de 23 de septiembre del mismo año, que negó la reposición de la anterior, y que, como consecuencia de tal anulación, se ordenara el restablecimiento del derecho de su poderdante.

Por la Resolución número 168 acusada dispuso la Superintendencia de Sociedades Anónimas lo siguiente:

> "Decrétase la pérdida de todas las acciones que el doctor Emilio Toro posee en la sociedad anónima 'Regalías Petrolíferas Colombianas, S. A.', de Bogotá, y en favor de ésta, por haber negociado con acciones de dicha Sociedad sin el previo permiso de la Junta Directiva, con posterioridad a la aceptación y ejercicio del mandato de primer Consejero de la Sociedad, y antes de la terminación de este contrato, todo de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 58 de 1931."

Esta disposición reza así:

> "Prohíbese a los Gerentes y miembros de la Administración, llámese Junta Directiva, Administradora, Asesora, Consultiva, Consejo, Comité, o de cualquiera otra manera, comprar, vender o negociar en cualquier forma, ni por cualquier conducto, con acciones de la sociedad en cuestión, mientras estén en desempeño de los cargos dichos.
>
> "Si por circunstancias especiales, ajenas a motivos de especulación, alguno de los funcionarios arriba expresados deseare comprar o vender acciones de la compañía, deberá dar cuenta a la Junta y obtener de ésta para cada operación, salvo el caso que haya sido autorizado expresamente por la misma Junta, por el voto de las cuatro quintas partes de sus miembros, para celebrar negociaciones que por su especialidad, carácter y urgencia hagan imposible la autorización en cada caso. No quedan incluídas en la excepción contenida en este inciso las empresas de servicio público constituídas por sociedades anónimas.
>
> "El que infringiere esta prohibición, perderá todas sus acciones en favor de la sociedad, previa decisión de la Superintendencia de Sociedades Anónimas."

Con apoyo en esta disposición, la Superintendencia dictó la Resolución cuya anulación se demanda, y, para dictarla, adujo como razones:

que la sociedad anónima "Regalías Petrolíferas, S. A." fue constituida por escritura pública número 1572 de 31 de mayo de 1938, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Bogotá; que entre los fundadores se cuenta la sociedad colectiva de comercio Toro Hermanos & Compañía, de Manizales, representada por el señor Luis Toro; que en el mismo acto constitutivo fue designado el doctor Emilio Toro para Primer Consejero de la Sociedad, y desde entonces, según consta en las actas de la Asamblea General, le ha sido renovada esa designación en todas las elecciones que se han efectuado en los años de 1939 a 1943; que el cargo de Consejero de la Sociedad responde al de miembro de la Administración de la misma, y, de acuerdo con los estatutos y con el artículo 582 del Código de Comercio, los miembros de la Junta Directiva de "Regalías Petrolíferas Colombianas, S. A.", son mandatarios de la Sociedad; que según el libro de registro de acciones, el señor Emilio Toro, en los años de 1938 a 1943, celebró contratos de adquisición y enajenación de acciones de la sociedad anónima de que era Consejero; que si bien no hay prueba de que el señor Toro hubiera aceptado el cargo en el período transcurrido del 31 de mayo de 1938 al 4 de agosto de 1939, con posterioridad aparece ejecutando actos que implican la aceptación del cargo, como son: haber presidido, el 26 de agosto de 1938, la reunión de la Asamblea General de Accionistas, en su condición de Primer Consejero de la Sociedad; haber, el día anterior, asistido a la reunión de la Junta Directiva, aunque se observa que a ella también concurrió el suplente personal del doctor Toro; que estos dos actos, en concepto de la Superintendencia, implican la aceptación del cargo por este período; que no aparece en el expediente que en el período transcurrido del 4 de agosto de 1939 al 4 de agosto de 1940, el doctor Toro hubiera ejercido el cargo; que respecto del período del 30 de agosto de 1940 al 26 de agosto de 1941, consta que en la fecha inicial del período se efectuó la reunión ordinaria de la Asamblea General, y a ella concurrió el doctor Toro en representación de 287.990 acciones de su propiedad, y en esa reunión fue reelegido para el cargo de Primer Director de la Sociedad; que concurrió a la reunión de la Junta Directiva celebrada el 16 de mayo de 1941, como también a la celebrada el 27 de mayo, en la que fue comisionado para efectuar alguna gestión especial sobre una negociación del Carare, comisión acerca de la cual rindió informe a la Junta en la reunión del 29 de julio del mismo año de 1941, lo que, en concepto de la Superintendencia, es fehaciente demostración de que el doctor Toro en este período ejerció las funciones de Primer Consejero; que respecto del período del 26 de agosto de 1941 al 26 de agosto de 1942, el doctor Toro asistió a la Asamblea General de Accionistas en representación de sus propias acciones y de las del señor Luis Toro, y fue reelegido por unanimidad en el cargo de Primer Director, y la Superintendencia conceptúa que el silencio del nombrado implica aceptación del cargo, aunque no consta que lo hubiera ejercido en este lapso; que para el período del 31 de agosto de 1943 a agosto de 1944 el doctor Toro fue reelegido sin que hubiera concurrido a la Asamblea General de Accionistas ni sus acciones hubieran estado representadas en ella; que a la reunión de la Junta Directiva habida el 2 de noviembre de 1943, el señor Toro asistió como interesado en una propuesta formulada por William Neilson; que el 7 de diciembre siguiente el doctor Toro renunció irrevocablemente el cargo, pero la Junta consideró que no era de su competencia la aceptación de la renuncia; que en la reunión del 22 de febrero de 1944 se dio lectura a una carta del doctor Toro, en que agradece que no se le haya aceptado la renuncia, y manifiesta que a su regreso a Bogotá asumirá el puesto, e informa, además, que ha he-

cho algunas ventas de acciones para atender a una obligación con el Banco de Colombia, y ruega a la Junta la aprobación de dicha venta, que no obedece a especulación, y, por último, que a la reunión del 3 de marzo siguiente asistió el doctor Toro para exponer varios aspectos de su situación frente a la Sociedad, e insistió en que su asistencia a la reunión del 2 de noviembre obedeció a intereses particulares suyos, sin haberlo hecho en su condición de Director, cosa que no admite la Superintendencia, porque dice que ningún título autoriza a extraños para asistir a las sesiones de la Junta Directiva de una sociedad; que durante el periodo inicial del 31 de mayo de 1938 al 4 de agosto de 1939, y a partir del 25 de agosto del primero de los años citados, el doctor Toro enajenó 40.680 acciones y adquirió 1.000, sin previo permiso de la Junta Directiva, y con posterioridad a la aceptación del mandato de Primer Consejero; que durante el período de agosto de 1940 a agosto de 1941 enajenó 2.325 acciones, sin el previo permiso de la Junta Directiva; que en el período de agosto de 1941 a agosto de 1942 enajenó 5.000 acciones, y que en el período de 1942 a 1943 vendió 67.950 acciones de la Sociedad, en varias operaciones, sin obtener para ninguna de ellas el permiso previo de la Junta Directiva, y que, en la forma en que han quedado resumidos los hechos, la Superintendencia llega a la conclusión de que el doctor Toro violó la prohibición del artículo 25 de la Ley 58 de 1931, al efectuar venta de acciones de la Sociedad de que era mandatario, en el período de 31 de mayo de 1938 a agosto de 1939 y en el período que se inició el 31 de agosto de 1943.

El doctor Toro solicitó la reposición de la Resolución número 168, acompañando su solicitud de conceptos emitidos por los doctores Miguel Moreno Jaramillo, Carlos Lleras Restrepo y Emilio Robledo Uribe sobre los varios aspectos de la Resolución recurrida, y para apoyar en ellos los fundamentos aducidos en el escrito principal de reposición.

Sostuvo el doctor Toro que la Ley 58 de 1931 fue inoperante entre el 1º de septiembre de 1937 y el 10 de octubre de 1939 por falta de reglamentación; que dicha Ley es inconstitucional; que el artículo 25 de la misma Ley, en caso de ser aplicable, establece una sanción, que está ya prescrita, según los artículos 104 y 115 del Código Penal, y, por último, que él no ha aceptado ni ejercido el mandato de Director de Regalías Petrolíferas en los períodos anteriores a 1943, y que sólo en marzo de 1944 lo ha aceptado y ejercido.

La Superintendencia, luégo de estudiar las cuestiones referentes a la inaplicabilidad del artículo 25 de la Ley 58 y a la prescripción, rechaza las alegaciones del recurrente, y en relación con el descargo de no haber ejercido el mandato de Director de la Sociedad, expresa lo siguiente:

> "4º En las proposiciones que sobre los hechos presenta el doctor Emilio Toro es de principal estudio la reunión de la Junta Directiva del 2 de noviembre de 1943, en forma que si desde esta fecha ejerció el doctor Emilio Toro el cargo en la Junta Directiva, no puede eludirse la contravención a la ley.
>
> "Se considera que sobre la prueba del acta y los indicios de no habérsela suscrito por él y de no haber cobrado los honorarios correspondientes, es completa la demostración de que el doctor Emilio Toro no concurrió a la reunión en su condición de miembro de la Junta Directiva, sino a otro título.
>
> "El 22 de febrero del año en curso, según acta número 123 (folio 134), aprobó la Junta Directiva de 'Regalías Petrolíferas

Colombianas, S. A.' el acta de la reunión del 2 de noviembre anterior:

'I. *Actas.*—Se leyeron las actas de las sesiones correspondientes a los días 24 de agosto, 20 de octubre, 2 *de noviembre* y 7 de diciembre de 1943, actas que fueron aprobadas por unanimidad, con la observación hecha por el doctor Jiménez a la del día 2 de noviembre de 1943, en el sentido de que el doctor Emilio Toro sí había asistido a dicha reunión en su carácter de miembro de la Junta Directiva de la Compañía y no como interesado en la propuesta Neilson, como se dice en el acta, pues a la Junta de Regalías no tenían por qué asistir personas interesadas en la propuesta Neilson ni en ninguna otra propuesta o concesión que estuviera incluida en la negociación con Mene Grande.' (Subraya la Superintendencia).

"En esta misma reunión se dio lectura a una carta suscrita por el doctor Emilio Toro, fechada en Manizales el 15 de enero de 1944, y en la que agradece el que no se le haya aceptado su renuncia, y manifiesta haber asistido a la reunión mencionada como partícipe en la propuesta Neilson. Añade que visto el deseo de que él continúe formando parte de la Junta, ha resuelto asumir el puesto, y pone en conocimiento las ventas de acciones que ha efectuado para que sean aprobadas, pues no es claro si podía vender o nó sin permiso sus acciones. La Junta, en reunión posterior, dispuso informar al doctor Toro, en relación con su carta de 15 de enero, que si le hubiera pedido permiso para vender las acciones la Junta se lo habría concedido con mucho gusto.

"La aclaración de la Junta Directiva sobre el carácter con que el doctor Toro concurrió a la reunión discutida ha hecho desaparecer la interpretación de que su asistencia obedeció a un interés particular, interpretación que se había venido sosteniendo, deducida del tenor aparentemente confuso de la primera acta.

"A lo anterior hay que agregar que en la sesión del 9 de mayo del corriente año obra la siguiente constancia del acta número 126:

'*Comunicación del doctor Jesús Jiménez Jaramillo*.—Se dio lectura en seguida a la comunicación dirigida en la fecha a la Junta por el doctor Jiménez Jaramillo, comunicación que se ordenó insertar en el acta, y a ese respecto, en atención a lo solicitado en ella, el doctor Esteban Jaramillo manifestó que si comisionó al doctor Emilio Toro para entenderse con el doctor Eduardo Zuleta, con la 'Gulf', lo hizo teniendo en cuenta, como era natural, el carácter de Director de la Compañía que tiene el doctor Toro, pues sin ese carácter no hubiera podido darle tal comisión. Tanto los Directores como el Gerente manifestaron que no habían oído en la Junta del 2 de noviembre que el doctor Toro hubiera manifestado que intervenía en las deliberaciones como interesado en la propuesta Neilson, con la advertencia del doctor Lobo Guerrero de que él no había asistido a la Junta.' (Folio 224)

"Las demostraciones anteriores y el examen hecho de los fundamentos alegados por el recurrente son suficientes, en sentir de este Despacho, para mantener lo declarado en el pun-

to tercero de la parte motiva de la Resolución número 168 del año en curso, según lo cual, con posterioridad a la aceptación y ejercicio del mandato en el período de 1943-1944, se efectuaron las ventas sin la autorización previa de la Junta Directiva. Los hechos analizados en esta providencia y los demás comprobados en el expediente son indicativos de que las ventas efectuadas no llevan motivos de especulación prohibida por la ley, tesis que reafirman las circunstancias de que la Junta Directiva declaró que hubiera otorgado el permiso, si se le hubiera solicitado, y la de la época en que se efectuaron las operaciones. La contravención formal de la ley determinó la sanción, en los mismos términos en que el análisis objetivo de los hechos determina la confirmación de aquélla."

Como se ve, la Superintendencia, al confirmar la Resolución número 168, por la cual decretó la pérdida de las acciones del doctor Toro en favor de "Regalías Petrolíferas Colombianas, S. A.", lo hizo no conteniendo ya sino su declaración de que con posterioridad a la aceptación y ejercicio del mandato en el período de 1943 a 1944 había efectuado ventas sin la previa autorización de la Junta Directiva, si bien admite que tales ventas fueron efectuadas sin motivos de especulación prohibidos por la ley.

No habrá, pues, para qué insistir sobre la cuestión de si el doctor Toro aceptó y desempeñó el cargo en el tiempo anterior a 1943, y sólo habrá que estudiar la cuestión de si el doctor Toro ejerció el cargo de Consejero, por haber concurrido a la Junta Directiva del 2 de noviembre de 1943, ya que sus intervenciones en la Sociedad durante el año de 1944 son extrañas a los hechos que se discuten, puesto que la sanción que le ha sido impuesta por las Resoluciones acusadas no se refiere sino a ventas efectuadas con anterioridad a dicho año de 1944.

Durante el término probatorio, el doctor Londoño y Londoño hizo recibir declaraciones al doctor Esteban Jaramillo, Gerente de Regalías Petrolíferas, S. A.; al señor Jaime Gutiérrez, Gerente que fue de la misma Sociedad; a los señores Salvador Camacho Roldán y Roberto Michelsen, miembros de la Junta Directiva; al doctor Alberto Lobo Guerrero, Consejero suplente del doctor Emilio Toro, y al señor Eduardo Cuéllar, Revisor Fiscal de Regalías Petrolíferas, S. A.; solicitó la exhibición de los libros pertenecientes a esta Compañía y la práctica en ellos de una inspección ocular por el Consejero sustanciador, en asocio de testigos actuarios, y otras pruebas que creyó conducentes a la defensa de los derechos de su poderdante.

El 21 de febrero de 1945 el Consejero sustanciador, asociado de los testigos actuarios, doctores Diógenes Sepúlveda Mejía y Alberto Quintero Delgado, practicó una inspección ocular en los libros de la Sociedad Regalías Petrolíferas Colombianas, S. A.' y de la respectiva diligencia se copia:

"Exhibido el libro de actas de la Asamblea General de Accionistas, con el examen de él se acreditó el carácter de Gerente de la Sociedad, para el período de 1938 a 1939, recaído en el señor Luciano Restrepo R. —designación que se hizo en la escritura social número 1572 de 31 de mayo de 1938 otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito—, y que en la sesión del 26 de agosto del mismo año se hicieron los siguientes nombramientos: para primer suplente del Gerente, el doctor Esteban Jaramillo,

y para segundo suplente del mismo Gerente, don Pedro Vásquez; segundo Consejero principal, don Roberto Michelsen; Contralor principal de la Compañía, don Eduardo Cuéllar, y segundo Consejero suplente, don Jorge Koppel.

"En el acta de la Asamblea General de Accionistas verificada el 31 de agosto de 1943, para el período de 1943 a 1944, se hicieron los siguientes nombramientos: Gerente, señor Luciano Restrepo R.; suplentes primero y segundo, respectivamente, los doctores Esteban Jaramillo y Jesús Jiménez Jaramillo; Contralor, señor Eduardo Cuéllar, y suplente, señor César Sánchez Núñez; y miembros de la Junta Directiva, así: primer Consejero, Emilio Toro; suplente, Alberto Lobo Guerrero; segundo Consejero, señor Roberto Michelsen; suplente, señor Jorge Koppel; tercer Consejero, señor Salvador Camacho Roldán; suplente, señor Gonzalo Mejía; cuarto Consejero, señor Ernesto Vasco; suplente, señor Eduardo Zuleta Angel; quinto Consejero, señor Jesús Echeverri Duque; suplente, señor Gabriel E. Gómez.

"En el acta de la Asamblea General de Accionistas reunida el 28 de agosto de 1944 fue elegido Gerente el doctor Esteban Jaramillo, y suplentes los señores Alberto Lobo Guerrero y Jorge Camacho; Contralor de la Compañía, el señor Abel Cruz Santos, y suplente, el señor César Sánchez Núñez; miembros de la Junta Directiva, los señores Jorge Camacho R., Luis Soto del Corral, Jorge Gartner, Manuel Mejía y Alberto Arango Tavera, con los siguientes suplentes: Martín del Corral, Juvenal Moreno, William Mac Karty, Jorge Vallejo y Ramón Muñoz.

"Exhibidos los libros de actas de la Junta Directiva, se comprobó con la lectura del acta número 1º, de junio 1º de 1938, que el señor Jaime Gutiérrez presidió como segundo suplente del Gerente encargado de la Gerencia, y actuó el señor Alberto Lobo Guerrero como suplente del primer Consejero, señor Emilio Toro.

"De conformidad con el aparte c) del memorial de pruebas, se procede a compulsar copia del acta número 121 de 2 de noviembre de 1943, que, literalmente transcrita, reza así:

'*Acta número 121.—2 de noviembre de 1943.*—En la ciudad de Bogotá, a las cuatro de la tarde del día dos de noviembre de 1943, en las oficinas de la Gerencia, se reunió la Junta Directiva de Regalías Petrolíferas Colombianas, con asistencia de los Directores, señores don Salvador Camacho Roldán, doctor Jesús Echeverri Duque, don Roberto Michelsen y doctor Ernesto Vasco Gutiérrez; del Gerente en ejercicio, doctor Esteban Jaramillo; del Ingeniero, doctor Jesús Jiménez Jaramillo; del Contralor, don Eduardo Cuéllar, y del Secretario, don Alberto Henao. Asistió también el señor Emilio Toro, interesado en la propuesta de William Neilson, incorporada en la negociación de que trató la Junta en la presente reunión. Abierta la sesión, se trataron los siguientes asuntos: minuta del contrato con la Gulf. Se leyó y discutió detenidamente la minuta del contrato acordado en Nueva York con la Gulf, sobre opción y traspaso de las propuestas y concesiones Neilson, Theves, Arango Tavera, Serventi, Jesús Echeverri Duque, Carlos E. Rodríguez y Jacinto Echeverri Duque, minuta que fue transcrita por cable enviado de Nueva York a Regalías por el doctor Eduardo Zuleta,

y que queda en el archivo de la Compañía. Dicho cable del doctor Zuleta Angel tiene fecha 31 de octubre de 1943. En uso de la palabra el doctor Jiménez Jaramillo, informó a la Junta el curso de la negociación desde el momento en que quedó cerrada, según cable de don Luciano Restrepo, de fecha 19 de octubre, hasta recibir la minuta puesta en consideración de la Junta. Después de la muerte de don Luciano, Regalías, con fecha 20 de octubre de 1943, se dirigió por cable a la Gulf Oil Company manifestándole que estaba informada del negocio celebrado con dicha Compañía por don Luciano en nombre de Regalías y ratificado tal negocio; al mismo tiempo, que le decía que por cable se daría poder al doctor Eduardo Zuleta para firmar en nombre de Regalías. Igualmente, con fecha 20 de octubre de 1943, Regalías, después de convenir por teléfono la manera de obrar, telegrafió al doctor Eduardo Zuleta pidiéndole que transcribiera por cable la minuta del contrato y avisándole que al recibir contestación de la Gulf al cable de que ya se habló, se le darían poderes para firmar. Con fecha 25 de octubre de 1943 se le puso un nuevo cable a la Gulf, firmado por todos los titulares e interesados en las propuestas y concesiones negociadas, cable que dice a la letra:

«Ratificamos negociación hecha con ustedes por Luciano Restrepo sobre las concesiones petrolíferas en que estamos interesados. Stop. Igualmente, confirmamos autorización para que Regalías Petrolíferas apodere quien firme dicha negociación.»

'Como ya se dijo, la Junta leyó y discutió detenidamente la minuta en referencia y aprobó por unanimidad la siguiente resolución:

«Apruébase el convenio celebrado el 29 de octubre último entre Mene Grande Oil Company y el doctor Eduardo Zuleta, sobre las concesiones y propuestas del Departamento del Magdalena y Magdalena Central, cuyas bases fueron convenidas con Luciano Restrepo, y autorízase al doctor Zuleta para firmarlo.»

'Como el contrato celebrado con la Gulf, de que aquí se trata, se hizo a nombre de la Compañía venezolana Mene Grande Oil Company, pues la Gulf tenía razones para no desear aparecer como contratista, la Junta recomendó que se hiciera lo posible por conseguir que la Gulf garantizara las obligaciones que para Mene Grande se desprenden del contrato. Siendo las cinco de la tarde se levantó la sesión.

'Esteban Jaramillo, S. Camacho R., R. Michelsen, J. Echeverri Duque.—A. Henao, Secretario.'

"De conformidad con el aparte e) del mismo memorial de pruebas se compulsa la siguiente copia del encabezamiento y firmas del acta de la sesión del 7 de diciembre de 1943:

'Acta número 122 (7 de diciembre de 1943).—En Bogotá, a las cuatro de la tarde del día 7 de diciembre de 1943, en las oficinas de la Gerencia, se reunió la Junta Directiva de Regalías Petrolíferas Colombianas, con asistencia de los miembros, señores Roberto Michelsen, Jesús Echeverri Duque, Ernesto Vasco Gutiérrez y Alberto Lobo Guerrero; del Gerente en ejercicio, doctor Esteban Jaramillo; del abogado de la Sociedad, doctor Eduardo Zuleta, y del ingeniero, doctor Jesús Jiménez Jara-

millo. Dejaron de concurrir don Salvador Camacho, quien se halla en el Exterior; don Eduardo Cuéllar, quien se excusó, y el Secretario, señor Alberto Henao, sin excusa; actuó como Secretario de la Junta el doctor Jiménez Jaramillo....

'(Firmados): *Esteban Jaramillo, R. Michelsen, E. Vasco Gutiérrez, J. Echeverri Duque, Alberto Lobo Guerrero.—J. Jiménez Jaramillo,* Secretario ad hoc."

"Del mismo libro de actas se compulsa la siguiente copia:

'Acta número 1939, del 24 de octubre de 1944.—En la ciudad de Bogotá, en las oficinas de la Gerencia, a las cinco de la tarde del dia 24 de octubre de 1944, se reunió la Junta Directiva de Regalías Petrolíferas, S. A., bajo la Presidencia del Gerente, doctor Esteban Jaramillo; asistieron los Consejeros, doctor Jor-Gartner, don Juvenal Moreno, don Manuel Mejía y doctor Alberto Arango Tavera; el Abogado, doctor Alberto Luleta Angel; el Contralor, doctor Abel Cruz Santos; el Ingeniero, doctor Alberto Lobo Guerrero, y el Secretario, don Ramiro Castro Duque.... El Secretario leyó las actas de las sesiones del 2 de noviembre de 1943 y el 2 de marzo de 1944. A petición de los señores Consejeros, el señor Abogado informó, en relación con la propuesta del señor William Neilson, que en ella no tiene ninguna participación la Sociedad de Regalías Petrolíferas Colombianas, pero que don Luciano Restrepo consideró conveniente incluir tal propuesta en la negociación celebrada con Mene Grande Oil Company para darle a ésta mayor interés. Al efecto, don Luciano obtuvo el correspondiente poder del señor Neilson a favor de Regalías. En la llamada propuesta Neilson hay varios interesados, y el convenio entre ellos consta en un documento privado, según el cual los señores Luciano Restrepo, Emilio Toro y Luis Toro, como únicos representantes del grupo, quedaron ampliamente facultados para celebrar cualquier negociación sobre la referida propuesta sin necesidad de que los demás otorgantes la aprobaran o ratificaran, y autorizados además para desistir de la propuesta o renunciar la concesión, llegado el caso, sin lugar a reclamo alguno por parte de los demás interesados. Como es sabido, don Luciano Restrepo falleció antes de que quedara perfeccionado el contrato con Mene Grande; por este motivo, el doctor Emilio Toro consideró que a él le correspondería decidir sobre la conveniencia de las estipulaciones en el contrato con Mene Grande Oil Company, en lo referente a la propuesta Neilson, en la cual Regalías no tenía un interés directo. En la cláusula décima del referido contrato aparece que a él se agregó copia autenticada del poder que el señor Neilson confirió a Regalías, y que tal poder fue confirmado cablegráficamente; posteriormente, por exigencia de Mene Grande, el señor Neilson ratificó el contrato, lo mismo que los diversos titulares de las propuestas y concesiones a que él se refiere. Pero en atención al documento privado mencionado, la presencia del doctor Toro en la reunión era conveniente para Regalías. Después de una deliberación en que intervinieron todos los miembros de la Junta, ésta aprobó la siguiente proposición, presentada por el doctor Jorge Gartner:

«La Junta Directiva de Regalías Petrolíferas Colombianas, habiendo oído el informe del doctor Alberto Zuleta Angel, sobre la intervención del doctor Emilio Toro como interesado en la

propuesta William Neilson, y en atención a lo solicitado por el mismo doctor Emilio Toro, declara: que el doctor Emilio Toro concurrió a la reunión del 2 de noviembre de 1943, según consta en el acta de ese día, en su carácter de representante del grupo Neilson y no como miembro de la Junta Directiva de la Compañía....»

'(Firmados): *Esteban Jaramillo, Jorge Gartner, Juvenal Moreno, Manuel Mejía, Alberto Arango Tavera.—Ramiro Castro Duque,* Secretario.'

"Examinado el libro Diario de la Sociedad, así como también los comprobantes de recibo a que dicho libro hace referencia, mes por mes, se encontró que durante ninguno de los años de 1938 a 1939 el señor Emilio Toro recibió honorarios por concepto del desempeño de ningún cargo dentro de la Sociedad. Igualmente se comprobó, con el examen del mismo libro y comprobantes de pago, que durante ninguno de los meses de 1943 el señor Toro recibió honorarios por concepto de ningún cargo de la Sociedad mencionada.

"Con el examen del libro de actas se acreditó que el doctor Jesús Jiménez Jaramillo no ha sido en ninguna ocasión miembro principal o suplente de la Junta Directiva de la Sociedad Regalías Petrolíferas Colombianas, S. A., pero que en el año de 1943 fue segundo suplente del Gerente, señor Luciano Restrepo, sin haber ejercido la Gerencia."

Por su parte, los testigos traídos por el demandante declararon en lo pertinente:

El doctor Esteban Jaramillo (fojas 15 y 16 del cuaderno de pruebas):

"Es cierto que he venido ejerciendo la Gerencia de la Sociedad Regalías Petrolíferas Colombianas, S. A., desde el día 30 de agosto de 1938. Es cierto que de acuerdo con disposiciones de la Asamblea General de Accionistas de la mencionada Compañía, y sus estatutos, esa Empresa ordena el pago de honorarios a los miembros de la Junta Directiva en desempeño de su cargo. También es cierto que dicho pago se ha venido haciendo con absoluta regularidad a los miembros de la Junta mencionada. Es asimismo cierto que este pago, el referido en el punto anterior, no se hace a los miembros de la Junta Directiva, principales o suplentes, que no hayan desempeñado el cargo. Es cierto que los estatutos de la nombrada Sociedad prescriben que las actas de las sesiones de la Junta Directiva sean firmadas por todos los miembros de la misma Junta que asistan a la respectiva reunión, en desempeño del cargo que ejercen. Esta función se ha cumplido siempre con normalidad. Me consta por haberlo visto que el doctor Toro concurrió a la sesión de la Junta, que se celebró el 2 de noviembre del año próximo pasado (1943), y también que lo hizo en representación del grupo Neilson, y no como miembro de dicha Junta Directiva. Así quedó constancia en el acta de ese día, y por esa causa no se pagaron honorarios ningunos al mencionado doctor Emilio Toro V., por asistencia a tal sesión. Tampoco firmó, por esa misma razón, el acta correspondiente. Es cierto, por haber intervenido en ese acto, que a todos los miembros de la Junta que concurrieron a la reunión del 2 de noviembre de 1943, en desempeño de sus cargos respectivos, se les pagaron, de acuerdo con los estatutos y dis-

posiciones de la Asamblea General de Accionistas, los honorarios correspondientes a la asistencia. Todos ellos firmaron el acta de ese día. Es cierto que alguna vez hubo necesidad de conversar telefónicamente con el doctor Eduardo Zuleta, quien a la sazón se encontraba en Nueva York, sobre negociaciones relacionadas tanto con intereses de la Sociedad Regalías Petrolíferas Colombianas, S. A., como del doctor Toro personalmente; y como no había que tomar ninguna decisión que interesara a la Compañía mencionada, convine con el doctor Toro, aprovechando su interés personal en lo que le incumbía por negocios propios, que sostuviera dichas conversaciones y me diera cuenta de ellas, por si había algo de interés para la Compañía. Es cierto también que el doctor Toro no estuvo en ese acto desempeñando comisión alguna de la Junta Directiva, ni menos su cargo como miembro de ella."

El señor Roberto Michelsen (folio 16 ibidem) declara:

"Es cierto que fui Director de Regalías Petrolíferas Colombianas, S. A., en desempeño de mi cargo, desde septiembre de 1938 hasta agosto de 1944. Según aparece en el acta respectiva, el doctor Emilio Toro asistió a la reunión de la Junta Directiva de Regalías, efectuada el 2 de noviembre de 1943, en su carácter de interesado en la negociación Neilson."

El doctor Alberto Lobo Guerrero (folio 17 ibidem):

"Es cierto que desde la fundación de la Compañía Regalías Petrolíferas Colombianas, S. A., en el mes de mayo de 1938 hasta el mes de agosto de 1944, desempeñé el cargo de Consejero de la mencionada Compañía por haber sido elegido para ello, y en mi condición de suplente del doctor Emilio Toro. Es cierto que entré a desempeñar el cargo de miembro de la Junta Directiva de Regalías, en mi carácter de suplente del doctor Emilio Toro, desde el momento en que fui designado Consejero, en mayo de 1938, y concurrí a las reuniones de la Junta durante este año; deliberé en las sesiones, recibí los honorarios correspondientes y firmé las actas de las sesiones a las que asistí."

El señor Jaime Gutiérrez (folio 18 ibidem):

"Es cierto que desempeñé el cargo de Gerente de la Sociedad Regalías Petrolíferas Colombianas, S. A., desde su fundación, en el año de 1938, mes de mayo, hasta el día 30 de agosto del mismo año de 1938, según aparece del acta número 10. Es cierto que el día 25 de agosto de 1938 se verificó una reunión de la Junta Directiva de dicha Sociedad, y a ella concurrieron los miembros de la Junta Directiva que habían venido desempeñando el cargo de Consejeros desde un principio, a saber: señores Alberto Lobo Guerrero, Salvador Camacho, Esteban Jaramillo, Eduardo Zuleta y yo. Es cierto que con el objeto de aprovechar la presencia ocasional en Bogotá de los señores Luciano Restrepo, Gonzalo Mejía y Emilio Toro (quienes residían entonces en Medellín y Manizales), se les invitó a la sesión de la Junta, que se celebró el día 25 de agosto de 1938, invitación que se les hizo no con el objeto de que desempeñaran el cargo de Directores, pues en dicha reunión estaban presentes sus suplentes, que eran los señores Salvador Camacho, Alberto Lobo Guerrero y yo, sino en su carácter de fundadores de la Compa-

ñia, como fuertes accionistas interesados, por lo mismo, en la marcha de la Sociedad.... Por tal razón, fue a los señores Lobo Guerrero, Camacho, Jaramillo, Zuleta y a quien habla, a los que se les pagaron los honorarios correspondientes por su asistencia a la reunión; fueron ellos quienes firmaron el acta respectiva, como lo ordenan los estatutos de la Compañía, y no aparecen las firmas de Restrepo, Mejía y Toro, ni votaron en la deliberación, ni recibieron honorarios, ni firmaron el acta; en una palabra, no desempeñaron cargo alguno. Esta costumbre de invitar a la reunión de la Junta a personas de categoría y de buen consejo en la Compañía es comercial, y en la Sociedad Regalías se ha practicado, como puede verificarse en actas de la Junta, especialmente en la celebrada en mayo de 1941, a la cual se invitó al señor Luis Toro Villegas, en su carácter de fuerte accionista, así como también a don Luciano Restrepo, en repetidas ocasiones."

Por último, el señor Eduardo Cuéllar (folio 23 ibídem) declaró:

"Es verdad que en el desempeño del cargo de Revisor, de que he hablado, examiné cuidadosamente los libros de la Compañía para constatar los pagos hechos por concepto de honorarios a los miembros de la Junta que desempeñaban sus cargos. Es verdad que al doctor Alberto Lobo Guerrero se le hicieron los pagos de honorarios correspondientes al desempeño de su cargo como miembro suplente del doctor Emilio Toro en la Junta Directiva de Regalías Petrolíferas Colombianas durante el año de 1938. Es igualmente cierto que a todos los miembros de la Junta Directiva de la mencionada Compañía, que desempeñaban sus cargos, se les pagaban precisamente y sin excepción alguna sus honorarios por tal desempeño, y que, además, a ningún miembro principal o suplente de la Junta se le hacía tal pago cuando no desempeñaba el cargo y estaba sustituído en él por el principal o suplente respectivo.... Es también cierto y me consta que a todos los miembros de la Junta que desempeñaron sus cargos durante el año de 1943 se les cubrieron religiosamente sus honorarios, mientras que al doctor Emilio Toro no se le pagó suma alguna, pues él no estaba desempeñando el cargo durante ese año. De la misma manera, me consta que ninguna de las actas de la Junta, correspondientes al año de 1943, fue firmada por el doctor Emilio Toro, y en cambio sí lo fueron por los miembros de la Junta Directiva que actuaron durante dicho año de 1943. Es verdad que el cargo de Primer Consejero durante el año de 1938 fue desempeñado por el suplente del principal, doctor Emilio Toro, doctor Alberto Lobo Guerrero, quien asistió a las reuniones de la Junta, deliberó en ellas, firmó las actas correspondientes y fue a él a quien se le pagaron los honorarios por el desempeño del cargo de Primer Consejero. Es verdad que cuando el señor Jesús Jiménez Jaramillo elevó ante la Superintendencia de Sociedades Anónimas la queja contra el doctor Emilio Toro, me presenté espontáneamente ante el Superintendente para manifestarle, como en efecto le manifesté, que en mi condición de Contralor de la Compañía no había considerado el caso de tomar actitud alguna en relación con las ventas de acciones hechas por el doctor Toro, pues, en mi concepto, al doctor Toro no le cobi-

jaban las disposiciones de la ley sobre sociedades anónimas, ya que no había ejercido el cargo de Director."

En sentir del Consejo, las pruebas que se dejan transcritas desvanecen los cargos que la Superintendencia de Sociedades Anónimas formuló al doctor Toro, y con base en los cuales le impuso la sanción que establece el artículo 25 de la Ley 58 de 1931.

En efecto: la Superintendencia, en la segunda de las Resoluciones demandadas, reduce su acusación al hecho de haber el doctor Toro enajenado 67.950 acciones en los meses de noviembre y diciembre de 1943, es decir, con posterioridad a su concurrencia a la reunión del 2 de noviembre de ese año, en su carácter de miembro de la Junta Directiva, carácter que la Superintendencia deduce: en primer lugar, de la observación hecha en el acta de 22 de febrero de 1944 por el doctor Jesús Jiménez Jaramillo, de que el doctor Toro sí había asistido a la reunión del 2 de noviembre de 1943 como miembro de la Junta Directiva y no como interesado en la propuesta Neilson; en segundo lugar, de la declaración que consta en el acta del 9 de mayo de 1944, de que el doctor Esteban Jaramillo manifestó que comisionó al doctor Emilio Toro para entenderse con el doctor Eduardo Zuleta, habida consideración al carácter que tenía de Director de la Compañía, y en tercer lugar, de la manifestación de los miembros de la Junta Directiva de que si el doctor Toro les hubiera solicitado permiso para efectuar las operaciones referidas, se lo habrían otorgado por cuanto ellas no obedecían a motivos de especulación.

La observación del doctor Jiménez Jaramillo aparece contradicha no solamente por los testimonios del personal directivo de Regalías Petrolíferas, sino porque la actuación del doctor Toro en la sesión de la Junta del 2 de noviembre demuestra que en ella el doctor Toro intervino como interesado en una propuesta formulada a la Compañía; y en cuanto a los conceptos que se le atribuyen al doctor Jaramillo, ellos han sido aclarados o infirmados por dicho Gerente en la declaración que atrás se deja transcrita; fuera de que ya se vio que los miembros de la Junta Directiva, en el acta de 24 de octubre de 1944, declararon que el doctor Toro había concurrido a la reunión del 2 de noviembre como representante del grupo Neilson y no como miembro de la Junta Directiva de Regalías.

Demostrado, pues, que en los meses de noviembre y diciembre de 1943 el señor Toro no desempeñó el cargo de miembro de la Junta Directiva de Regalías Petrolíferas, S. A., para que había sido elegido, no puede aplicársele la sanción establecida por el artículo 25 de la Ley 58 tántas veces citada, ya que esta disposición prohibe a los gerentes y miembros de la administración comprar, vender o negociar en cualquier forma acciones de la sociedad *mientras estén en el desempeño de los cargos dichos*, y, por tanto, las Resoluciones acusadas resultan contrarias a la ley y deben ser anuladas.

En este orden de ideas, el Consejo comparte los siguientes conceptos del señor Fiscal:

"Si, pues, de acuerdo con la tesis de la Superintendencia —concretada en uno de los apartes preinsertos— para que la prohibición de comprar, vender o negociar con acciones de la sociedad comprenda a un funcionario de ésta se requiere que haga parte de la administración de la misma, y que para la época a que se contraiga el análisis o examen se halle en desempeño del cargo, estando, como está, plenamente acreditado que el doctor Emilio Toro, en el período de 1943-1944, si bien era miem-

bro de la Junta Directiva de Regalías Petrolíferas no ejerció el mandato durante el lapso en que él hizo venta de acciones (noviembre y diciembre de 1943), desde luégo que si intervino en la sesión del 2 de noviembre de 1943 lo hizo no como Consejero de Regalías sino como representante del grupo Neilson, cuyas actividades comerciales no estaban vinculadas a las de Regalías, se impone concluir que son insostenibles las Resoluciones acusadas.

A la conclusión de que son insostenibles las Resoluciones querelladas se llega también si se tiene en cuenta que con la Ley 58 de 1931 buscó el legislador como máxima finalidad el asegurar el cumplimiento de las normas del Código de Comercio, que regulan la constitución, organización y funcionamiento de las sociedades anónimas, a efecto de evitar que sus directores especulen con su posición, que les permite enterarse del movimiento real de los negocios de aquéllas, y, de consiguiente, de los momentos más oportunos para comprar o vender acciones, con perjuicio manifiesto tanto para los accionistas que no tienen en sus manos el comando de las sociedades, como para los terceros, que negocian con ellas, y de ahí la razón de ser de la prohibición concretada en el inciso 1º del artículo 25 del estatuto citado y de la locución empleada en el inciso 2º, *"ajenas a motivos de especulación"*.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, declara *nula* la Resolución número 168 de 3 de mayo de 1944, "por la cual se decide sobre la pérdida de unas acciones", dictada por el Superintendente de Sociedades Anónimas, y nula, asimismo, la Resolución número 356, de fecha 23 de septiembre de 1944, dictada por el mismo Superintendente, "por la cual se decide un recurso de reposición, que confirmó la anterior".

En caso de que a virtud de las dos Resoluciones que se declaran anuladas se hubiere cancelado el registro de las acciones que el doctor Emilio Toro V. posee en la Compañía Regalías Petrolíferas Colombianas, S. A., para pasarlas a favor de esta Sociedad, se dispone el restablecimiento del derecho del doctor Toro sobre las mencionadas acciones, mediante la devolución a su propietario en la forma prevista en los estatutos de la Compañía.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a la Superintendencia de Sociedades Anónimas y al Gerente de Regalías Petrolíferas Colombianas, S. A., archívese el expediente y habilítese el papel común empleado.

Gonzalo Gaitán, Tulio Enrique Tascón, Gustavo A. Valbuena, Jorge Lamus Girón, Carlos Rivadeneira G.—Con salvamento de voto: *Gabriel Carreño Mallarino*—Firmo manifestando que adhiero al salvamento de voto del Consejero doctor Carreño Mallarino: *Guillermo Hernández Rodríguez.*—*Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

del Consejero de Estado doctor Gabriel Carreño Mallarino.

Me aparto, con todo respeto, del parecer de la mayoría de la Sala en la anterior sentencia, no porque considere que el doctor Emilio Toro hubiera sacado ventajas de su posición en la Empresa Regalías con respecto a accionistas de esta Sociedad, que no tenían asiento en su Junta o Consejo Directivo. El señor doctor Toro ha aclarado, pues, en el curso de este proceso, su caso particular.

Pero lo grave es la tesis general en que se funda el fallo de esta corporación.

Yo creo que el espíritu de la ley, en esta importante materia, no es otro que el de impedir el desequilibrio o desnivel entre vendedores y compradores de acciones en el mercado libre. La igualdad de posición se rompe al introducirle salvedades a la prohibición para los directores de una empresa, de comprar acciones de la misma sin previo permiso de la Junta o Consejo Directivo. Es posible que en uno o más casos —el del doctor Toro, por ejemplo—, la omisión del permiso previo no cause aquel desequilibrio y el consiguiente perjuicio de terceros; pero las leyes no suelen expedirse en atención a lo que de modo excepcional e inopinado pueda ocurrir, sino mirando a aquello que común y ordinariamente acontece. *Lex statuit de eo quod plerumquefit.* Cuando a una ley general ha sido preciso ponerle una excepción, el legislador lo ha hecho siempre en forma expresa e inequívoca.

El señor doctor Toro no le hizo mal a nadie con las operaciones bursátiles que luégo fueron objeto de la sanción de la Superintendencia de Sociedades Anónimas; pero quebrantó la ley general en cuanto efectuó tales operaciones sin haber obtenido el permiso de rigor, o sin antes retirarse, por renuncia aceptada o por excusa admitida, de la Dirección de la Empresa. *Dura lex, sed lex.*

Gabriel Carreño Mallarino—Adhiero al anterior salvamento de voto: *Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V.*, Secretario.

Bogotá, octubre de 1945.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Pensiones y recompensas.—Apelación.

(Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón).

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

Por vía de apelación procede el Consejo a revisar la Resolución número 1763, de fecha 19 de septiembre del año en curso, por la cual el Ministerio de Guerra aprueba en todas sus partes la número 1850, de fecha 30 de mayo de este mismo año, dictada por la Comisión de Sueldos de Retiro, que reconoce a favor del Sargento 1º Uriel Flórez Meza el derecho a recibir de la Caja de Sueldos de Retiro de Suboficiales un sueldo mensual de retiro en cuantía de $ 90.00, equivalente al 60% del último sueldo correspondiente a su grado de Sargento 1º en el momento de su retiro del servicio activo del Ejército, y pagadero a partir del 1º de junio del presente año, fecha en que se causó la novedad efectiva del retiro.

Surtida como está la tramitación propia del recurso, se procede a decidirlo, no sin advertir previamente que el Fiscal de la corporación es de parecer que se devuelva el expediente al Ministerio de origen para que resuelva expresamente sobre la petición de la compensación de que trata el artículo 40 de la Ley 2ª de 1945, acerca de la cual nada dijo la parte resolutiva, aunque sí expresó la parte motiva que no había lugar a reconocerla.

El Consejo, para avocar el conocimiento del negocio, tiene en consideración que el doctor Rafael Urdaneta, como apoderado especial del Suboficial Flórez, pidió al Ministerio de Guerra, en escrito de fecha 20 de mayo del año en curso, que reconociera a favor de su poderdante todas las prestaciones a que creía tener derecho por causa de su retiro del servicio activo, como eran el sueldo de retiro y la compensación, y, por tanto, si el Ministerio, al fallar sobre tales peticiones, solamente reconoció el derecho al sueldo de retiro, implícitamente negó la petición de compensación, por razones que en la parte motiva consignó en los siguientes términos:

> "El Decreto 1822 de 1945 aprobó el Reglamento sobre Invalideces, cuya elaboración fue ordenada por el artículo 42 de la Ley 2ª de 1945, y el cuadro respectivo no fijó para las invalideces, a las que corresponde un 14% o menos de disminución en la capacidad trabajadora, ninguna indemnización, por cuanto la Ley citada párte del mínimo de 18 meses como indemnización, que corresponde a una disminución del 15 al 19% de la capacidad de trabajo."

Por no haberse reconocido compensación ninguna al Sargento 1º Flórez, es por lo que su apoderado ha apelado de la Resolución número 1763.

Con la correspondiente hoja de servicios el peticionario ha comprobado que sirvió en el Ejército por un tiempo de 14 años 6 meses y 2 días, que se elevan a 15 años por la aproximación de que habla el artículo 13 del Decreto 1795 de 1942, en relación con el artículo 46 de la Ley 2ª de 1945, que preceptúa que las fracciones mayores de seis meses se liquidan como año completo.

Obran en el expediente copias del acta número 23 de la Junta Médica reunida en Barranquilla el 24 de noviembre de 1944 y del acta número 40 del Consejo Médico reunido el 16 de febrero de 1945, en que consta que el Sargento 1º Flórez sufre corio-retinitis del ojo derecho, con disminución de la agudeza visual, afección que fue descubierta estando al servicio del Ejército, pero no por causa o razón del mismo, puesto que estas lesiones son de origen específico y le determinan inhabilidad relativa y permanente tanto para la vida militar como para las actividades de trabajo en la vida civil, disminuyendo su capacidad de trabajo en un 105 de lo normal.

Asimismo, está acreditado debidamente que el Sargento Flórez, al ser dado de baja no había incurrido en las causales de inhabilidad contempladas por el artículo 1º de la Ley 72 de 1917; que devengaba un sueldo mensual de $ 15.00, de conformidad con el Decreto 772 de 1945; que no ha recibido pensión ni recompensa alguna del Tesoro Público y que no es deudor moroso del mismo.

En estas condiciones tiene derecho al sueldo de retiro que le ha sido reconocido por las providencias referidas.

Ahora, en lo que respecta a la compensación, el doctor Urdaneta sostiene que el decreto contentivo del Reglamento de Invalideces no debe ser aplicado en cuanto dejó sin derecho a compensación ninguna las invalideces del 0 al 14% de disminución de capacidad.

Cuestión fue ésta ya estudiada por el Consejo en el caso del Sargento 2º Alfonso Esponda, de quien también era apoderado el mismo doctor Urdaneta, y a quien el Consejo le negó el derecho a la compensación por habérsele fijado una disminución de capacidad menor del 15%.

Dijo el Consejo en tal providencia que el artículo 40 de la Ley 2ª de 1945, al otorgar una compensación en dinero, que variará entre el valor de 18 y 36 meses del último sueldo devengado cuando el Suboficial sea retirado por invalidez para la vida militar, subordinó este reconocimiento al artículo 42 de la misma Ley, que reza:

> "Para efectos de la compensación, el Gobierno, en reglamento especial y dentro de los límites señalados en la presente Ley, fijará la cuantía que corresponda en cada caso, de acuerdo con el grado de invalidez del Oficial o Suboficial."

El Gobierno, en cumplimiento de este mandato del legislador, expidió el Decreto número 1822 de 27 de julio del corriente año, sobre reglamento de invalideces, y en el artículo 34 dispuso que no habría lugar a compensación del 0% al 14% de disminución de capacidad.

No sería, pues, posible que el Ministerio hubiera reconocido por medio de la Resolución apelada una compensación con desconocimiento del Decreto 1822 citado. Y no puede tampoco el Consejo hacer reconocimiento alguno por este concepto, entre otras razones, porque necesariamente la cuantía de la compensación tendría que sujetarse a la del Reglamento de Invalideces, el cual no reconoce ni fija monto alguno de compensación para incapacidades del 10% de lo normal: cualquier

compensación que el Consejo reconociera sería arbitraria e ilegal en cuanto no se ceñiría al Reglamento de Invalideces que la misma Ley mandó establecer.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto del señor Fiscal, *confirma* la Resolución número 1763 de 1945, dictada por el Ministerio de Guerra, y que ha sido materia de la apelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gonzalo Gaitán, Tulio Enrique Tascón, Jorge Lamus Girón, Carlos Rivadeneira G., Gustavo A. Valbuena, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

Jurisdicción coactiva—Apelación

(Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón).

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

Por reconocimiento número 2317-P, de fecha 17 de febrero del año en curso, el Tesorero Municipal de Bogotá liquidó a favor del Municipio y a cargo de la sucesión del señor Ramón Tamayo un crédito por la suma de $ 442.65, por valor de los servicios de aseo y alumbrado que gravaban la finca número 20-82 de la carrera 13 de esta ciudad, sobre un avalúo catastral de $ 14.100.00, del segundo semestre de 1935 al segundo semestre de 1940, y de $ 17.500.00, del primer semestre de 1941 al segundo semestre de 1944; al tres por mil, sin recargos; y por reconocimiento número 2318-P de la misma fecha, el mismo Tesorero reconoció a favor del Municipio y a cargo de la misma sucesión un crédito por la suma de $ 473.55, como valor de los servicios de aseo y alumbrado que gravaban la finca número 20-78 de la carrera 13 de esta ciudad, sobre un avalúo de $ 15.100.00 en el segundo semestre de 1935 hasta el segundo semestre de 1940, y $ 18.700.00 en el primer semestre de 1941 al segundo semestre de 1944, más los recargos del capital expresado, desde el segundo semestre de 1935 hasta cuando se verifique el pago, a las siguientes tasas: al 12% anual hasta el 31 de diciembre de 1938, y al 9% anual de esta fecha en adelante.

Con base en tales reconocimientos, el Recaudador 2º Municipal de Ejecuciones Fiscales, con fecha 19 de febrero del año en curso libró sendas órdenes de pago por la vía ejecutiva a favor del Municipio de Bogotá y a cargo de la sucesión del señor Ramón Tamayo, la primera por la suma de $ 442.65, y la segunda por la cantidad de $ 473.55, más los recargos de este capital a las tasas ya expresadas.

Así las cosas, los señores Jorge Tamayo Londoño, María Tamayo Londoño y Sofía Tamayo de Moore confirieron poder al doctor Gustavo Alvarez para que los representara en el juicio que el Recaudador 2º Municipal adelantaba por jurisdicción coactiva contra la sucesión de Ramón Tamayo, de quien eran herederos, y expresaron en el poder que a ellos y a la interdicta Margarita Tamayo Londoño y al menor Gabriel Tamayo Londoño les había sido adjudicada la casa números 20-78, 20-80 y 20-82 de la carrera 13 de esta ciudad, a que se referían los reconocimientos por concepto de impuestos municipales.

El Recaudador, con fecha 8 de marzo del presente año, notificó al apoderado doctor Alvarez el mandamiento ejecutivo y le hizo la intimación de pago, y el mismo apoderado, en escrito de 9 del mismo mes, propuso las siguientes excepciones: a) Inexistencia de la obligación; b) Carencia de título por parte de la entidad demandante; c) Carencia de personería sustantiva del actor, y d) Las que puedan deducirse de los hechos expuestos en el mismo escrito de excepciones.

La excepción de inexistencia de la obligación la hizo consistir en que el Municipio, por Resolución número 102 de 1935, aclarada por la número 54 de 1937, declaró exentas de los impuestos predial, aseo y alumbrado, por el término de diez años, contados desde el segundo semestre de 1935, las casas números 20-78 y 20-80 de la carrera 13 de esta ciudad, por las cuales se exige el pago de los impuestos de aseo y alumbrado coactivamente.

La excepción de carencia de título por parte de la entidad demandante la funda el excepcionante en que, conforme al artículo 213 de la Ley 4ª de 1913, los Recaudadores Municipales tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivo el cobro de impuestos municipales, pero no de servicios.

La carencia de personería sustantiva en el actor, en que el reconocimiento se libró a favor del Tesoro Municipal de Bogotá y no del Municipio, afirmación que es totalmente inexacta.

El Fiscal del Consejo, en su vista número 390, es de parecer que se declare nulo lo actuado, por haberse adelantado la ejecución sin haberles notificado a los herederos los títulos ejecutivos; pero, agrega, que si el Consejo no se considerare competente para declarar tal nulidad, debe revocarse la sentencia, a fin de que el incidente de excepciones se falle después de ejecutoriado el auto de citación para sentencia de pregón y remate, por cuanto la parte ejecutada se compone en este caso de varias personas.

No considera la corporación que sea el caso de anular lo actuado, ni tampoco de revocar la sentencia del Tribunal Administrativo por los motivos apuntados, ya que en el expediente no consta que la interdicta Margarita Tamayo y el menor Gabriel Tamayo sean verdaderamente herederos del señor Ramón Tamayo, sino por la afirmación escueta, hecha por los herederos, señores Jorge y María Tamayo y Sofía Tamayo de Moore, en el memorial-poder conferido al doctor Gustavo Alvarez, pero sin respaldo probatorio en los autos.

En cuanto a que el mandamiento ejecutivo se hubiera librado sin haber notificado, con ocho días de anticipación, a los herederos los títulos ejecutivos de conformidad con el artículo 1434 del Código Civil, cabe observar, en primer lugar, que esta no es causal de nulidad del juicio; en segundo lugar, que los herederos representados en la ejecución se dieron por notificados sin haber hecho objeción alguna, y en tercer lugar, que esa sería causal que podría alegarse contra el mandamiento ejecutivo, pero no en este incidente de excepciones.

Además, es sabido que los herederos pueden actuar en nombre de la sucesión para todo aquello que aproveche a ella.

Como probada una excepción perentoria resulta inoficioso el examen de las otras propuestas, procede el Consejo a estudiar la primera de las enumeradas, o sea la de inexistencia de la obligación.

Como ya se dijo, la parte ejecutada hace consistir esta excepción en que las fincas gravadas con los impuestos de aseo y alumbrado están exentas del pago del impuesto que se cobra en el juicio ejecutivo. Los hechos en que se funda esta excepción aparecen plenamente comprobados. En efecto: se ha traído copia auténtica de las siguientes Resoluciones, con la constancia de que se encuentran debidamente ejecutoriadas:

"RESOLUCION NUMERO 102 DE 1935
(octubre 1º)

por la cual se concede la exención de unos impuestos.

"Alcaldía Municipal—Secretaría de Hacienda—Bogotá, octubre primero de mil novecientos treinta y cinco.

"El doctor Luis Bermúdez, en las anteriores diligencias solicita que se le conceda la exención de los impuestos predial, aseo y alumbrado, por diez años, para las casas de su propiedad situadas en esta ciudad, en la carrera 13, números 20-80 y 20-82. La petición la funda el memorialista en lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 49 de 1927. Para resolver, se considera:

"Existen en las anteriores diligencias la constancia expedida el día 26 de abril por la Secretaría de Obras Públicas, para la construcción de las referidas casas, el certificado expedido por el Departamento de Catastro, con el que se demuestra que el avalúo de cada una de las citadas casas es de $ 15.100.00, el certificado de la Dirección Municipal de Higiene, que demuestra que las casas reúnen las condiciones de higiene, y declaraciones de testigos que comprueban que tales fincas fueron terminadas de construír en el año de 1928, es decir, durante la vigencia de la Ley 49 de 1927. Estando reunidos los requisitos exigidos para esta clase de exenciones, esta Secretaría accede a lo solicitado, y, en consecuencia,

"RESUELVE:

"Conceder la exención de los impuestos predial, aseo y alumbrado, por el término de diez años, contados desde el segundo semestre de mil novecientos treinta y cinco (1935), para las casas de propiedad del doctor Luis Bermúdez, situadas en la carrera 13, números 20-80 y 20-82, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 49 de 1937.

"Hágase saber y cúmplase.

"Dada en Bogotá a primero de octubre de mil novecientos treinta y cinco.

"(Firmado), *Luis Carlos Páez,* Secretario de Hacienda."

"RESOLUCION NUMERO 54 DE 1937
(abril 9)

por la cual se aclara la Resolución número 102 de 1935.

"El Secretario de Hacienda Municipal,

en uso de sus atribuciones legales, y

"CONSIDERANDO:

"Que el señor Jefe del Departamento de Catastro, en oficio número 426 de 7 de los corrientes, informa a esta Secretaría que a las fincas números 20-80 y 20-82 de la carrera 13, por Resolución número 102 de 1935 se les concedió la exoneración de los impuestos predial, aseo y alumbrado, de conformidad

con la Ley 49 de 1927, y que de acuerdo con la nueva nomenclatura a tales fincas les corresponden hoy los números 20-78 y 20-80,

"RESUELVE:

"Primero. Aclarar la Resolución número 102 de 1935 en el sentido de que la exención de los impuestos predial, aseo y alumbrado para las casas números 20-78 y 20-80 de la carrera 13, de propiedad del señor Luis Bermúdez, rija para las casas números 20-78 y 20-80, en los mismos términos de que trata la Resolución antes mencionada.

"Segundo. Queda en estos términos aclarada la Resolución número 102 de 1935.

"Hágase saber y cúmplase.

"Dada en Bogotá a nueve de abril de mil novecientos treinta y siete.

"(Firmado), *Alfonso Palacio Rudas,* Secretario de Hacienda."

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en vista de las Resoluciones transcritas, por sentencia de 19 de junio del año en curso declaró probadas las excepciones propuestas por el apoderado de los ejecutados, y ordenó cesar totalmente la ejecución, y decretó el desembargo de los bienes, si hubieren sido embargados, sentencia que ha venido al Consejo por apelación interpuesta por el Personero Municipal.

El Tribunal, para fallar como lo hizo, tuvo en cuenta que las Resoluciones ameritadas causaban estado, y no era, por tanto, posible desconocer las situaciones jurídicas, individuales y concretas, que ellas habían creado a favor de los propietarios de la casa número 20-78 de la carrera 13, tántas veces mencionada.

A las razones aducidas por el inferior, y que el Consejo acepta por ser jurídicas, sólo cabe agregar que ya esta corporación, en casos análogos, tiene dicho que la exención de impuestos municipales de que trata el artículo 20 de la Ley 49 de 1927 no sólo se refiere al impuesto predial sino también al de aseo y alumbrado, impuestos estos dos últimos que en Bogotá se cobran como adicionales al primero, a razón de un tanto por ciento sobre el avalúo catastral; y la razón es que los impuestos de aseo y alumbrado reúnen las características de generalidad y obligatoriedad que distinguen a los impuestos propiamente dichos, de las tasas de servicios, que sólo se cobran a quienes hacen uso de ellos, como es el caso de ferrocarriles, correos, telégrafos, muelles, práctico y remolque —servicios nacionales—, acueducto, energía eléctrica, teléfono —municipales—, etc.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Fiscal, *confirma* la sentencia de excepciones proferida por el Tribunal Administrativo de Bogotá con fecha 19 de junio del año en curso, y que ha sido materia de la apelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gonzalo Gaitán, Tulio Enrique Tascón, Carlos Rivadeneira G., Gabriel Carreño Mallarino, Jorge Lamus Girón, Gustavo A. Valbuena, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

Jurisdicción coactiva

(Consejero ponente, doctor Ricardo Uribe Escobar).

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

El Tesorero Municipal de Medellín libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra el señor Carlos Gaviria Molina, por la cantidad de $ 4.707.85, e intereses de demora, por concepto de impuesto de valorización deducido a su cargo en relación con una propiedad raíz de su pertenencia, situada en la calle 49 de dicha ciudad, crucero con la carrera 49, con motivo de la ampliación de esta carrera.

Notificado el mandamiento al ejecutado, señor Gaviria Molina, éste propuso una serie de excepciones, cuyo fundamento se resume en la tésis con que fue enunciada la sexta, de que "el Municipio no está legalmente facultado para cobrar y reglamentar el impuesto de valorización en la forma en que lo está haciendo".

De tales excepciones declaró probada el Juzgado 1º del Circuito de Medellín, en sentencia de fecha 14 de diciembre de 1942, la propuesta bajo el numeral primero con la denominación de inexistencia de la obligación, y de esa sentencia apeló oportunamente el señor Personero del Municipio.

El negocio pasó entonces al Tribunal Superior del Distrito Judicial, a quien correspondía el conocimiento en segunda instancia antes de la expedición de la Ley 67 de 1943; pero entretanto fue expedida la expresada Ley 67, y con este motivo el Tribunal lo pasó al Tribunal Administrativo del lugar, considerando erróneamente que su conocimiento le correspondía por haberse surtido la primera instancia ante un Juzgado de Circuito; y, por último, de allí fue remitido al Consejo de Estado, que es la entidad competente para conocer en segunda instancia de los incidentes de excepciones en juicios por jurisdicción coactiva por créditos a favor de los Departamentos y Municipios, cuando la cuantía excede de quinientos pesos.

Sustanciado como lo ha sido el recurso de apelación interpuesto, el Consejo procede a su decisión de fondo.

La tesis de que el Municipio de Medellín no está legalmente facultado para cobrar y reglamentar el impuesto de valorización en la forma en que se ha procedido con el ejecutado señor Gaviria Molina, se funda a su vez en el hecho alegado como fundamento de la excepción de falsedad del instrumento ejecutivo, en los siguientes términos:

> "Efectivamente, no se ha realizado obra alguna de ensanche en la carrera Junín (49), entre las calles de Colombia y Ayacucho (50 y 49). Mi casa en nada se ha valorizado con una obra que no se ha ejecutado. El Municipio no ha llevado a cabo en ese sector ninguna obra de interés público local."

Como prueba de este hecho, el ejecutado solicitó la práctica de una inspección ocular, pero en ella se estableció que la obra de ensanche de

la carrera Junín existía ya en parte, en un frente de 28 metros, entre las calles Pichincha y Maturín, o sean las números 48 y 47.

El cobro anticipado se basó en el artículo 18 del Acuerdo número 64 de 1940, que dice:

> "La Junta de Valorización podrá derramar y hacer efectivo, por conducto de la Tesorería, el impuesto de valorización, *una vez hechos los planos y presupuestos* de las obras consideradas en el artículo 16, invirtiendo los fondos que se recauden por este concepto exclusivamente en las obras sobre las cuales se derrame el impuesto."

El Juzgado fallador hace un estudio muy atento de la legislación expedida en Colombia acerca del impuesto de valorización, para concluír que este impuesto no puede exigirse sino una vez ejecutada la obra de la cual se deduce la valorización. En concepto del Juzgado, la liquidación y cobro del impuesto municipal de valorización debe ceñirse al procedimiento establecido por las Leyes 25 de 1921 y 51 de 1926, una de cuyas disposiciones, la del artículo 4º de la 51, es del siguiente tenor:

> "Una vez adoptados por el Gobierno los estudios técnicos para la ejecución de las obras de desecación de pantanos y tierras anegadizas y regulación de aguas, se procederá a formar el catastro de las propiedades que se beneficien con dichas obras, justipreciando dichas propiedades por su valor comercial actual y con intervención de peritos nombrados, uno por el Gobierno, otro por el respectivo interesado y un tercero por el Concejo Municipal de la ubicación del inmueble. Se ejecutarán todas las obras, y una vez terminadas, se justipreciarán nuevamente las propiedades beneficiadas, y la diferencia de valores representará el beneficio sobre el cual deberá pagarse el impuesto de valorización, de acuerdo con el artículo 3º de la Ley 25 de 1921. El impuesto con que resulte gravada cada propiedad será cubierto por los interesados en la forma que determine el Poder Ejecutivo.
>
> "El producto del impuesto será destinado a reembolsar los fondos que hayan servido para la ejecución de las obras."

El señor Fiscal 1º del Tribunal Superior de Medellín contradijo la tesis del Juzgado en estos términos:

> "El error del señor Juez *a quo* procede de que no captó la peculiaridad de la Ley 51 de 1926, que consiste en que da procedimiento especial para las obras de valorización que ejecute el Gobierno. Es, pues, una ley que coloca a las obras de interés público local que ejecute el Gobierno (Presidente y su Ministro de Obras) bajo un régimen especial. Así lo dice textualmente el artículo 6º de ella, a saber:
>
> 'Artículo 6º Las disposiciones de esta Ley, en lo pertinente, regirán para todos los casos en que el Gobierno haya de ejecutar obras de interés público local, de las señaladas en el artículo 3º de la Ley 25 de 1921, y a esta ejecución', etcétera.
>
> "Ahora bien: el Municipio de Medellín cobra impuesto de valorización, no en virtud de la Ley 51 precitada, que es para el Gobierno, sino por facultad que le dio la Ley 63 de 1938, en relación con la Ley 195 de 1936 y la 25 de 1921.
>
> "Que la Ley 25 de 1921 determina el cobro del impuesto antes de hacer la obra, aparece claro de su lectura y de los De-

cretos reglamentarios de ella, los números 219 de 15 de febrero de 1923 y 1702 del mismo año.

"Efectivamente, la Ley 25 emplea tiempos futuros, como lo subrayé, tal como 'se beneficien' y 'han de beneficiarse'; el artículo 4º reza:

'La tasación de este impuesto se hará sobre catastros especiales de las propiedades que han de beneficiarse con las obras....'

"Y tan claro es todo esto, que el legislador, al dictar las Leyes 195 y 63 precitadas, en que faculta para impuesto de valorización a los Municipios, dijo: 'para recaudar e invertir', lo que traduce en buen cristiano, para cobrar primero y luégo hacer efectivo."

Considera el Consejo:

La Ley 195 de 1936 dispuso:

"Artículo 1º Además de las facultades conferidas por la Ley 72 de 1926, el Concejo Municipal de Bogotá tendrá las siguientes:

".....

"d) Dictar las medidas conducentes para hacer efectiva a favor del Municipio la contribución creada por medio del artículo 3º de la Ley 25 de 1921, y determinar su inversión."

Posteriormente, la Ley 63 de 1938 hizo extensiva a los Municipios referidos en los artículos 1º y 2º de la Ley 89 de 1936, esto es, a los que sean capitales de Departamento o que tengan un presupuesto anual no inferior a $ 300.000, la facultad concedida al de Bogotá en el numeral transcrito de la Ley 195, agregando:

"Artículo 2º En consecuencia, quedan autorizados esos Municipios para establecer, organizar, recaudar e invertir el impuesto de valorización. Pero los acuerdos que se expidan en desarrollo de esta autorización no tendrán validez hasta que reciban la aprobación expresa del respectivo Gobernador o Intendente."

De modo que en virtud de estas disposiciones legales el Municipio de Medellín estaba autorizado, a la fecha del Acuerdo que sirvió de base a este juicio, para establecer, organizar, recaudar e invertir el impuesto de valorización, con el sólo requisito de que dicho Acuerdo hubiera sido aprobado por el Gobernador del Departamento, limitación que hoy no existe ya, porque la Ley 1ª de 1948, en el inciso 2º del artículo 18, dispuso que los Municipios capitales de Departamento y aquellos cuya población sea o exceda de 25.000 habitantes pueden señalar, sin sujeción a las normas legales anteriores, la forma de hacer efectivo este impuesto. Disposición que aclara y complementa la autorización conferida desde 1938 a los Municipios capitales de Departamento, por gracia del artículo 2º de la Ley 63 de tal año, que acaba de citarse.

Se dirá que no obstante la amplitud de esta autorización, cuando el Concejo de Medellín expidió el Acuerdo número 64 de 1940 subsistía el requisito de la aprobación gubernamental. Pero aunque el señor Juez funda en parte su sentencia en la falta de esa aprobación, lo cierto es que la omisión no aparece demostrada en el incidente de excepciones ni fue alegada por el ejecutado. De que en la copia expedida por la Secretaría del Concejo Municipal, a petición del Personero, no aparezca

la nota de aprobación del Gobernador a dicho Acuerdo, no se puede deducir que se haya omitido tal requisito, toda vez que la no inserción de esta nota en la copia bien puede obedecer a que ella no se conserva en el Concejo, sino en el ejemplar que la Gobernación deja en su archivo y en el que devuelve a la Alcaldía.

Por lo que hace al principal argumento del ejecutado, y que sirve de base a la sentencia recurrida, de que el impuesto de valorización no puede hacerse efectivo antes de ejecutarse la obra que lo motiva, hay que observar que si esta condición aparecía clara para determinadas obras particularizadas en la Ley 51 de 1926 (desecación de pantanos y tierras anegadizas y regulación de aguas, y otras semejantes, de interés público local) emprendidas por el Gobierno Central, no puede exigirse la misma condición para las obras ordenadas por los Concejos Municipales, ya que el artículo 2º de la Ley 63 de 1938 concede a los Municipios suficiente amplitud para que los Concejos *organicen,* es decir, ordenen y fijen reglas para aplicar o derramar el impuesto referido, así como para recaudarlo e invertirlo. Y eso fue lo que hizo el Municipio de Medellín en los varios acuerdos dictados por el Concejo sobre este particular: el número 85 de 1938, el 29 de 1940 y el 64 del mismo año, expedidos antes de la iniciación de este juicio. Y por eso dispuso en el artículo 18 del Acuerdo 64 lo siguiente:

> "La Junta de Valorización podrá derramar y hacer efectivo, por conducto de la Tesorería, el impuesto de valorización, una vez hechos los planos y presupuestos de las obras", etcétera.

Esta manera de derramar y percibir el impuesto de valorización, una vez hechos los planos y presupuestos de las obras proyectadas por los Municipios antes de ser ejecutadas total o parcialmente, no está prohibida por las leyes, y, por el contrario, la facultad de disponerlo así se deduce rectamente de la autorización conferida al Municipio de Bogotá y a los demás Municipios capitales de Departamento (artículo 2º, Ley 89 de 1936, en relación con el 6º de la 72 de 1926), para organizar libremente sus rentas, percepción y cobro, y para crear los impuestos y contribuciones que estimen necesarios, dentro de la Constitución y las leyes.

Pero además de esta facultad general, los Municipios arriba expresados adquirieron la autorización especial para reglamentar libremente el impuesto de valorización, cuando este impuesto dejó de ser nacional únicamente, y el legislador los facultó expresamente para establecerlo, organizarlo, recaudarlo e invertirlo, como lo dispuso la Ley 63 de 1938, relacionada con las Leyes 195 de 1936 y 113 de 1937, en favor de los Municipios.

De tal suerte que el impuesto de valorización, establecido originariamente por la Ley 25 de 1921 como una contribución sobre las propiedades raíces que se beneficiaran con la ejecución de obras de interés público local, y cuya organización, percepción, manejo e inversión estaban a cargo de las juntas especiales designadas por los Gobernadores de los Departamentos, pudo después ser organizado, reglamentado y recaudado con autonomía por los Municipios capitales de Departamento, a partir de la vigencia de la Ley 63 de 1938.

Por consiguiente, el Acuerdo 64 del Concejo de Medellín, que organizó el impuesto de valorización en forma que pudiera recaudarse una vez hechos los planos y presupuestos de las obras de arreglo, rectificación, ensanche, pavimentación de vías y otras análogas, antes de la

ejecución total o parcial de ellas, no es contrario a las leyes, y, por lo tanto, bien puede servir de base para la percepción coactiva del impuesto.

En virtud de las consideraciones que preceden, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Fiscal y de acuerdo en el fondo con él, *revoca* la sentencia apelada, de que se ha hecho mérito, y en su lugar declara no probada ninguna de las excepciones propuestas por el ejecutado, y ordena seguir adelante la ejecución.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Ricardo Uribe Escobar, Carlos Rivadeneira G., Jorge Lamus Girón, Tulio Enrique Tascón, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Hernández Rodríguez, Gonzalo Gaitán.—Luis E. García V., Secretario.

Impuestos.

(Consejero ponente, doctor Ricardo Uribe Escobar).

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

La Sección Municipal de Catastro y Nomenclatura de Bogotá, por Resolución de fecha 4 de septiembre de 1942 modificó el avalúo que había hecho anteriormente de las propiedades del señor Eugenio J. Gómez, de la calle 16, números 16-68 y 16-80, así:

1º Finca número 16-68, avaluada antes en $ 132.000.00:

Lote y edificio en ....$	83.000.00	
Maquinaria del molino "El Lobo"	120.000.00	203.000.00

2º Finca número 16-80 (casa de habitación), avaluada antes en $ 156.000.00, en ....$ 37.000.00

Esta modificación tuvo como única causa el hecho de que el señor Gómez había segregado al lote de su casa de habitación una parte que agregó al lote del molino, y de ella apeló el señor Gómez para ante la Junta Municipal de Hacienda. Pero mientras dicha Junta decidía la apelación, intervino la Junta Asesora de la Administración Municipal y rebajó el avalúo de la maquinaria a la suma de $ 90.000.00, quedando reducido a $ 173.000.000 el avalúo total del inmueble número 16-68.

Luégo la Junta Municipal de Hacienda, por Resolución número 176 de 9 de julio de 1943, confirmó lo resuelto por la Sección de Catastro y Nomenclatura, y, por último, por Resolución número 243 de 14 de octubre del mismo año, negó la reposición de la anterior, solicitada por el contribuyente.

Contra dicha actuación administrativa interpuso el señor Gómez el recurso de revisión contencioso-administrativa del impuesto predial exigido con base en el avalúo de $ 173.000.00 asignado al inmueble número 16-68, y que se descompone así: lote de terreno y edificio, $ 83.000.00; elementos y accesorios, como maquinarias y demás, $ 90.000.00 (folio 50). El Tribunal Administrativo de Bogotá, previa la tramitación del caso, dictó la sentencia de fecha 22 de marzo del corriente año, por la cual declaró nulas las Resoluciones de la Junta Municipal de Hacienda, acusadas, fijó el precio catastral del inmueble de que se trata en la cantidad de $ 83.000.00, y ordenó el reintegro del exceso cobrado por concepto de maquinaria.

De aquel fallo apeló el señor Personero Municipal de Bogotá, y en esta virtud corresponde al Consejo de Estado decidir en segunda instancia la demanda del señor Gómez.

Las Resoluciones de la Junta Municipal de Hacienda acusadas se fundaron en la tesis sentada por el Instituto Geográfico Militar y Catastral, en un caso similar, de que "la maquinaria de un establecimien-

to industrial, instalada en un inmueble que ha sido construído o adaptado en forma notoria para ejercer la industria, debe considerarse inmueble por destinación, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 658 del Código Civil".

Dicha tesis fue adoptada por el Instituto mediante un estudio detenido y erudito, al cual corresponden los siguientes párrafos:

"El artículo 658 del Código Civil es susceptible de una interpretación más lógica, más acorde con las necesidades actuales, y menos apegada al texto mismo de la disposición, para sacar de él conclusiones diferentes a las que presenta el memorialista, por lo cual nos permitimos hacer algunas consideraciones, relacionando la disposición dicha con los antecedentes y fundamentos que el legislador tuvo en su tiempo para redactar el texto legal en la forma en que lo hizo; las conclusiones a que ha llegado la jurisprudencia sobre su alcance, y la aplicación que el mismo artículo del Código Civil debe tener hoy, enfrente de situaciones nuevas, a las que es necesario acomodar la disposición legal citada.

"La primera observación que debe hacerse es la de que los inmuebles por destinación es una categoría de bienes creada por la ley. Es decir, los inmuebles por destinación existen en virtud de una ficción legal, ya que en realidad son muebles por naturaleza, pero a los que el legislador ha querido dar el carácter de inmuebles, en razón al fin a que están dedicados.

"En efecto, el artículo 658 del Código Civil dice así:

'Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento. Tales son, por ejemplo:

.....

'5) Las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y demás máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherentes al suelo y pertenecen al dueño de éste.'

"A propósito, el señor Arturo Alessandri Rodríguez, al comentar el artículo 570 del Código Civil chileno, exactamente igual al nuestro, dice así:

'Con arreglo al artículo 570, para que una cosa mueble tenga el carácter de inmueble por destinación, debe reunir los requisitos siguientes: a) Debe estar destinada al uso, etc.'

"¿Cómo debe entenderse la expresión empleada por el primer inciso del artículo 658, cosas permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble?

"Como del texto del artículo se desprende que éste puede aplicarse tanto a la explotación agrícola como a la industrial, conviene distinguir entre inmueble por destinación agrícola e inmueble por destinación industrial. A propósito, dice Luis Claro Solar, en su obra *Explicaciones de Derecho Civil Chileno:*

'Atendiendo el interés que da origen a la destinación, ésta puede ser, por lo tanto, agrícola, industrial y comercial. El Código sienta la regla general, que en su enunciación comprende a todas ellas, estableciendo que se produce la inmobilización de las cosas muebles que se ponen en un inmueble cuando son destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble, que puede

ser a su vez objeto de una explotación agrícola, de una explotación industrial o de una explotación comercial.

'Sin embargo, en las enunciaciones particulares que contiene el artículo 570 (658 de nuestro Código), es el interés agrícola el que domina; se hace escasa referencia al interés de la industria; y no se pone ejemplo alguno preciso de un interés comercial, lo que se explica por el valor preponderante que el legislador atribuye al cultivo de la tierra como fuente principal de la riqueza....

'En los inmuebles por destinación para un fin agrícola, el concepto de explotación y beneficio se refiere al inmueble por naturaleza en sí mismo, y, por tanto, es lógico que ese objetivo o fin no pueda perseguirse sino en los predios agrícolas. En cambio, en los inmuebles por destinación industrial el concepto de uso, beneficio y explotación se desplaza del aprovechamiento del inmueble por naturaleza en sí mismo, al de un objeto diferente, al cual concurren el inmueble por naturaleza y los inmuebles por destinación.

'Pero es natural que el uso a que se dedica el inmueble por naturaleza, en el cual se instala una fábrica, sea diferente del que se da a un inmueble agrícola. Asimismo, el beneficio de un inmueble rural está representado en su explotación económica, agrícola, y en beneficio de un inmueble en el cual se instala una maquinaria industrial, está representado en el interés de esa industria a que se dedica....

'Para que la inmobilización de estos objetos (maquinaria industrial) se efectúe por destinación industrial, es necesario que concurran las siguientes condiciones: a) Que exista un establecimiento industrial adherente al suelo; b) Que formen parte integrante de este establecimiento para la realización de la industria a que esté destinado, y c) Que dichos objetos y el establecimiento pertenezcan al mismo dueño.

'Se trata, pues, de una inmobilización esencialmente industrial que supone la construcción de un edificio apropiado a una determinada industria, sea un predio rústico, sea un predio urbano. En este caso la inmobilización de las cosas muebles permanentemente destinadas al uso y beneficio del inmueble, se efectúa en interés de la industria, que necesita esta estabilidad para su explotación y desarrollo. Por eso el establecimiento industrial debe ser una construcción adherente al suelo mismo a perpetuidad, y no una construcción de material ligero, fácilmente transportable y que no pudiera ser calificada como bien inmueble.

'El carácter de accesorio que el inmueble por destinación tiene en el caso del fin agrícola desaparece con el del fin industrial, pues al paso que en el primero lo que constituye la parte principal, ya que de él se va a obtener el mayor beneficio, es el inmueble por naturaleza; en el segundo, la concurrencia de ambos y necesidad de uno y otro para obtener el fin perseguido no deja ver cuál de los dos viene a ser accesorio del otro....'"

El señor Fiscal del Consejo de Estado acogió la tesis del Instituto y de la Junta Municipal de Hacienda, y el demandante y el Tribunal sostuvieron la contraria, que el Tribunal fundó en la transcripción de

una jurisprudencia sentada por la misma corporación en una sentencia anterior, en estos términos:

"De la doctrina sentada en el artículo 658 del Código Civil se concluye que para que los muebles se reputen inmuebles, en los casos allí previstos, es menester: Que esos muebles se hallen colocados en el inmueble como cosas *necesariamente accesorias;* que allí se hayan colocado *destinadas al uso, cultivo y beneficio del inmueble;* que la colocación haya sido llevada a cabo por el dueño del fundo, quien a la vez debe serlo de los bienes que se destinan al cultivo o beneficio dicho; y que tales bienes muebles estén destinados *permanentemente* al uso o beneficio del inmueble, cosa que no resulta en caso de colocación transitoria.

"Los bienes inmuebles lo son por naturaleza, por adherencia, por *destinación* y por radicación.... Son inmuebles por destinación los muebles que el dueño destina permanentemente al uso, cultivo o beneficio de un predio. El Código Civil colombiano exige que la destinación sea permanente.

"Cuando hay verdadera destinación, se establece entre el bien mueble y el raíz una unión tan estrecha, que impide que se les pueda separar para los efectos jurídicos....

"Aplicando lo dicho al caso en estudio, es decir, a saber si en el avalúo para el catastro de la propiedad inmueble deben incluirse las maquinarias y demás elementos de la planta eléctrica de Girardot, como inmuebles por destinación, se tiene que la inclusión de las maquinarias en ese avalúo constituye un craso error jurídico de las Juntas Catastrales, porque esas maquinarias no están destinadas permanentemente al uso o beneficio de los inmuebles donde se halla instalada la planta eléctrica de Girardot. Estas dos circunstancias, esto es, la destinación y el uso o beneficio del inmueble y el que sea permanente, son dos circunstancias concurrentes, cuya ausencia hace considerar esas maquinarias como bienes muebles que por ende no deben tenerse en cuenta para el avalúo catastral de los bienes raíces, base del impuesto predial, de acuerdo con la Ley 34 de 1920. En los inmuebles por destinación a que se refiere el artículo 658 del Código Civil, como ya se expresó, debe haber estrecha unión entre el mueble y el inmueble, es decir, que el primero sea una cosa necesaria del segundo; sin esa estrecha relación, no puede considerarse el mueble como inmueble por destinación.....

"Confundir y mezclar, para los efectos del impuesto a la propiedad raíz, las máquinas y generadores de electricidad, las calderas, los tableros, los transformadores, etc., de una empresa eléctrica, con el suelo y edificios, es desquiciar el espíritu y la letra del artículo 658 del Código Civil, que se enunció también como violado. En efecto: la destinación que se haga de esas casas muebles sobre el predio, es lo que justifica el carácter del inmueble que aquella disposición trae. Mejor dicho: debe ser tal la influencia de aquéllas sobre la finca, que ésta de nada serviría por su naturaleza sin tal influencia. Como acontecería con la maquinaria que se colocara en el fondo de una mina para obtener el mineral escondido. En este caso, la mina sin explotación de nada serviría; la riqueza permanecería dormida, oculta, sin aplicación económica ninguna. Pero en el ca-

so del catastro, y muy especialmente de la Compañía Colombiana de Electricidad, en nada se benefician una casa vieja o nueva, un depósito, etc., que son los inmuebles que ella tiene en Girardot, por el hecho de que se aparejen transformadores o calderas en tales depósitos y edificios. La tierra, los muros, el techo de esos bienes inmuebles ¿reciben en su naturaleza, en su contextura física, en su intimidad, algún beneficio directo y lógico por el hecho de que se instalen generadores? La negativa se impone. Es necesario contestar que no. Y si esa es la respuesta precisa, técnica y justa, el aforo catastral que buscó apoyo en el artículo 658 del Código Civil, lejos de colocarse en la ley la violó abiertamente.

"Como el caso de la mina citada por el doctor Mackenzie podrían también citarse el de un trapiche en un ingenio de azúcar, que al ser vendido transmite al comprador el dominio de todos los instrumentos destinados por su dueño para el beneficio de aquél (aquí la destinación es permanente y en beneficio del predio).

"En un establecimiento industrial son inmuebles las cosas accesorias destinadas permanentemente a su beneficio; por ejemplo: las bombas para apagar incendios, colocadas en el establecimiento por necesidad de éste, verbigracia, en una fábrica de gas, una fundición, una herrería, expuestos a constantes incendios. Otros casos que podrían citarse son los contemplados pertinentemente por los artículos 1163, 1179 y 1886 del Código Civil."

Y refiriéndose al caso de autos, agrega el Tribunal:

"En el caso a estudio se encuentra que al hacerse el avalúo catastral del bien inmueble que el doctor Eugenio J. Gómez posee en esta ciudad, se incluyó en él la maquinaria allí instalada, hecho que constituye un notorio error jurídico, porque la maquinaria referida no está destinada permanentemente al uso del inmueble donde ella funciona.

"Como exactamente se dice en la sentencia cuya parte pertinente se deja transcrita, los bienes muebles se reputan inmuebles por naturaleza, por adherencia, por destinación y por radicación. Lo son por naturaleza aquellas cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y las minas (artículo 656 del Código Civil). Por adherencia, las cosas que adhieren permanentemente a la tierra, edificios y árboles, dice el artículo citado. Por destinación son inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, aunque puedan separarse sin detrimento (artículo 658 del Código Civil). Por radicación, como en el caso de los cuadros y espejos que se hallan embutidos en las paredes, de suerte que formen un solo cuerpo con ellas, caso en el cual se consideran parte de las mismas aunque puedan separarse sin detrimento (artículo 660 del precitado Código Civil).

"¿Tiene la maquinaria que funciona en la finca distinguida con el número 16-68 de la calle 16 de esta ciudad las características de los bienes muebles, ya por su naturaleza, bien por adherencia, ora por destinación, ya por radicación? Seguro

> que no; y basta para comprobarlo dar una ligera lectura a las definiciones que al efecto trae el Código Civil, y a las cuales ya se ha hecho referencia anteriormente."

El Consejo considera que la sentencia recurrida debe confirmarse, en atención a las siguientes razones, además de las aducidas en ella:

Las maquinarias y enseres de una fábrica no son, por lo general, cosas destinadas al uso o al beneficio del inmueble en que se hallan instaladas. Puede decirse, por el contrario, y es lo que ordinariamente ocurre, que el inmueble se destina al uso y beneficio de la fábrica. Vale decir que lo accesorio, en estos casos de explotación fabril o manufacturera, es el inmueble, las más de las veces, como sucede, por ejemplo, en las fábricas de textiles, de cigarrillos, de confecciones de ropa, de zapatos, etcétera. Para que puedan considerarse como inmuebles las maquinarias de un establecimiento industrial es necesario que su instalación sea lo que hace utilizable o beneficioso el predio en donde se hallen colocadas. Es el caso de las minas y canteras, de los ingenios de caña de azúcar, de los tejares, verbigracia, y lo será el de los molinos cuando éstos hagan parte de la hacienda o finca en que se cultiva usualmente el trigo, el maíz, etcétera. En estas circunstancias, las máquinas y utensilios forman parte integrante del inmueble, aunque puedan separarse sin detrimento.

De modo que para aplicar rectamente el artículo 658 del Código Civil hay que estudiar cada caso particular, y a ello se debe la variedad de la jurisprudencia en esta materia. Por eso dice el señor Claro Solar, en su obra *Explicaciones de Derecho Civil Chileno*, lo siguiente:

> "Las circunstancias determinarán en cada caso si los objetos que se encuentran en un inmueble presentan o nó los caracteres de una verdadera destinación que les dé la calidad de inmuebles. Es una cuestión de hecho que corresponde a los Tribunales decidir."

Otra de las condiciones que se requieren para que las máquinas instaladas en un inmueble puedan reputarse como inmuebles, es la de que pertenezcan al dueño del suelo, condición que por cierto se cumple en este juicio y según la cual no podrían gravarse con impuesto predial las fábricas o manufacturas instaladas en inmuebles pertenecientes a otros propietarios. De esto resulta que el impuesto no sería general y no quedarían en el mismo pie de igualdad ante el tributo los fabricantes dueños del suelo de sus fábricas y los que trabajaran en inmuebles alquilados, circunstancia que podría aprovecharse fácilmente para burlar el impuesto poniendo en cabeza de otra persona, natural o jurídica, la empresa o el inmueble.

La razón de ser de las disposiciones consignadas en el artículo 658 del Código Civil es la de fijar reglas para los casos de transmisión del dominio y otras relaciones de derecho privado, y aunque no se considere ilegal su aplicación en el campo fiscal, ello no consultaría la igualdad y la equidad en el derecho tributario, ya que no se gravan con el impuesto predial las mercancías existentes en inmuebles del mismo propietario, ni los bienes en depósito, ni los ganados de una hacienda de cría o engorde, de donde resultaría que sólo los industriales dueños del terreno en que tienen sus fábricas pagarían este gravamen, el que tomaría un carácter especial de exacción contra la industria, que ciertamente no es el objetivo del impuesto predial autorizado por la legislación fiscal.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Fiscal, *confirma* la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Ricardo Uribe Escobar, Tulio Enrique Tascón, Carlos Rivadeneira G., Gabriel Carreño Mallarino, Jorge Lamus Girón, Gonzalo Gaitán—Firmo con salvamento de voto: *Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

del Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez en la sentencia recaída en la demanda sobre impuesto predial presentada por el doctor Eugenio J. Gómez.

He salvado mi voto en la sentencia de 21 de agosto de 1945, pronunciada en el juicio de nulidad de las Resoluciones números 176 de 9 de julio y 243 de 14 de octubre de 1943, dictadas por la Junta Municipal de Hacienda de Bogotá, y en gran parte fundamento mi posición con los muy juiciosos raciocinios presentados por el doctor Nicolás Torres Niño en su vista fiscal de fecha 7 de julio de 1945, visible al folio número 6 del cuaderno 4.

Comoquiera que comparto las tesis de la Fiscalía y los conceptos jurídicos contenidos en la parte motiva de las Resoluciones acusadas, todo lo cual doy por reproducido, sólo me resta hacer algunas breves consideraciones sobre la materia.

El impuesto predial es el más antiguo de los impuestos en general, y el que más ha variado al través de su historia. Cuando la riqueza era constituida principalmente por la propiedad raíz, este impuesto tuvo grandísima importancia. Pero desde hace dos siglos presenciamos un proceso ininterrumpido de incremento de la propiedad mueble y de las cosas incorporales. Este proceso no ha dejado de tener hondas repercusiones en la organización del impuesto predial.

Base del impuesto predial en Colombia.

En su artículo 2º dijo la Ley 34 de 1920:

> "El impuesto sobre la propiedad raíz se cobrará teniendo *como base el catastro* o *catastros* debidamente formados de acuerdo con lo que dispongan las Asambleas Departamentales."

Esta disposición permanece vigente en cuanto a que el impuesto predial en Colombia tiene por base el catastro. Todas las operaciones catastrales confluyen a fijar un precio sobre una determinada propiedad. Ese precio, o mejor, ese avalúo monetario, que tiende a aproximarse al precio comercial de la propiedad y a identificarse con él, constituye la cifra sobre la cual debe aplicarse la tarifa de la imposición para liquidar el impuesto predial.

En otros negocios sobre materias de impuestos he tenido oportunidad de insistir en el carácter peculiar de las leyes impositivas, con base en citas y tesis de algunos tratadistas como Gaston Jèze. Las leyes fiscales no reforman las leyes sustantivas, a menos de manifestación expresa, pero al mismo tiempo no se les puede desnaturalizar en su contenido y propósitos interpretándolas con sujeción a otras leyes que rigen materias distintas. Este principio conduce a desbrozar el campo de acción del impuesto predial para considerarlo como un gravamen impositivo que tiene por base el catastro, tal como haya sido organizado para estos fines. En consecuencia, debe examinarse en qué consiste y cómo está constituido el catastro entre nosotros.

El catastro.

El catastro entre nosotros, como en otros países, tiende a ser la base para la liquidación de varios impuestos. El artículo 29 de la Ley 78 de 1935, relativa al impuesto sobre la renta, se expresó así:

> "En la Jefatura de Rentas Nacionales habrá una Sección Nacional de Catastro, a cuyo cargo estará la fijación de los avalúos comerciales de la propiedad raíz que hayan de servir de base para tasar y recaudar el impuesto. Mientras se lleva a cabo el catastro nacional, el impuesto se liquidará teniendo en cuenta los avalúos catastrales municipales."

Esta Sección Nacional de Catastro, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 65 de 1939, tiene "el ejercicio de la dirección técnica en materia catastral", el cual "comprende la facultad de dictar normas sobre la formación del catastro, los procedimientos de renovación o rectificación del mismo, *los factores que deben tomarse en cuenta para el avalúo de las fincas, etc.*"

Todas estas reglamentaciones tienden a trasladar a los técnicos la formación del catastro, al cual, una vez concluido, debe sujetarse la Administración para liquidar el impuesto predial. Las autoridades, en materia de impuestos, no tienen otra función, en relación con el catastro, que tomarlo objetivamente, tal como lo hayan levantado los técnicos, y aplicar sobre sus avalúos la tarifa de la imposición.

Todas las consideraciones anteriores llevan a examinar las disposiciones especiales sobre catastro en general. De conformidad con el Decreto número 1301 de 1940, reglamentario de la Ley 65 de 1939, sobre catastro, la noción positiva sobre el particular es la siguiente:

> "El catastro estará constituído por un conjunto de documentos de los cuales se obtenga una relación, más o menos sumaria, de los tres elementos de la propiedad inmueble del país: su descripción física, su valor económico y su situación jurídica.
>
> "Serán objetivos principales del catastro:
>
> "..... ....
>
> "2º El levantamiento de un inventario general o censo *de la propiedad* en la República.
>
> "La descripción económica comprende todos los datos científicos y estadísticos necesarios para el avalúo oficial de los predios, tomando en cuenta *no solamente el valor del inmueble, sino también el que le comunican las cosas corporales MUEBLES* consideradas inmuebles por adherencia, destinación y *RADICACION....*"

Todas estas disposiciones y las contenidas en la Resolución número 831 de 1941, originaria del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, demuestran que, en materia de catastro, en el momento actual de la evolución legislativa en Colombia sobre el particular, se ha llegado a una concepción extensiva que arranca de la ficción jurídica del Código Civil, que transforma ciertos muebles en inmuebles, hasta computar para el avalúo respectivo ciertos factores económicos y cosas corporales muebles por *radicación* y *adherencia*, términos que no figuran en el artículo 658 del Código Civil, y que algún significado extensivo tienen que tener.

La forma como está organizado el impuesto predial entre nosotros no plantea jurídicamente un debate circunscrito al círculo de la terminología del Código Civil sobre las cosas corporales, sino que amplía el radio de la controversia para ubicarlo especialmente dentro de las normas

que rigen la formación del catastro, base de la imposición de que se trata. Y de acuerdo con las normas sobre la materia, que están vigentes, que el Consejo de Estado se negó a anular, debe llegarse a la conclusión que sobre la base del catastro así levantado debe cobrarse el impuesto predial como lo ha hecho, a mi juicio acertadamente, sin violar las leyes y reglamentos pertinentes, la Sección Municipal de Catastro y Nomenclatura de Bogotá, para determinar el avalúo, y los liquidadores del impuesto, para cobrarlo.

Contra este resultado se levanta un serio argumento, que el distinguido Magistrado ponente en la sentencia de que disiento, desarrolla así:

> "Otras de las condiciones que se requieren para que las máquinas instaladas en un inmueble puedan reputarse como inmuebles es la de que pertenezcan al dueño del suelo, condición que, por cierto, se cumple en este juicio, y según la cual no podrían gravarse con impuesto predial las fábricas o manufacturas instaladas en inmuebles pertenecientes a otros propietarios. De esto resulta que el impuesto no sería general, y no quedarían en el mismo pie de igualdad ante el tributo los fabricantes dueños del suelo de sus fábricas y los que trabajaran en inmuebles alquilados, circunstancia que podría aprovecharse fácilmente para burlar el impuesto poniendo en cabeza de otra persona, natural o jurídica, la empresa o el inmueble."

Evidentemente, una aplicación rígida y ciega del impuesto, conduciría a una violación irritante y ostensible de las normas tradicionales del derecho tributario, especialmente de la máxima que imprime al gravamen un carácter general para realizar la justicia en la imposición. Pero todo impuesto debe hacerse su camino, y sin apartarse de las leyes que lo rigen y de los decretos que lo reglamentan debe irse acomodando a las situaciones de la realidad. Por esto dicen los tratadistas que los impuestos viejos son buenos porque tienen su lecho formado. En el caso presente, haciendo uso de las disposiciones contenidas en el artículo 72 del Decreto orgánico sobre catastro, se puede evitar la infracción a la regla de la generalidad del impuesto, que tan acertadamente se plantea en el párrafo transcrito de la sentencia. El artículo citado dice así:

> "En el caso de edificios construídos por un individuo sobre terrenos que no le pertenecen, sean públicos o privados, se establecerán para el predio dos boletines que llevarán el mismo número: uno para el terreno y otro para el edificio, a nombre de sus respectivos propietarios y con las referencias que sean del caso."

Una aplicación por similitud de este artículo al caso de que el propietario de las fábricas-máquinas no lo fuera del terreno en donde están adheridas o radicadas, permitiría contrarrestar las tendencias a evadir el impuesto separando la propiedad jurídica de las maquinarias de la del inmueble.

Por todas las consideraciones antecedentes, disiento de la sentencia a que se refiere este salvamento de voto.

Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

Resoluciones ministeriales—Nulidad

(Consejero ponente, doctor Ricardo Uribe Escobar).

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

El doctor Gonzalo Vargas Rubiano, obrando como apoderado especial del señor Francisco J. Fernández, en libelo presentado el 2 de octubre del año pasado, pidió al Consejo que declarara nula la Resolución número 25, de fecha 30 de marzo de 1944, por la cual el Ministerio de la Economía Nacional otorgó permiso al Municipio de Usaquén para derivar, con destino al acueducto de servicio público del caserío de Barrancas, hasta la cantidad de tres y medio litros de agua por segundo, de la quebrada El Cedro, en jurisdicción del citado Municipio, en las condiciones que la misma Resolución establece, y, en subsidio, que declarara nulo el artículo 1º de dicha Resolución, y que, para el restablecimiento del derecho del poderdante, se modificara tal artículo en el sentido de reducir la cantidad que de acuerdo con los elementos probatorios allegados al juicio no constituya un grave quebranto para la explotación económica de su finca, y se tuvieran en cuenta los derechos del señor Fernández emanados de su calidad de doble riberano.

Como hechos de la demanda expuso el doctor Vargas Rubiano: que el señor Fernández es dueño de la hacienda *El Cedro*, con sus casas de habitación y demás anexidades, situada en jurisdicción del Municipio de Usaquén, y formada por dos globlos de tierra separados por la Carretera Central del Norte, denominada *Los Cerros*, el que queda al oriente de la carretera, y *El Llano*, el que queda al occidente, lotes determinados por linderos que la demanda especifica; que dentro de la hacienda de *El Cedro* nacen dos corrientes de agua, que, unidas, forman la quebrada llamada El Cedro, la que, dentro de los linderos de la hacienda mencionada, desemboca en la corriente denominada La Ciénaga, la cual atraviesa dicha hacienda de sur a norte, en su totalidad; que no obstante el inequívoco carácter de aguas de propiedad privada que tienen las de la quebrada El Cedro, el Ministerio de la Economía Nacional, estimándolas equivocadamente como de uso público, procedió a otorgar la concesión de que trata la Resolución acusada, sin que para este otorgamiento y durante el proceso administrativo correspondiente, el señor Fernández fuera citado, ni notificado y oído en forma alguna; que con la concesión hecha al Municipio de Usaquén de una cantidad hasta de tres y medio litros por segundo, de las aguas de la quebrada El Cedro, se extingue casi totalmente el agua para la hacienda del poderdante, pues el Ministerio, entre otros errores, incurrió en el grave de aforar las aguas en 21 de agosto de 1942, en época de uno de los más crudos inviernos de de que haya memoria, y, sin embargo, la Resolución dice que este aforo fue hecho en una época de pleno estiaje; y que con la vigencia de la Resolución acusada se infiere un grave daño patrimonial al señor Fer-

nández, ya que la conservación y rendimiento de su finca se afectarán seriamente.

Como disposiciones violadas citó los artículos 22, 26 y 30 de la anterior Codificación Constitucional, en el concepto de que el señor Fernández había sido condenado a la pérdida de su derecho sobre las aguas sin habérsele oído en el procedimiento correspondiente; de que se había desconocido el derecho adquirido con justo título, con arreglo a las leyes civiles sobre las aguas de El Cedro, y de que, en tiempo de paz, nadie puede ser privado de su propiedad sin mandamiento judicial de enajenación forzosa y sin previa y plena indemnización.

Igualmente citó como violados el inciso 2º del artículo 667 del Código Civil, que establece que las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad son de propiedad privada; el artículo 892 del mismo Código, porque aun en la hipótesis de que las aguas de El Cedro no fuesen de propiedad privada, se ha desconocido el derecho del señor Fernández a hacer de ellas el uso conveniente para los menesteres domésticos y para la explotación económica del predio, no obstante que el artículo 894 ibidem consagra para el señor Fernández los derechos emanados de su calidad de doble ribereño; el artículo 918 del mismo Código, por cuanto la merced de aguas concedida al Municipio de Usaquén ha sido otorgada con perjuicio de los derechos anteriormente adquiridos sobre ellas por el señor Fernández cuando la hacienda de *El Cedro* ingresó a su patrimonio por virtud de la escritura pública número 2110 de 28 de junio de 1928, pasada ante el Notario 2º del Circuito de Bogotá; el artículo 9º de la Ley 103 de 1928, porque dentro del derecho que asiste al Gobierno como supremo administrador de los bienes de uso público está virtualmente excluída la facultad de reglamentar las aguas que son de propiedad privada; el artículo 2º del Decreto extraordinario número 1381 de 1940, porque al expresar que se reputan bienes de uso público de propiedad de la Nación los ríos y todas las aguas que no nacen y mueren dentro de la misma heredad, acentúa la calidad de bienes de propiedad particular que tienen corrientes como la de El Cedro, que nacen y mueren dentro del mismo predio, y el artículo 2º del Decreto reglamentario número 1382 de 1940, por la misma razón anotada respecto del artículo anterior.

Aunque el doctor Vargas Rubiano solicitó la suspensión provisional del acto acusado, le fue negada por el sustanciador en providencia de 11 de octubre del año pasado, sin que contra ella interpusiera recurso de súplica.

Durante el término probatorio el demandante solicitó la práctica de las pruebas que creyó convenientes a la demostración de su derecho. Figura entre ellas una diligencia de inspección ocular practicada por el sustanciador, en asocio de los testigos actuarios Alberto Carrasco Urdaneta y Alberto Quintero Delgado, y a la cual asistieron también el Fiscal del Consejo, el apoderado del demandante y los señores Alcalde y Personero del Municipio de Usaquén. En el acta que se extendió de la respectiva diligencia se lee lo siguiente:

> "Se dio principio a la inspección recorriendo el curso de la quebrada denominada El Cedro, desde el pie de los cerros hasta sus nacimientos, y, siguiendo por toda la orilla de dicha quebrada, se pudo comprobar que de ella se hacen dos derivaciones para el uso y regadío de la heredad del señor Francisco J. Fernández, y que de tal arroyo se desvía una parte para el beneficio de los habitantes del contiguo caserío de Barrancas. Conti-

nuando el ascenso de la quebrada, se llegó hasta el punto en que se pudo ya determinar cuál era el caudal completo de sus aguas, y se comprobó como un hecho incuestionable, reconocido por el señor Consejero sustanciador y testigos actuarios y aceptado como tál por los representantes de las partes, que la mencionada quebrada de El Cedro nace exclusivamente dentro de la heredad del señor Fernández. Este hecho resulta de que a la simple vista se establece que la hoya hidrográfica de tal quebrada está situada en los cerros que forman parte de la heredad del señor Fernández, la cual tiene por linderos, hacia el Oriente, la cima de dichos cerros, o sea la línea del *divortium aquarum*, circunstancia que excluye toda posibilidad de que a dicha quebrada puedan confluír aguas que viertan de heredades distintas de la del señor Fernández.

"Continuando la inspección por todo el curso de la quebrada, ya en el llano se siguió orillando aquélla hasta el punto en donde desemboca en La Ciénaga. Pudo así comprobarse que desde su nacimiento hasta su desembocadura, en ningún punto la quebrada El Cedro atraviesa heredades distintas de la del señor Fernández, y que dicha quebrada desemboca en La Ciénaga por un cauce que lleva dirección este-oeste.

"En seguida fue recorrida la mencionada Ciénaga, la cual está también situada dentro de la heredad del señor Fernández, a la cual atraviesa en toda su extensión de Norte a Sur. Dicha Ciénaga está formada por un canal ancho, de aguas estancadas por causa de lo plano del terreno, sin desnivel suficiente para que puedan correr las aguas y producirse el avenamiento del terreno, el cual en épocas de invierno sufre inundaciones, como se observa a la simple vista. Se comprobó que la mencionada Ciénaga no sólo atraviesa toda la heredad del señor Fernández sino que ella se prolonga hacia las heredades contiguas del Norte y el Sur, hasta unirse en la extremidad sur con el río Bogotá. Por la situación de La Ciénaga, necesariamente tienen que confluír a ella las aguas de los predios situados al oriente de la misma Ciénaga, y que concurren a alimentarla.

"Quedó, pues, así plenamente establecido el hecho de que la quebrada de El Cedro rinde sus aguas a las de La Ciénaga en mención, dentro de los linderos de la heredad del señor Fernández; asimismo quedó establecido que contiguo a ésta existe el caserío denominado Barrancas, de la jurisdicción del Municipio de Usaquén."

El Personero Municipal, en escrito de 5 de febrero del año en curso, en vista de los hechos comprobados en la diligencia de inspección ocular, hace la observación de que la quebrada de El Cedro atraviesa heredades distintas de la del señor Fernández, puesto que ésta se encuentra atravesada por las zonas de la Carretera Central del Norte y del Ferrocarril Nacional del Norte y Nordeste; que el permiso concedido por el Ministerio de la Economía Nacional favorece a no menos de 1.200 habitantes del caserío de Barrancas, y que el Municipio se reserva el derecho de iniciar ante el Poder Judicial el juicio de expropiación del terreno que se necesite para la conducción de las aguas a que el permiso se refiere.

Se oyó el dictamen de los peritos Fernando Pañaranda Canal y Alvaro Verano P. sobre los puntos sometidos a su estudio, y el primero de ellos llegó a las siguientes conclusiones:

En cuanto al punto primero: La precipitación media para los meses de estiaje varía de 40.5 a 78.3 mms.; el mes de agosto de 1942 fue de estiaje, estando su precipitación por debajo de la media para los meses de verano, y el mes de enero de 1945 fue extraordinariamente seco.

En cuanto al punto segundo: El aforo hecho por los funcionarios oficiales fue practicado en época de estiaje normal, y la cantidad de 9.78 litros dada por ellos como resultado del aforo en el sitio de la confluencia de los chorros que forman la quebrada de El Cedro puede ser representativa del volumen de agua de dicha quebrada en un mes de una precipitación de 55.8 mms., y en ese lugar, debiendo tenerse en cuenta que el aforo fue hecho en un mes de verano extremo.

En cuanto al punto tercero: La hacienda de *El Cedro* necesita una cantidad de 67.42 litros en épocas de estiaje normal para atender debidamente sus cultivos, y 2.024 litros para llevar agua a toda la finca con el fin de mantener la humedad en el límite de agostamiento, en épocas de estiaje normal; la finca no tiene aguas suficientes para atender plenamente a sus cultivos en épocas de estiaje normal; cualquier cantidad de agua que se le quite hará más aflictiva esta situación, pues no tiene posibilidades de adquirir agua para riego, de fuentes diferentes de la quebrada de El Cedro, todo lo cual se hace más notorio al considerar que no se han tenido en cuenta los gastos para abrevaderos y uso domésticos en los cálculos enunciados.

En cuanto al punto cuarto: La hacienda de *El Cedro* se desvaloriza en $ 32.000.00 con la concesión de aguas hecha al Municipio de Usaquén.

El ingeniero Verano llegó a las siguientes conclusiones:

> "I. La época en que los ingenieros hicieron el aforo de la quebrada El Cedro, y que fue en agosto de 1942, se debe catalogar de sequía, pero hay meses de mayor sequía aún. Como ejemplo tomemos el que en ese mes de agosto de 1942 la precipitación fue de 55.8 mms., y, en cambio, en este enero de 1945 fue de 3 mms.
>
> "II. La cantidad de 9.78 litros por segundo, que conceptuaron los ingenieros, sí puede tenerse como correcta para una época de sequía.
>
> "III. De la quebrada se derivan aguas para ir a Barrancas, y miden 1¼ litros por segundo.
>
> "IV. En época de sequía la quebrada El Cedro da apenas abasto para la quinta parte de las necesidades de la hacienda, sin tener en cuenta las necesidades para bebederos y usos domésticos, y sin quitarle nada para la población.
>
> "V. El suelo es del tipo 'franco-limoso'; pertenece a la serie 'Sabana de Bogotá' y gran grupo 'Pradería'; su mejor aprovechamiento es para pastos y una ganadería en forma intensiva.
>
> "VI. La parte plana de la hacienda, de 655 fs., tal como está actualmente, tiene un valor agrícola-ganadero de $ 576.000.00 moneda corriente.
>
> "VII. La parte plana de la hacienda, de 655 fs., no por su valor agrícola-ganadero, sino por la situación privilegiada que tiene por su posición, tiene un valor de $ 750.000.00 moneda corriente.
>
> "VIII. El valor a que puede ascender el demérito de esta hacienda, por quitarle los 3½ litros por segundo, de agua, en época de sequía, es hasta de $ 80.000.00, por concepto agrícola; y hasta $ 120.000.00 por concepto de loteo, que se deje de hacer por falta de esta agua.

"IX. Barrancas hasta el año de 1965, teniendo en cuenta que vaya aumentando a la rata de un 2% anual el número de sus habitantes, tendrá las necesidades de agua, de 1.16 litros-segundo.

"X. Haciendo un estanque en Barrancas se evitarían las fugas que hoy hay, y esto, que no valdría más de sus $ 4.000.00, redundaría de una vez a que se aprovecharan con las mismas aguas más de un 30%, o sea que aumentaría en ⅓ parte más el agua que sin dicho estanque recibiría."

Se recibieron los alegatos de las partes. En el presentado por el doctor Vargas Rubiano, éste sostiene la tesis de que las aguas de *El Cedro* son de propiedad privada, para apoyar la petición principal; y que el permiso otorgado por el Ministerio lesiona los intereses de su poderdante, para sustentar la petición subsidiaria. La primera tesis la basa principalmente en la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 20 de octubre de 1941, publicada en la *Gaceta Judicial* número 1980, páginas 588 y 589, y en la doctrina sentada por el Consejo de Estado, en sentencia de 6 de agosto de 1942, publicada en los *Anales* números 317 a 322, páginas 110 y 111, según las cuales el artículo 677 del Código Civil debe interpretarse en el sentido de que una corriente o vertiente que nace dentro de un predio y corre a través de él exclusivamente, por su cauce natural, *muere* dentro de la misma heredad no sólo cuando se consume por filtraciones del suelo, o cuando continúa por cauce subterráneo, o cuando desaparece por consumo o evaporación, sino también cuando confluye o desemboca en otra corriente, antes de la salida del predio.

Por su parte el señor Fiscal es de parecer que las peticiones del demandante deben ser negadas, ya que el Ministerio de la Economía Nacional tenía amplia facultad para reglamentar el uso de las aguas de la quebrada El Cedro, por ser aguas de uso público, concepto que respalda en el salvamento de voto de los Consejeros doctores Escobar Camargo, Gustavo Hernández Rodríguez y Tascón a la sentencia del Consejo de Estado que el doctor Vargas Rubiano invoca para sustentar su tesis de que las corrientes de agua mueren cuando desembocan en otra corriente que pasa por la misma heredad.

Agotada como está la tramitación propia de la única instancia, se procede a dictar el fallo que le ponga término, y para ello se considera:

Ante todo, habrá de estudiarse la tesis en que el apoderado del demandante basa su petición principal, o sea que las aguas de la quebrada El Cedro no son de uso público por cuanto nacen y mueren dentro de una misma heredad.

No comparte el Consejo los conceptos del Personero Municipal de Usaquén acerca de que tales aguas son de uso público, porque la hacienda del señor Fernández se encuentra dividida por las zonas de la Carretera Central del Norte y del Ferrocarril Nacional del Norte y Nordeste, zonas por las que atraviesa la quebrada para ir a desembocar en *La Ciénaga*. Para el Consejo la heredad es una sola, por más que se encuentre gravada con servidumbres de tránsito para carreteras y ferrocarriles. El Código Civil se refiere a heredades distintas. Según el Diccionario de la Real Academia Española, *heredad* es "porción de terreno cultivado, perteneciente a un mismo dueño; hacienda de campo, bienes raíces o posesiones".

El Consejo, por mayoría de votos, dijo, en la sentencia del 6 de agosto de 1942, que invoca el demandante en apoyo de sus tesis, lo que en seguida se copia:

"El problema que corresponde resolver es muy fácil de plantear. En la cuestión de hecho no hay contradicción; las dos corrientes de agua de que trata el juicio nacen dentro del predio de propiedad de la entidad demandante, y antes de salir de ese predio desembocan en el río Frío, río éste que es bien nacional, de uso público. Se pregunta: Por el hecho de desembocar dichas corrientes de agua en bien de uso público, de propiedad nacional, ¿pierden su calidad de aguas de dominio privado, para adquirir el de bienes de propiedad nacional de uso público? Si la respuesta es afirmativa, los actos acusados son estrictamente legales, y las peticiones de la demanda deben negarse. Pero, en caso contrario, es decir, si la respuesta es negativa, no hay duda de que los actos acusados deben anularse por ilegales, dado que el Gobierno no tiene facultad para reglamentar el uso y goce de aguas que son de propiedad particular.

"Toda la cuestión gira alrededor de la interpretación y alcance que deba darse a la disposición contenida en el artículo 677 del Código Civil, concebido en los siguientes términos:

'Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público, en los respectivos territorios. Exceptúanse las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad; su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con éstos a los herederos y demás sucesores de los dueños.'

"De esta disposición fluye la consecuencia de que la regla general es la de que todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes nacionales de uso público. Esta regla general sólo tiene la excepción consagrada en el inciso 2º, es decir, que son de propiedad particular las aguas que nacen y mueren dentro de una misma heredad.

"El significado que debe darse al verbo *morir*, empleado en la disposición transcrita, es el figurado de cesar las aguas en su curso natural, bien para confundirse con otras de caudal superior, y perder de esta manera su propia individualidad, bien para consumirse en la tierra o desaparecer por evaporación, y no el de extinción, por sustracción de materia, porque en este sentido no se puede hablar de muerte del agua, y carecería de sentido el verbo empleado por el legislador, lo cual es inadmisible: el sentido en que una disposición legal pueda producir algún efecto, debe preferirse a aquel incapaz de producir efecto alguno, porque se supone que el legislador no da reglas inútiles, conforme a un principio de hermenéutica de aceptación universal.

"Es consecuencia de todo lo dicho que un río o una corriente de agua cualquiera muere cuando se confunde con otra de mayor caudal. De consiguiente, las vertientes a que se refiere el presente juicio mueren al confundir sus aguas con las del río Frío.

"En el erudito proyecto de sentencia presentado a la consideración del Consejo por el Consejero doctor Escobar Camargo, se sostiene que las aguas de que se trata mueren en un bien nacional de uso público, como es el río Negro, y, por tanto, no reúnen la condición exigida por el inciso 2º del artículo 677 del Código Civil para que se puedan considerar como aguas de dominio privado. Robustece sus razonamientos el expresado Consejero con el argumento de autoridad, sacado de las obras de

varios expositores chilenos. Para ellos solamente tiene aplicación el inciso 2º tántas veces citado cuando las aguas o se evaporan o se consumen dentro de la tierra, pero no cuando desembocan en una corriente nacional de uso público. La mayoría del Consejo no compartió esa tesis porque estima que en el presente caso las aguas que nacen dentro del predio de la Sociedad demandante, y sin salir de ese predio desembocan en el río Frío, deben considerarse como aguas de dominio privado, y para ello se basa en las siguientes razones, que se expondrán sucintamente: La letra del inciso 2º del artículo 677 del Código Civil es sobradamente clara. Desde el momento en que se emplea allí la frase 'una misma heredad', es porque se hace relación a otras heredades, se pone un término de comparación. Por manera que para que las aguas no sean de dominio privado se requiere que discurran por dos o más heredades. Si corren por una misma heredad, y antes de salir de esa misma heredad confluyen con otras aguas de mayor volumen, están dentro de la excepción consagrada por el legislador, es decir, son aguas de dominio privado. Y no se diga que por cuanto las aguas mueren propiamente en un bien de uso público de propiedad nacional pierden el carácter de aguas de dominio particular, porque un río, ni jurídica ni gramaticalmente, lleva el nombre de 'heredad'. De donde se infiere que las aguas mueren dentro de la 'misma heredad'; es decir, no pasan a otra heredad, que es el sentido en que a juicio de la mayoría del Consejo debe interpretarse la disposición que se viene comentando.

"Y si se extreman las cosas, en la mayoría de los casos, las aguas que nacen en una heredad y antes de salir de ella se consumen dentro de la tierra, también podría sostenerse que no son de dominio privado, por cuanto que mueren propiamente en el subsuelo, el cual pertenece a la reserva nacional desde el año de 1873 para acá. Este argumento *ad absurdum* pone de presente cómo la interpretación restringida, sutil, que se le pretende dar al inciso 2º del artículo 677 lo dejaría sin efecto, carente de sentido, y en la práctica la conclusión fatal sería la de que no hay aguas de dominio privado.

"Quizá sería más conveniente la tesis contraria, dada la importancia social del agua, pero en la época en que se dictó la disposición del Código Civil, que se analiza, no se había acentuado aún la teoría del intervencionismo de Estado en la propiedad privada, ni éste se consideraba aún como función social. Por manera que para llegar a esa tesis se impone una reforma en la legislación vigente.

"Por lo demás, en Colombia siempre se han considerado como de propiedad particular las aguas que nacen dentro de una heredad y antes de salir de ella se confunden con una corriente mayor de uso público, que es la tesis que más fácil se presenta al entendimiento. Al respecto, dice don Fernando Vélez:

'Para nosotros una vertiente de agua muere dentro de una heredad en el caso, por ejemplo, de que uno de los límites de ésta sea un río, donde desemboque la vertiente dentro de la misma heredad.'

"Y en la reciente sentencia de 20 de octubre último, la Corte Suprema de Justicia, por vía de doctrina, definió el punto en los siguientes términos:

'Ante la oportunidad que ahora se presenta de definir por vía jurisprudencial tan importante controversia, se decide esta Sala a interpretar el inciso 2º del artículo 677 en el sentido que mejor se acomoda a su letra y a su espíritu, vale decir que una corriente o vertiente que nace dentro de un predio y corre a través de éste exclusivamente, por su cauce natural, muere dentro de la misma heredad no sólo cuando se consume por filtraciones del suelo, o cuando continúa por cauce subterráneo, o cuando desaparece por consumo o evaporación, sino también cuando confluye o desemboca en otra corriente, antes de la salida del predio, aun cuando este último sea nacional y de uso público. Se funda en las consideraciones que pasan a expresarse:

'Enseña el artículo 28 del Código Civil que «las palabras se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras....» Según el Diccionario de la Academia, *morir* es, en su acepción figurada, «cesar en su curso, movimiento o acción.... morir los ríos, morir la saeta». De manera que con fundamento en la primera autoridad académica de nuestra lengua, el sentido natural y obvio de la expresión *morir*, aplicada a una corriente de agua, es indudablemente el de desembocar en otra corriente, sea ésta mayor o menor y del dominio del Estado.'

"De lo dicho concluye la Corte que al tenor del inciso 2º del artículo 677 del Código Civil una vertiente es del dominio privado cuando nace dentro de un predio (porque brota o fluye dentro de sus límites o porque proviene de aguas pluviales, estancadas, etc.) y luégo muere también dentro de sus linderos, sea porque se infiltra o corre por vía subterránea, ora porque desemboca o confluye en otra corriente antes de la salida del fundo.

"De no aceptarse esta hermenéutica habría que convenir en que tal norma carecería de realidad objetiva y de aplicación práctica que la justificara en nuestro estatuto de aguas, porque las corrientes que mueren o desaparecen por filtración, consunción o evaporación, son muy raras e insignificantes en todo sistema hidrográfico, y en ese caso la propiedad privada sobre dichas vertientes y sobre las aguas que nacen en la propia heredad se haría prácticamente nugatoria, contrariándose un principio casi universal en las legislaciones que reconocen y consagran tal derecho sobre las aguas que corren por las propiedades privadas."

No encuentra hoy tampoco la mayoría del Consejo argumentos valederos para cambiar la jurisprudencia sentada en la sentencia a que pertenecen los párrafos transcritos, no obstante las muy respetables opiniones de los honorables Consejeros que habrán de salvar el voto, argumentos que son los mismos expuestos por los Consejeros Antonio Escobar Camargo, Tulio Enrique Tascón y Gustavo Hernández Rodríguez para fundamentar su voto negativo a la sentencia que puso término al juicio iniciado por la Compañía Salinera de los Andes sobre nulidad de algunas resoluciones.

Pero es más: el caso que se presenta ahora al Consejo de Estado es aún más claro, en favor de la tesis de la mayoría, que el que se presentó entonces. En efecto: las aguas cuyo dominio se disputaba en aquel juicio desembocaban en una corriente de uso público, y las de ahora se

pierden en una ciénaga o "lugar o paraje lleno de cieno o pantanoso", como define el Diccionario. De esto da fe la inspección ocular practicada en el término probatorio. Y tal ciénaga no está catalogada por la ley, ni se puede catalogar entre los bienes nacionales de uso público. En el acta de la inspección ocular se lee:

> "En seguida fue recorrida la mencionada 'ciénaga', la cual está también situada dentro de la heredad del señor Fernández, a la cual atraviesa en toda su extensión, de Norte a Sur. Dicha 'ciénaga' está formada por un canal ancho de aguas estancadas por causa de lo plano del terreno, sin desnivel suficiente para que puedan correr las aguas y producirse el avenamiento del terreno, el cual, en épocas de invierno, sufre inundaciones que se observan a simple vista."

De tal suerte que las aguas se pierden en un terreno pantanoso y no en un bien de uso público, único argumento que dan los expositores chilenos invocados como argumento de autoridad por los disidentes, para llegar a la conclusión de que las aguas "no mueren dentro de la misma heredad" sino en un bien de uso público, y, por tanto, no llenan la condición legal para que puedan considerarse de dominio privado.

Ahora bien: es claro, de toda claridad, que el Gobierno sólo puede reglamentar y conceder mercedes respecto de las aguas de uso público, y demostrado, como lo está, que las aguas de que ahora se trata nacen y mueren dento de la hacienda de *El Cedro*, de propiedad del señor Francisco Fernández, tienen el carácter de aguas de dominio particular, y, de consiguiente, la Resolución acusada, por medio de la cual se concedió una merced de estas aguas, está viciada de nulidad, por contravenir a los principios que gobiernan el régimen de la propiedad privada.

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

Falla:

Declárase nula y sin ningún efecto la Resolución número 25 de 30 de marzo de 1944, proferida por el Ministerio de la Economía Nacional —Departamento de Aguas y Meteorología, Comisión Especial de Aguas de Cundinamarca—, por medio de la cual se otorgó permiso al Municipio de Usaquén para hacer una derivación de aguas de la quebrada El Cedro, con destino al acueducto público de la vereda o caserío de *Barrancas*.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Uribe Escobar, Gonzalo Gaitán, Jorge Lamus Girón, Gabriel Carreño Mallarino, Carlos Rivadeneira G.—Firmo con salvamento de voto: *Tulio Enrique Tascón*—Firmo con salvamento de voto: *Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

de los Consejeros doctores Guillermo Hernández Rodríguez y Tulio Enrique Tascón.

Salvamos nuestro voto en el fallo que precede porque consideramos que el Consejo ha debido negar las peticiones formuladas por el actor en este juicio.

En nuestro concepto, las aguas que corren por la quebrada de El Cedro son bienes de la Nación, de uso público, ya que en el expediente aparece demostrado que nacen en la heredad del señor Francisco J. Fernández, y en ella desembocan en otra corriente mayor, que es incuestionablemente de uso público, conocida con el nombre de *La Ciénaga*, formada por las aguas que vierten de los predios orientales, que atraviesan distintas heredades, entre ellas la del nombrado señor Fernández, y que van a tributar su caudal al río Bogotá o Funza.

La mayoría de la corporación funda su fallo en la doctrina que sentó en sentencia de 6 de agosto de 1942, pero en la cual salvaron sus votos los Consejeros doctores Antonio Escobar Camargo, Gustavo Hernández Rodríguez y Tulio Enrique Tascón, por motivos que sintetizaron así:

> "Para nosotros, la significación que debe darse al término *morir*, tratándose de un río, no puede ser la literal de extinción por sustracción de materia, sino la figurada de cesar en su curso natural. Y esto debe ser así, porque si tomáramos el vocablo en su primera acepción, nunca se presentaría el fenómeno de la muerte de una corriente de agua que no se extingue jamás, sino que puede sumergirse en la tierra, puede evaporarse, puede afluir a una corriente mayor, pero conservando siempre su materia. Si esa corriente cesa en su curso natural, lo que constituye la esencia del río —corriente de agua por un cauce natural—, deja de existir como tal. No es menester, pues, mayor esfuerzo de interpretación para concluir que un río muere —como muere una saeta—, cuando cesa definitivamente en su curso natural o que le es propio. Si ese río afluye a otro más caudaloso, su curso desaparece, pierde su propia existencia, y sus aguas ya no forman parte de su caudal propio sino que sirven para aumentar las de la corriente mayor, que es sustancialmente diferente de la que traía el caudal menor. Estas consideraciones nos llevan a la conclusión de que el término *morir*, aplicado a los ríos, no puede en manera alguna tener la acepción principal y propia del vocablo, sino la figurada o analógica de cesar en su curso, de que habla la Real Academia Española.
>
> "Aceptado que los ríos y corrientes de agua *mueren* cuando cesan en su curso natural, bien por evaporación de sus aguas, bien porque se consuman en el suelo, o bien porque afluyan a una corriente mayor, toca estudiar si, en el caso concreto a que se refieren las providencias ministeriales acusadas, las dos corrientes pequeñas de agua que nacen en el predio *La Calera*, de

propiedad de los demandantes, mueren dentro del mismo, y son, por consiguiente, de propiedad particular, o si, por el contrario, no mueren dentro del terreno de propiedad de la Compañía Salinera de los Andes, y, en tal caso, son de uso público, de conformidad con nuestro régimen legal de aguas.

"Está demostrado en los autos que las dos corrientes a que se refieren los actos acusados nacen dentro del predio *La Calera*. Aparece igualmente fuera de toda discusión que esas dos corrientes pequeñas desembocan en el río Negro, cuyo caudal de aguas es notoriamente mayor que cada una de las corrientes afluentes. El río Negro atraviesa el predio de los demandantes, y es dentro del radio de ese predio donde se opera la afluencia de las dos corrientes en el río Negro. Fuera de esto, el citado río Negro, por atravesar varios predios de distintos dueños, es un bien de uso público, de conformidad con el artículo 677 del Código Civil. Frente a estas circunstancias de hecho, estimamos que, para decidir sobre la legalidad de la Resolución acusada, el Consejo debió decidir si las dos corrientes de agua 'mueren' dentro del predio *La Calera*, y son, por consiguiente, de propiedad particular, o si, por la circunstancia de desembocar en un río, que es bien de uso público, deben considerarse ellas también de uso público. En otros términos: demostrado que las dos corrientes de agua mueren al desembocar en la corriente mayor del río Negro, ¿dónde debe considerarse jurídicamente operada la muerte, dentro del predio particular o dentro del río, que es bien de uso público?

"El artículo 677 del Código Civil estatuye que son bienes de la Unión o de uso público los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, con excepción de 'las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad', cuya 'propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con éstos a los herederos y demás sucesores de los dueños.' La anterior disposición de nuestro Código fue calcada en el artículo 595 del Código Civil chileno. Tanto en Colombia como en Chile el carácter privado de las vertientes de agua surge cuando éstas nacen y mueren dentro de una misma heredad. Estas disposiciones fueron tomadas del Código Civil español, que establecía el mismo principio que inspiró la redacción de esta parte del régimen civil chileno.

"Como el artículo 677 del Código Civil radica el dominio de las vertientes de agua que nacen y mueren dentro de un predio en el dueño de éste, el problema concreto que se estudia en este fallo estriba en saber si las dos corrientes de *La Calera* mueren en este predio, o si mueren fuera de él. Es evidente, en nuestro concepto, que las dos vertientes que afluyen o desembocan en el río Negro mueren en este río y no en sus riberas, porque la muerte se opera, como es natural, al afluir las aguas de menor caudal en las de un cauce mayor. La decisión del problema quedaría reducida a saber si, por el hecho de que el río Negro se encuentra en *La Calera*, en el punto en que desembocan en él las dos vertientes, debe considerarse que éstas mueren en el citado predio y no en bien de uso público que no pertenece al dueño del predio.

"Observamos que, efectivamente, la muerte de las dos vertientes, cuyos cauces naturales desembocan en el río Negro, no se opera en el predio *La Calera*, de propiedad de los demandan-

JAIME TOBON VILLEGAS

tes, sino en el río mismo, en el caudal de éste, que ya no pertenece al predio de *La Calera*, sino que es un bien de uso público, y, en tal virtud, no puede tener aplicación el artículo 677 del Código Civil, que dice que son de propiedad particular las vertientes que nacen y mueren dentro de un predio de propiedad privada. Nuestra Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 20 de octubre de 1941, que aparece transcrita por el señor Fiscal, es de parecer contrario al que aquí se expone, con fundamento en las siguientes consideraciones:

«....Enseña el artículo 28 del Código Civil que "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras...." Según el Diccionario de la Academia, *morir* es, en acepción figurada, "cesar en su curso, movimiento, acción....; morir los ríos, morir la saeta". De manera que con fundamento en la primera autoridad académica de nuestra lengua, el sentido natural y obvio de la expresión *morir*, aplicada a una corriente de agua, es indudablemente el de desembocar en otra corriente, sea ésta mayor o menor y del dominio del Estado.

«De lo dicho concluye la Corte que al tenor del inciso 2º del artículo 677 del Código Civil, una vertiente es del dominio privado cuando nace dentro de un predio (porque brota o fluye dentro de sus límites o porque proviene de aguas pluviales, estancadas, etc.) y luégo muere también dentro de sus linderos, sea porque se filtra o corre por vía subterránea; ora porque desemboca o confluye en otra corriente antes de la salida del fundo.

«De no aceptarse esta hermenéutica habría que convenir en que tal norma carecería de realidad objetiva y de aplicación práctica que la justificara en nuestro estatuto de aguas, porque las corrientes que mueren o desaparecen por filtración, consunción o evaporación son muy raras o insignificantes en todo sistema hidrográfico, y en ese caso la propiedad privada sobre dichas aguas que nacen en la propia heredad se haría prácticamente nugatoria, contrariándose un principio casi universal en las legislaciones, que reconocen y consagran tal derecho sobre las aguas que corren por las propiedades privadas».

"Como se ve por la transcripción anterior, el fundamento de la Corte consiste en que, si no se diera esa interpretación al inciso 2º del artículo 677 del Código Civil, éste sería prácticamente inoperante, porque, en todo sistema hidrográfico, son muy pocas las vertientes de agua que mueren por causas distintas de la afluencia de las aguas en otra corriente, o sea por evaporación, consunción o filtración. No aceptamos, sin embargo, las anteriores razones de la Corte Suprema de Justicia, por las que pasan a expresarse:

"Primera. Porque, de conformidad con los puntos de vista expuestos, no puede aceptarse que una corriente de agua muere cuando desemboca en una de menor caudal. Todo lo contrario: la muerte de una vertiente o de un río puede ocurrir por su afluencia en uno mayor, como ya se ha dicho; pero es inaceptable que pueda operarse la muerte de una corriente de agua por la sola circunstancia de que a ella afluye una corriente menor. En tal caso la corriente que muere es la menor, porque

pierde su curso, su vida natural, para aumentar el caudal de las aguas de la corriente mayor, que sigue su curso o vida propia en forma indiscutible.

"Segunda. Porque no puede aceptarse como criterio de interpretación el hecho de que sean pocas las veces en que una vertiente de agua desaparece por evaporación o infiltración. La ley habló simplemente de la vertiente que nace y muere dentro del predio particular, y si este fenómeno se opera por filtración o evaporación, aunque sea de rara ocurrencia, hay en ello base real para darle vida jurídica e intención clara al inciso 2º del artículo 677 del Código Civil, tántas veces citado, que tiene un carácter excepcional con relación a la regla general, contenida en el mismo artículo. La amplia interpretación que da la Corte al inciso 2º contraría el artículo 27, que dice que no puede desconocerse la letra clara de la ley so pretexto de consultar su espíritu. Y sería contrariar la claridad de una disposición pretender que una vertiente que muere en bien de uso público muere en un predio de propiedad particular.

"Tercera. Porque no debe perderse de vista que el bien general manda que se conserven hasta donde sea posible las corrientes de uso público, y que de ellas sólo hagan los riberanos el uso natural para regar sus predios, dejando el sobrante para los siguientes. Es obvio que si las grandes corrientes de agua se alimentan de todas las vertientes afluentes, dejar éstas a merced de la voluntad de los dueños de los predios sería tanto como autorizar la disminución natural de las aguas de uso público, cuya existencia ha sido expresamente defendida por la ley, y cuyos afluentes se han considerado en todas las legislaciones como corrientes públicas sujetas al control administrativo del Estado. En Francia, por ejemplo, las aguas que alimentan las fuentes públicas son del dominio público, y, por consiguiente, imprescriptibles por los particulares. Y la razón es clara: si hay interés general en la conservación de las aguas de uso público, lógicamente debe haberlo en la conservación, con tal carácter, de las vertientes que alimentan el caudal de la primera.

"La interpretación que damos al artículo 677 del Código Civil, inciso 2º, que, por ser excepcional debe ser de menor ocurrencia, es la misma que aparece expuesta con relación a los lagos y lagunas en el artículo 2º del Decreto número 1381 de 1940, dictado en ejercicio de las facultades conferidas al Gobierno por la Ley 54 de 1939. El citado artículo dice que 'se reputan bienes de uso público, de propiedad del Estado...., los lagos y lagunas cuyas riberas no pertenezcan todas a un solo dueño, o cuyas aguas no nazcan totalmente dentro de la misma heredad, o pasen luégo a otras distintas....', con lo cual atribuye notable importancia, para determinar el carácter de las aguas, a las corrientes que las alimentan, o a aquellas a las cuales deben alimentar.

"Como el artículo 677 de nuestro Código Civil es el mismo artículo 595 del Código Civil chileno, conviene estudiar la interpretación que en aquel país han dado al citado artículo 595, en su inciso 2º, relativo a las aguas de propiedad particular. En Chile ha prevalecido la opinión expuesta aquí por los suscritos Consejeros, y el punto há sido estudiado afortunadamente tanto por los expositores de aquel país como por las revistas juríi-

dicas y por la Corte Suprema. Barros Errázuris, en sus *Comentarios al Derecho Civil,* tomo I, página 418, dice:

«No son del dominio privado las aguas que, sin pasar a otra heredad, mueren en una corriente natural de uso público, pues ya no mueren en la misma heredad, sino en un bien nacional de uso público de la Nación....».

"Alessandri Rodríguez, en su *Derecho Civil,* dice lo siguiente:

«Si una corriente de agua nace en un predio y dentro de un mismo predio desemboca en otra que atraviesa varias heredades, no es bien de dominio privado, porque esa corriente no nace y muere dentro de una misma heredad....».

"En la *Revista de Derecho y Jurisprudencia,* de Santiago de Chile, tomo XXXVI, sección primera, páginas 71 y 411, se lee lo siguiente:

«Si la vertiente, dentro del fundo nace, se vacía en un río, deja de ser de dominio privado (cita de Pedro Lira Urquieta y Lorenzo de la Maza, *Régimen legal de las aguas en Chile,* página 48)».

"Entre nosotros, don Fernando Vélez, en su obra *Derecho Civil Colombiano,* emite una opinión contraria a la expuesta en este salvamento de voto, aunque sin fundamentarla con razones suficientes. En la página 39 del tomo III se lee lo que sigue:

«Para nosotros, una vertiente de agua muere dentro de una heredad en el caso, por ejemplo, de que uno de los límites de ésta sea un río donde desemboque la vertiente dentro de la misma heredad».

"Puede decirse que nuestra jurisprudencia, a diferencia de la chilena, acoge la tesis del demandante. Nosotros, sin embargo, no compartimos esas opiniones, porque siendo el artículo 595 del Código Civil chileno el mismo artículo 677 del Código Civil colombiano, las interpretaciones que se han hecho de uno y otro, por vía de doctrina, tienen idéntico criterio de autoridad, pero debe darse mayor fuerza a las razones chilenas, no sólo por los argumentos que se han expuesto ampliamente en este salvamento, sino porque fue en Chile donde se discutió y aprobó la norma que habla de las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad. El señor Bello, en su proyecto de Código, siguiendo la doctrina francesa, propuso que se tuvieran como bienes de uso público 'los ríos y lagos mayores, entendiendo por tales los que mantienen su curso en forma permanente en todas las estaciones del año', disposición ésta calcada en el Código de Napoleón, que consideraba como de uso público los ríos navegables o flotables (artículo 538). Sin embargo, el Código chileno no acogió la idea de los ríos o lagos mayores, sino la consignada en el artículo 386 del Código Civil español, que decía que 'los ríos, aunque no sean navegables, y toda agua que corra permanentemente pertenecen al Estado', disposición inspirada en el Código Sardo, que tenía análogo estatuto de aguas, como una reminiscencia del clásico principio romano de que las aguas corrientes son *res omnium communes.* La excepción consagrada en el artículo 677 del Código Civil tampoco fue tomada del Código francés, ya que en éste se estatuyó que las corrientes que nacen en un predio pertenecen a éste mientras discurren en él. No hubo, pues, en el Derecho francés verdaderas aguas de dominio privado, o por lo menos no aparecen claramente determinadas, porque en las disposi-

ciones a que se ha hecho referencia se confundió el uso de las aguas (mientras discurren por el predio) con las aguas de uso público o general. Pero de la norma francesa sí puede deducirse que, si la corriente nace y muere dentro de una misma heredad, pertenece al dueño de ésta. De ahí que en Francia puede decirse que hay aguas *privadas* (las no flotables o navegables, que nacen y mueren dentro de una misma heredad), aguas de *uso común* (las que nacen en una heredad y siguen su curso a través de otras), y las aguas de uso público o general (ríos y corrientes navegables y flotables). Entre nosotros, como en Chile, sólo existen aguas de uso público o nacionales y aguas de propiedad particular.

"Como se ha dejado expuesto en el curso de este salvamento, las dos corrientes de *La Calera,* por morir en un río que es de uso público, son aguas de uso público o nacionales, de conformidad con el inciso 2º del artículo 677 del Código Civil."

Los suscritos salvamos nuestro voto en la sentencia de que se ha hecho mérito, de acuerdo con los conceptos que se dejan transcritos, y los cuales completamos en las siguientes observaciones:

I

Las aguas de la quebrada El Cedro tienen el carácter de bienes del Estado, de uso público.

Por las razones de orden legal que se exponen tanto en el salvamento de voto mencionado, y que aquí se dan por reproducidas, como en el proyecto del sustanciador, es acertado y jurídico el decidirse por la tesis de que las aguas de la quebrada El Cedro tienen el carácter de bienes de uso público, de propiedad del Estado, en conformidad con los artículos 4º de la Carta Fundamental y 2º del Decreto-ley 1381 de 1940.

Pero a los argumentos expuestos, y en favor de la tesis que se patrocina, pueden agregarse los siguientes:

Primero. Al razonamiento efectista que manifiesta que con la interpretación dada en el salvamento de voto no habría aguas de propiedad privada, y que, en consecuencia, se vulneraría el derecho de dominio por este fácil medio de interpretación, cabe anotar que el dominio público del Estado es bien diferente del privado. En el caso concreto, el Estado se atribuyó el dominio de las aguas corrientes, pero su uso y goce pertenecen a los particulares (Código Civil, artículos 674, 677 y 678; Decreto-ley 1381 de 1940, artículo 2º), lo cual quiere decir que ese dominio público únicamente confiere al Gobierno el carácter de "supremo administrador de los bienes de uso público" (Ley 113 de 1928, artículo 9º, y Decreto-ley 1381 de 1940, artículo 1º), lo cual no entraña, dentro del concepto ideológico de la propiedad pública, que se vayan a arrebatar las aguas a los dueños en donde nacen las fuentes, pues éstos pueden hacer uso de aquéllas dentro de las condiciones y limitaciones que se señalan para la riberanía (Decreto citado, 9º y complementarios del Decreto reglamentario 1382 de 1940).

En otras palabras, usando una terminología civilista, el dominio público sobre las aguas vivas tiene una simple misión de control, pues sería irrito ese derecho si se considerara que los particulares tienen un "usufructo" indefinido en ellas (uso y goce); mas con la teoría del salvamento, el uso y goce no se menguan en las heredades en donde nacen las fuentes, sino que simplemente impiden que el dueño del inmueble

constituya derechos sobre aguas, independientemente del fundo para cuyo beneficio deben derivarse, como es el caso presente, en donde no requiriéndose ellas para *un determinado inmueble,* porque en él se satisfacen plenamente las necesidades que de agua tiene, su dueño va a *venderlas* para un servicio público fundamental.

La reglamentación que contiene el acto acusado no perjudica en lo más mínimo al dueño de la heredad o heredades en donde nace la quebrada de El Cedro.

En cambio, la jurisprudencia sentada vendría a perjudicar el acueducto municipal de Usaquén.

Segundo. En la sentencia de agosto de 1942 se dice:

> "Quizá sería más conveniente la tesis contraria, dada la importancia social del agua, pero en la época en que se dictó la disposición del Código Civil que se analiza, no se había acentuado aún la teoría del intervencionismo del Estado en la propiedad privada, ni ésta se consideraba aún como función social. Por manera que para llegar a esa tesis se impone una reforma en la legislación vigente."

No es compartible dicha razón porque, en primer lugar, sí hubo una reforma legal: la contenida en el Decreto-ley número 1381 de 1940 (artículos 1º y 2º), cuya interpretación no entró a desatar el fallo transcrito; y en segundo lugar, porque la teoría intervencionista fue precisamente la que indujo a que en el Código Bello, a diferencia del francés, quedara una norma sobre aguas públicas tan amplia como es la contenida en el artículo 677.

En efecto: el texto últimamente citado tiene su origen en el Derecho indiano y en la legislación sarda.

En el mensaje con que el Presidente de la República Chilena presentó el proyecto de Código Civil se lee:

> "En la interesante materia de las servidumbres se ha seguido, se puede decir, paso a paso, el Código Civil francés. Para la servidumbre de acueducto nos ha servido principalmente de modelo el Código Civil de Cerdeña, único creo, de los conocidos, que ha sancionado el mismo principio de nuestro memorable Decreto de 18 de noviembre de 1819, que ha avasallado á la agricultura tántos terrenos que la naturaleza parecía haber condenado a una esterilidad perpetua. Pero en este punto, como en todo lo que concierne al uso y goce de las aguas, el proyecto, como el Código que le ha servido de guía, se ha ceñido a poco más que sentar las bases, reservando los pormenores a ordenanzas especiales, que probablemente no podrán ser las mismas para las diferentes localidades." *(Obras Completas* de don Andrés Bello, tomo IX, página 477).

Y, como lo dice el expositor Alberto G. Spota en su documentado y excelente *Tratado de Derecho de Aguas,* al referirse al derecho intermedio italiano de la época de la codificación:

> "Los Códigos dictados después de la sanción en Francia del Código de Napoleón, como el Código Albertino, desecharon la distinción de los artículos 538-541 del texto francés. La dominicalidad de los ríos navegables o flotables no constituyó el límite en el cual se detuvieron los codificadores italianos. En efecto: el artículo 420 del Código de Cerdeña establecía:
>
> 'Los caminos públicos, excepto los comunales, los ríos y torrentes, la playa del mar, los sitios ocupados o abandonados por

el mismo, los puentes, las ensenadas y playas, y generalmente, todos los puntos del territorio del Estado no susceptibles de propiedad privada, son pertenencias del dominio real.'

"Comentando Giovannetti este precepto y comparándolo con el sistema adoptado por el Código Civil francés, ponía de relieve las ventajas del principio sentado por el Código Civil de Cerdeña, en estos justos términos:

'He dicho que nosotros hemos estado bastante bien avisados al colocar todos los ríos *(fleuves et rivières)*, aun los no navegables ni flotables, entre las cosas que pertenecen al dominio real o público. Nuestro artículo 420 está, en este sentido, en contraposición con el artículo 538 del Código de Napoleón, que no comprende, entre las dependencias del Estado, sino los ríos *(fleuves et rivières)* navegables o flotables.'

"El artículo 420 del Código de Cerdeña, que reconoce su origen en las Constituciones piamontesas del 11 de julio de 1729 y en las 'regias patentes' del año 1812, constituyó la fuente inmediata del vigente Código Civil italiano, en materia de dominicalidad de las aguas, ya que el artículo 427 de este cuerpo de leyes considera del dominio público a todos los ríos y torrentes *(i fiume e torrenti)*." (Tomo I, número 108; páginas 225 y siguientes).

De allí que sea muy atendible el que el legislador chileno, primero, y el colombiano, después, se reservaran "los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales", excluyendo únicamente las "vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad", excepción que, como tal, debe interpretarse restrictavamente siguiendo una sana hermenéutica jurídica; es decir, que es válida la interpretación que a ella le asigna el fallo chileno citado en el salvamento de voto, corroborada por autores del más amplio prestigio, y que sí se tuvo, desde entonces, un criterio intervencionista y de función social.

Para comprobar lo último baste reproducir a Giovanetti, el "comentador histórico y racional del Código sardo, sobre régimen de aguas", según el calificativo de Giorgi, el que dice:

"Nosotros tenemos muchos torrentes.... que interesan a dos provincias enteras; otros.... que interesan a muchos propietarios. Si la derivación de aguas de estos torrentes estuviera regulada por una disposición análoga a la del dicho artículo 644 (del Código de Napoleón), nuestra agricultura no se hubiera elevado a este grado de prosperidad, que provoca la admiración de los extranjeros. El legislador debe, por lo tanto, reservar al Estado todos los ríos o torrentes, como ha sido hecho entre nosotros, y la Administración Pública podrá entonces regular las concesiones del modo más favorable a los progresos del riego; podrá imponer a los concesionarios obligaciones y condiciones, sea en el interés público, sea en el interés colectivo de cada agrupación territorial, o de más vecinos; podrá, en fin, obtener un beneficio en provecho del Tesoro Nacional, permaneciendo en los límites de una juiciosa moderación." (Tomo I, número 108; cita al margen, página 226).

II

La influencia de la legislación indiana.

Pero tampoco hay que perder de vista que don Andrés Bello se inspiró igualmente en la legislación indiana, que regía hasta la adopción del Código Civil en materia de aguas, y que se había aplicado en la época colonial en todos los países indoamericanos *(Reglamento Internacional. Aguas de uso público)*, H. Iglesias B., números 1 y 8), en donde se reconocía que *todas las aguas* tenían el carácter de bienes realengos para el beneficio de españoles e indios.

El Derecho Indiano fue tipicamente intervencionista, dentro del concepto de función social. Así, por ejemplo, en el extenso fallo de la honorable Corte Suprema de Justicia, de fecha 5 de agosto de 1942 *(Gaceta Judicial* número 1987), y en donde se analiza ampliamente el dominio territorial privado en la legislación indiana, se lee:

> "....El Juez de Realengos reclamó, por primera vez, según parece, en la vida de la Colonia, el imperio de las reglas romanas sobre la posesión y la propiedad, conforme a las cuales el dueño era libre de hacer o no hacer de sus cosas lo que le viniese en gana. El criterio socialista de la legislación española para las Indias, imperante en más de dos siglos, encontraba el primer obstáculo para la realización de los fines que incansablemente venía persiguiendo desde la época del descubrimiento y conquista de América."

Reafirmando lo expuesto por la Corte, y al propio tiempo lo que se lleva dicho acerca de la influencia del Derecho Indiano en el régimen de aguas, el citado profesor Spota dice:

> "139. C). La importancia de los principios adoptados en las leyes de Indias. Para los países que, como el nuestro, formaron parte de las colonias americanas pertenecientes a España, las Leyes de Indias constituyen el documento legislativo que, en primer término, debe consultarse. Si bien es cierto que la evolución del derecho español estuvo orientada en el sentido de considerar públicas o de uso público las aguas corrientes, ese principio, como lo hemos visto —y salvo lo que resulta del sistema romano adoptado por las Leyes de Partidas—, sólo se impuso en época reciente y después de haber concluído en los principales países de América la dominación española. Por el contrario, la legislación de Indias elevó a principio la declaración de que todas las aguas eran bienes de la Real Corona, o, empleando un lenguaje adecuado a nuestro derecho patrio, bienes del dominio público. Agréguese a ese gran principio el hecho de que las leyes de Indias tenían preferente aplicación en América, y fácil será deducir la importancia que este antecedente tiene. Pruébalo ello, además, la consideración de que los Códigos de los países que estuvieron sometidos a España adoptaron tan fundamental norma. Refiriéndose a las leyes de Indias, que hemos considerado más arriba, nos dice, en este sentido, Botero Isaza, al comentar el Código Civil de Colombia:
>
> 'Las disposiciones escritas son, como se ve, las que durante siglos ocuparon el lugar de los artículos 892 a 894 del Código Civil. Ellas se refieren al aprovechamiento de las aguas, que, si no eran de uso público, sí se había decretado que permanecieran en común, para hacer de ellas mercedes cuando lo tu-

vieran a bien los soberanos españoles, en cuyo patrimonio se habían incorporado tanto las tierras como las aguas.'

"Pero si esto puede decirse con respecto al aprovechamiento de las aguas, algo más importante es lo que corresponde poner de relieve: la declaración contenida en preceptos tales como el artículo 595, primera parte del Código Civil chileno, según el cual 'los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes nacionales de uso público'. Esta declaración, que fue adoptada por otros Códigos, como el de Colombia (artículo 677, primera parte), es la que en esencia rige para nosotros. El artículo 2340 de nuestro Código, al establecer en su inciso 3º que pertenecen al dominio público nacional o provincial los ríos y sus cauces y todas las aguas que corren por cauces naturales, no hace sino sancionar el idéntico principio ya establecido en las leyes de Indias. El mismo Vélez Sársfield así lo entendió cuando, en la nota a este precepto, trae a colación esas leyes indianas a fin de poner de relieve cómo debe ser una regla, incorporada a nuestro derecho desde la época de la Conquista y colonización, la de que esas aguas pertenecen al dominio público. No otra cosa significa la referencia, por lo demás, que el codificador hace de las enseñanzas de Solórzano, para quien las aguas constituían bienes de la Real Corona, es decir, realengos. Estas referencias del autor de nuestro Código no dejan lugar a dudas, entonces, de que en su espíritu habíase formado la convicción de que, ante esos precedentes, no podían sino ser bienes públicos, o, mejor, del dominio público, todas las corrientes naturales de aguas, y, en general, *todas las aguas*."

(Tomo I, números 139 y siguientes; páginas 281 y siguientes).

Tercero. A los muy autorizados comentadores que cita el salvamento de voto de 6 de agosto de 1942, es menester agregar que, como ellos, opinan también Spota y Luis Claro Solar. Y particularmente el último pone bien de presente que la excepción contemplada sobre aguas privadas en el Código Bello se refiere a corrientes de poco caudal, contra el parecer del fallo de esa misma fecha que, sin darse cabal cuenta de que se regula una excepción, como tal, de interpretación restricta, acepta como criterio de interpretación el errado concepto de que porque sean pocas las veces en que una vertiente de agua desaparece por filtración o evaporación' deba darse mayor amplitud a la restricción que a la norma de carácter general.

En esta forma se expresa Claro Solar:

"Nuestro Código tiene en vista vertientes de poco caudal, que mueren a poco trecho de haber nacido, y que se presentan como un accesorio del predio, ni más ni menos que como aguas detenidas.

"Entre nuestro Código y el Código de Napoleón hay, a este respecto, por lo tanto, una diferencia fundamental. Mientras nuestro Código sólo reconoce propiedad exclusiva del propietario de un predio sobre las fuentes que nacen y mueren en él, es decir, aquellas cuyo curso se desarrolla enteramente dentro del mismo predio, nacen, corren y mueren en él, sin pasar en parte alguna de su longitud a un predio vecino; son aguas que no llegan a formar esteros o ríos; el Código de Napoleón establece, en forma más amplia, que el dueño de la heredad en que nace una fuente puede hacer de ésta el uso que quiera, es decir, es dueño de las aguas de esa fuente, aunque dé nacimien-

> to a un arroyo, estero, riachuelo o río, que no se contiene en la heredad en que brota sino que sigue su curso hacia las heredades inferiores." (*Explicaciones de Derecho Civil Chileno*, tomo IX, *De los Bienes*, IV, número 1373).

Cuarto. Se invoca en el fallo de agosto de 1942 a don Fernando Vélez, y esta autoridad pierde mucho de su valor si se considera que él cree que "una vertiente de agua muere dentro de una heredad en el caso, por ejemplo, de que uno de los límites de ésta sea un río donde desemboque la vertiente dentro de la misma heredad"; y, en cambio, expresa que los cauces en que se derramen aquellas aguas no forman parte de la heredad sino que las madres de los ríos y corrientes son bienes del Estado, de uso público.

Así se expresa textualmente, indicando, al menos en una forma implícita, que las aguas no mueren dentro del fundo:

> "Si los ríos y las aguas que corren por cauces naturales son de propiedad nacional, es claro que a la República le pertenece también el terreno o lecho que aquéllos ocupan. Luego los propietarios ribereños no pueden pretenderse dueños de una parte del lecho de un río. Entre nosotros es general la creencia de que a cada uno de los individuos que tienen predios separados por un río le pertenece la mitad del cauce de éste, y de aquí que en sus contratos pretendan disponer de una mitad como cosa propia. Tales predios ni siquiera lindan, así como no lindan los que están separados por una calle o camino, y por lo mismo, entre sus dueños no puede haber juicio de deslinde." (*Revista Jurídica*, año 1º, entregas 5ª y 6ª, septiembre de 1944, página 290, Medellín).

De conformidad con las razones expuestas, se llega necesariamente a la conclusión de que la quebrada de El Cedro es un bien nacional, de uso público.

III

Es procedente y legal la reglamentación y merced de aguas otorgada por el Gobierno.

Tratándose, como se trata, de aguas de uso público, y teniendo el Gobierno, como lo tiene sin duda, el carácter de supremo administrador de los bienes de tal naturaleza jurídica, la regulación que del uso hizo, y la consecuencial merced que otorgó, es legal por cuanto aquél obró dentro de los límites de la facultad reglada concedida por la ley, sin vulnerar derechos o utilizaciones reales de terceros, sobre las mismas aguas.

Guillermo Hernández Rodríguez, Tulio Enrique Tascón.—Luis E. García V., Secretario.

Actos de las Asambleas.—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Ricardo Uribe Escobar).

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

La Ordenanza número 2 de 1944, "por la cual se dictan algunas disposiciones sobre estadística departamental", expedida por la Asamblea del Departamento de Bolívar, trae, entre otras disposiciones, las que en seguida se transcriben:

"Artículo 3º Cada uno de los Municipios que tengan quince mil y más habitantes, está en la obligación de sostener, independientemente de la Alcaldía, Oficinas Municipales de Estadística.

"Artículo 4º Para dar cumplimiento al artículo anterior los Municipios tendrán en la Oficina Municipal de Estadística el siguiente personal:

"Un Director, con una asignación mensual no menor de $ 50.00.

"Un Secretario, con una asignación mensual no menor de $ 30.00.

"Artículo 5º El nombramiento de Director de Estadística Municipal, de que trata el artículo anterior, será hecho por el Contralor Departamental, para el período de un año, y el nombramiento de Secretario será hecho por el Director.

"Artículo 6º Los Municipios que no lleguen a quince mil habitantes están en la obligación de sostener, por lo menos, un Oficial de Estadística, dependiente de la Contraloría del Departamento, y de libre nombramiento del Contralor Departamental, para un período de un año, que se inicia el día 1º de agosto de cada año.

"Artículo 7º Los sueldos que devenguen los Oficiales Municipales de Estadística serán fijados por escalas de presupuestos de rentas, en la siguiente forma:

"Presupuesto de $ 4.000 a $ 7.000, sueldo mínimo $ 20.00
"Presupuesto de $ 7.000 a $ 10.000, sueldo mínimo . 25.00
"Presupuesto de $ 10.000 a $ 15.000, sueldo mínimo . 30.00
"Presupuesto de $ 15.000 a $ 25.000, sueldo mínimo . 35.00
"Presupuesto de $ 25.000 a $ 30.000, sueldo mínimo . 40.00
"Presupuesto de más de $ 30.000, sueldo mínimo ... 50.00

"Artículo 8º El Gobernador del Departamento observará los acuerdos municipales sobre rentas y gastos y asignaciones civiles en que no se dé cumplimiento a lo ordenado en el artículo anterior."

El doctor Eugenio Giraldo, en escrito presentado el 3 de agosto del año pasado, pidió al Tribunal Administrativo de Cartagena que declarara la nulidad de los artículos 3º a 8º de la Ordenanza número 2 de

1944, que se dejan transcritos, y el Tribunal, una vez agotada la sustanciación del juicio, dictó la sentencia de fecha 27 de noviembre de 1944, en que resolvió lo siguiente:

> "Primero. Anular parcialmente el artículo 3º de la Ordenanza número 2 de 1944, en la parte que dice 'independientemente de la Alcaldía'.
>
> "Segundo. Anular también, en forma parcial, el artículo 6º de dicha Ordenanza, en la parte que dice 'dependiente de la Contraloría del Departamento y de libre nombramiento del Contralor Departamental para un período de un año, que se inicia el día 1º de agosto de cada año'.
>
> "Tercero. Declarar nulos en su totalidad los artículos 4º, 5º, 7º y 8º de la misma Ordenanza, por ser violatorios de los artículos 110 de la Constitución Nacional, 183 y 184 del Código de Régimen Político y Municipal."

Del fallo apelaron el Fiscal 1º del Tribunal Superior, por considerar que han debido anularse íntegramente los artículos 3º y 6º, y el señor Domingo Gómez Gómez, quien se había hecho parte en el juicio, con el carácter de impugnador de la demanda.

Surtida en el Consejo la tramitación propia del recurso, se procede a decidirlo mediante las siguientes consideraciones:

El demandante doctor Giraldo indicó como violados los artículos 182, 186 y 198 de la anterior Codificación Constitucional, artículos que corresponden a los marcados con los números 183, 194 y 201 de la nueva Codificación; el primero de los cuales enseña que los bienes y rentas de los Departamentos, así como los de los Municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares, y no podrán ser ocupadas estas propiedades sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada, y el segundo, que en todo Municipio habrá un Alcalde, que ejercerá las funciones de agente del Gobernador y que será Jefe de la Administración Municipal.

Igualmente citó como violados los artículos 183 y 184 de la Ley 4ª de 1913 y la Ley 82 de 1935. El artículo 183 invocado estatuye que el Alcalde es el Jefe de la Administración Pública en el Municipio, ejecutor de los acuerdos del Concejo y Jefe Superior de Policía en el territorio de su jurisdicción. El 184, en lo pertinente, que es atribución del Alcalde nombrar los empleados municipales, siempre que la designación no esté atribuída especialmente a otra autoridad.

El concepto en que las citadas disposiciones se consideran violadas lo hace consistir el demandante en que no se entiende cómo disponiendo la Constitución que los bienes y rentas de los Municipios son propiedad exclusiva de ellos, puedan las Asambleas imponerles la obligación de sostener empleados nombrados por una entidad extraña, y, refiriéndose especialmente al artículo 182 de la Constitución (hoy 183), expresa:

> "Esta norma asegura especialmente el patrimonio de las entidades de derecho público, lo ha dicho la Corte Suprema insistentemente; e implica tanto para el Estado como para los Departamentos el respeto de todos los derechos patrimoniales de los Distritos así como sus rentas. De donde se deduce que a ellos (los Municipios) no se les pueden imponer cargas ni obligaciones sin incurrir en infracción de la Constitución."

Y en cuanto a la violación del artículo 198 (hoy 201), la violación la hace consistir en que corresponde al Alcalde nombrar todos los empleados administrativos del orden municipal.

Para el Tribunal *a quo* los artículos 3º y 6º de la Ordenanza, en las partes que no anuló, tienen fundamento legal en la Ley 82 de 1935, en cuanto dispone:

> "Artículo 11. A partir del 1º de enero de 1936 los Municipios que tengan más de quince mil habitantes tienen la obligación de sostener Oficinas de Estadística, que obrarán bajo la dirección y control de la respectiva oficina departamental.
>
> "Los Municipios que tengan menos de quince mil habitantes tienen la obligación de sostener por lo menos un Oficial de Estadística, que obrará también bajo la dirección y control de la oficina departamental."

El Consejo observa que la Ley 82 precitada centralizó en la Contraloría General de la República la dirección de todos los servicios de estadística de la Nación; dio al Contralor General la dirección técnica de los servicios de estadística departamentales y municipales y dispuso que en las capitales de los Departamentos funcionaran Oficinas de Estadística costeadas por tales entidades.

Está claro que en adelante estas funciones no podrán ser ejercidas por la Contraloría General de la República, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 del Acto legislativo número 1º de 1945 (59 de la Codificación Constitucional, que preceptúa que la Contraloría será una oficina de contabilidad y de vigilancia fiscal y no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes al desarrollo de su propia organización.

El Consejo, en una constante y reiterada jurisprudencia, que data de muchos años, tiene dicho que dentro de la actual organización administrativa de la República existen tres órdenes de empleados: nacionales, departamentales y municipales; que son empleados nacionales los creados por ley para el desempeño de servicios nacionales, y a los cuales la misma ley les señala atribuciones y sueldos a cargo de la Nación; que son empleados departamentales los creados por ordenanza para la prestación de servicios departamentales, con atribuciones y dotaciones señaladas por la misma ordenanza y pagados por el Tesoro del Departamento; y que son empleados municipales los creados por acuerdos de los Concejos, con atribuciones y sueldos señalados por los mismos acuerdos y remunerados por el Tesoro Municipal. El ordinal 9º del artículo 76 de la Constitución atribuye al Congreso la creación de todos los empleos que demanda el servicio público nacional y la fijación de sus respectivas dotaciones; el ordinal 5º del artículo 187 del mismo estatuto atribuye a las Asambleas la fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos; y el ordinal 4º del artículo 169 del Código Político y Municipal atribuye a los Concejos el señalamiento de sus atribuciones, duración y remuneración, sin contravenir a las leyes y ordenanzas.

La ley no puede crear empleados departamentales, ni señalarles atribuciones ni dotaciones con cargo a los Departamentos; ni la ley ni las ordenanzas pueden crear empleados municipales, señalarles atribuciones, duración y asignaciones pagaderas por el Municipio, porque esto pugna con la garantía que el Estatuto Constitucional ha otorgado a los Departamentos y a los Municipios para la disposición de sus bienes y rentas. Tanto se atenta contra esta garantía por parte de la ley, tomando esos bienes y rentas para pagar servicios nacionales; como se atenta por parte de la ordenanza, tomando el producto de los bienes y rentas municipales para cubrir asignaciones de empleados que los Concejos no han creado, ni a los cuales les han señalado atribuciones ni dotaciones.

No obstante lo dicho, el Consejo considera que la obligación de sostener Oficinas Municipales de Estadística, impuesta a los Municipios del Departamento por la Ordenanza acusada, tiene fundamento legal, salvo en cuanto dispone que los nombramientos de tales empleados se hagan por funcionarios distintos del Alcalde, que es a quien corresponde el nombramiento de los empleados municipales, a excepción del Personero y el Tesorero. La Ley 82 de 1935 ya citada es bien explícita a este respecto.

De modo que la parte sustancial de la Ordenanza se acomoda exactamente a la ley. Se pregunta ahora si aquella obligación es contraria a la Constitución Nacional. El sentido de la disposición consignada en el artículo 50 del Acto legislativo número 3 de 1910 (183 de la Codificación reciente), no es tan absoluto que el mismo legislador no pueda ordenar a los Municipios la creación y sostenimiento de determinados servicios públicos de carácter local. Los bienes y rentas del Estado —Nación, Departamento y Municipio— no tienen otra razón de ser que la de atender con ellos al sostenimiento de una Administración Pública tan eficaz como sea posible. "No podrán ser ocupadas estas propiedades sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada", y "el Gobierno Nacional no podrá conceder exenciones de derechos departamentales ni municipales", dice el texto constitucional. Esto es, la entidad nacional no puede apropiarse los bienes y rentas de los Departamentos ni de los Municipios, ni disponer de ellos; de igual modo que las entidades departamentales tienen que respetar los bienes y rentas municipales, porque estas propiedades son tan sagradas como las de los particulares. Pero así como puede exigirse al particular una contribución directa para el sostenimiento de la Administración Pública en general, y para beneficio de los asociados, así puede el legislador imponer a los Municipios el sostenimiento de un servicio público de carácter local y para beneficio de la misma sección o lugar, entendido que la provisión de los empleos necesarios corresponde a los Alcaldes y la fijación de sus asignaciones a los Concejos.

Mientras la Constitución misma no haya determinado los servicios públicos a que deben atender los Municipios con sus bienes y rentas, no puede tacharse de inconstitucional la ley que imponga a los Municipios la obligación de atender a un servicio cualquiera de carácter local.

En atención a las consideraciones precedentes, el Consejo estima que son nulos los artículos 3º a 8º de la Ordenanza número 2 de 1944, de la Asamblea de Bolívar, en cuanto imponen a los Municipios del Departamento la obligación de sostener Oficinas Municipales de Estadística, con nombramiento de sus empleados por la Contraloría Departamental, con señalamiento de determinadas dotaciones y determinado período; pero son válidos en cuanto disponen la creación del servicio de estadística a cargo y en beneficio de los Municipios.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, confirma en todas sus partes la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Ricardo Uribe Escobar, Gonzalo Gaitán, Jorge Lamus Girón, Tulio Enrique Tascón, Carlos Rivadeneira G., Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Jurisdicción coactiva (coadyuvancias).

(Consejero ponente, doctor Gustavo A. Valbuena).

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

No se accede a reconocer la personería del doctor José del Carmen Mesa, conferida por medio de los anteriores memoriales-poderes, para los fines allí expresados, porque las coadyuvancias de que ellos hablan son manifiestamente inadmisibles en el presente juicio.

En efecto: dispone el artículo 233 del Código Judicial que todo aquel a quien conforme a la ley pueda aprovechar o perjudicar una sentencia, tiene derecho a intervenir en el juicio, coadyuvando o defendiendo la causa que le interesa....".

Como se ve, dicho precepto se contrae al evento de la existencia de un interés jurídico vinculado precisamente al pleito de que se trate, al caso concreto en litigio, para que pueda decirse que el fallo aprovecha o perjudica al coadyuvante. No es suficiente, por tanto, un simple interés en la doctrina, en la jurisprudencia que haya de establecerse, por estimar, en abstracto, que se está en un caso similar al que va a ser objeto del fallo. De otro modo, quizás no habría proceso civil en que no se presentaran tantos coadyuvantes cuantos se creyeran en situaciones análogas a la que fuera materia de la litis.

Se trata aquí de una causa en que se ventilan intereses puramente privados, no siendo aplicables, de consiguiente, las disposiciones especiales que rigen la jurisdicción contencioso-administrativa. En las acciones de nulidad de un acto administrativo, verbigracia, cualquier persona puede pedir que se le tenga como parte para coadyuvar o impugnar la demanda (artículo 89 de la Ley 167 de 1941); y, sin embargo —agrega esta disposición— en otra clase de acciones el derecho de intervenir como parte sólo se reconoce a quien acredite un interés *directo* en las resultas del juicio.

Por último, en el supuesto de que se admitiera como coadyuvante a cualquiera de los poderdantes, ¿podría éste enervar el juicio que a él se le siguiera para el cobro del impuesto, con la sentencia pronunciada en el presente? Claro que no; precisamente porque ella no le aprovecharía ni perjudicaría. Su único interés sería para los fines del antecedente doctrinario.

Por lo expuesto, no se reconoce al doctor Mesa como apoderado de la Congregación de los Hermanos Maristas de la Enseñanza y del Colegio del Sagrado Corazón de Jesús; para los efectos de coadyuvar en este juicio, según se expresa en los memoriales respectivos.

Notifíquese.

Gustavo A. Valbuena.—Luis E. García V., Secretario.

Jurisdicción coactiva

(Consejero ponente, doctor Gustavo A. Valbuena).

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

Por Resolución número 1318 de 30 de agosto de 1940, la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en uso de la autorización que le confiere el artículo 15 de la Ley 81 de 1931 para revisar las liquidaciones hechas por los Administradores de Hacienda, de los impuestos a que tal precepto se refiere, elevó la cuantía del impuesto liquidado por el Recaudador de Pereira a cargo del señor Camilo Gutiérrez A., respecto del año de 1938, a la cantidad de $ 4.792.40, esto es, le hizo un aumento de $ 3.010.61 sobre $ 1.781.79, en que dicho funcionario la había fijado.

La mencionada providencia le fue notificada en la misma Jefatura al doctor Carlos López Narváez, apoderado del señor Gutiérrez A., según dice el acta de notificación, cinco años después, o sea el 20 de junio del año en curso, y luégo al mismo señor Gutiérrez, en la Recaudación de Pereira, el 9 de agosto último. Esta segunda notificación quizá obedeciera a alguna observación que el mismo Gutiérrez hiciera acerca de lo que hizo constar en dicha diligencia, a saber:

> "a) Que el doctor Carlos López Narváez no tenía poder para recibir notificaciones en mi nombre; se le confirió una personería para estudiar el negocio apenas y solamente;
>
> "b) No pueden notificarse deudas de esta índole en copias sino en los documentos originales."

Al día siguiente del de la notificación personal al señor Gutiérrez A., o sea con fecha 10 de agosto, el señor Recaudador de Pereira libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra el nombrado contribuyente, por la suma de $ 3.010.61 a que ascendió el aumento decretado por la Jefatura, y de ese auto apeló el ejecutado en el acto de la notificación.

Concedido el recurso, el expediente original vino al Consejo de Estado, y como se le ha dado al recurso la tramitación correspondiente, se procede a decidirlo mediante estas breves consideraciones:

Como la notificación hecha al doctor Carlos López Narváez, con fecha 20 de junio de 1945, contiene la afirmación de que se le hizo como apoderado del señor Camilo Gutiérrez A., es preciso tener tal diligencia, salvo prueba en contrario, como el aviso a que se contrae el ordinal 1º, parte final, del artículo 15 de la Ley 81 de 1931. Por esta razón, desde la indicada fecha era debida por el contribuyente la suma en cuestión; pero el presente juicio no podía iniciarse antes de sesenta días contados desde el mencionado 20 de junio, de conformidad con el artículo 20 de la misma Ley 81, que dice:

> "Si transcurridos sesenta días a partir de la fecha en que sea exigible cualquier impuesto establecido por esta Ley, no ha sido pagado por la persona o personas que deban cubrirlo, el Administrador de Hacienda Nacional respectivo hará uso de la ju-

risdicción coactiva e iniciará inmediatamente el juicio correspondiente para hacer efectivo el recaudo del impuesto, así como también cualesquiera multas y los recargos que hayan sido impuestos...."

Establece así la ley una clara distinción entre la exigibilidad de la obligación y el derecho por parte del Fisco para proceder ejecutivamente en uso de la jurisdicción coactiva. Es decir, que aquélla es debida tan pronto como se dé el aviso de que trata el artículo 15, pero que éste no puede ejecutarse sino vencido el término señalado en el artículo 20. Y como en el presente caso se libró mandamiento de pago con fecha 10 de agosto último, esto es, antes del vencimiento del mencionado plazo, tal medida resulta dictada antes de tiempo, y, por consiguiente, no puede sostenerse jurídicamente.

Basta lo dicho para revocar, como en efecto se hace, la providencia materia de la apelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gustavo A. Valbuena.—Luis E. García V., Secretario.

Suspensiones provisionales

(Consejero ponente, doctor Gustavo A. Valbuena).

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

El Gobernador del Tolima expidió el Decreto número 545 del año en curso (25 de junio), que en su artículo 2º dispone:

> "Las Alcaldías se abstendrán de conceder permiso para el funcionamiento de juegos permitidos, cuando los solicitantes no hayan llenado los siguientes requisitos:
>
> "....
>
> "d) Que el solicitante compruebe, por medio de copia auténtica, haber celebrado contrato con el Comando de la Policía Nacional, División Tolima, por los servicios de un Agente de vigilancia, cuando menos, para que controle el funcionamiento de dichos juegos. impida el acceso a ellos de los menores de edad, los sirvientes domésticos, las mujeres, los jornaleros, los beodos y las personas que no sean sanas de mente."

El doctor Estanislao Pardo Gálvez demanda la nulidad de la disposición así concebida como violatoria —dice— de la Constitución, de la ley y de mandatos de ordenanzas, y además, porque se expidió irregularmente y con abuso y desviación de las atribuciones propias del señor Gobernador, según la ley; y solicita la suspensión provisional del acto acusado por el doble concepto, según lo estima el demandante, de causar un perjuicio notoriamente grave y de violar normas positivas de derecho.

El Tribunal Administrativo de Ibagué, en auto de 21 de septiembre último, negó la suspensión pedida; el actor interpuso recurso de reposición contra esa providencia y subsidiariamente el de apelación, y como no le prosperara el primero, pero si se le concediera el último, fue remitido el expediente original al Consejo para la decisión que corresponda.

En cuanto hace relación al perjuicio notoriamente grave, se considera:

En la vida social hay muchas actividades que se pueden ejercitar, pero mediante reglamentación, pues de no ser así, de lícitas en principio podrían tornarse en nocivas y hasta perniciosas, de suerte que quien pretenda hacerse empresario de ellas habrá de someterse previamente a los reglamentos ya establecidos. Tal sucede con los juegos de suerte, que, por su naturaleza, no pueden recibir el mismo tratamiento que se dispensa, por parte del Estado, a las industrias o negocios u ocupaciones que por la suya sean fuente de riqueza nacional. De ahí que la autoridad, en su previsión, se haya propuesto someterlos a ordenamiento especial, para prevenir consecuencias antisociales. Es un error, por tanto, pretender, como el demandante, que el derecho de reunión para fines de juegos de suerte constituye una actividad que merezca tanta garantía de las autoridades como si se tratara de proteger a las personas en su vida, honra y bienes. Por el contrario, con la inspección se trata

de defender no tanto los bienes de la empresa de juegos como los de las personas desprevenidas que la visiten. Por eso, precisamente, es por lo que el Decreto acusado prevé la vigilancia a fin de impedir el acceso a los menores de edad, sirvientes domésticos, mujeres, jornaleros, beodos, etc., esto es, de personas comúnmente de escasos recursos, o que por inexperiencia, imprevisión o por su estado mental, puedan ser víctimas de las habilidades de fulleros y audaces. Los juegos no están garantizados, sino apenas tolerados.

Es evidente, como queda enunciado, que las autoridades están instituídas para asegurar a los asociados el ejercicio de los derechos que la Constitución les otorga; pero quien se dedica a derivar utilidades de un negocio tál, que para que se le permita funcionar tiene que estar sujeto a control, en defensa de la moral y de las buenas costumbres, es justo que —en vista de la posición excepcional que asume socialmente— erogue los gastos que su propia vigilancia supone, sin que pueda quejarse, con razón, de que se le perjudica. A circunstancias excepcionales deben corresponder medidas de la misma índole.

Véase ahora lo concerniente a violación de normas positivas de derecho.

Conocido ya el texto del acto acusado, procede su comparación con disposiciones superiores que se señalan como quebrantadas, a efecto de ver si esto es así, o, por el contrario, armoniza con ellas, *prima facie*. Porque es bien sabido que si la violación no aparece de modo ostensible, manifiesto, flagrante, la suspensión provisional no se justifica.

Dice el Código Político y Municipal en su artículo 97:

> "Son funciones de las Asambleas:
>
> "..... ....
>
> "42. Reglamentar y gravar los juegos permitidos...."

Según todo lo indica, la Asamblea del Tolima, en uso de la función transcrita, expidió la Ordenanza número 25 del corriente año, cuyo artículo 29, inserto por el Tribunal de la causa en su auto de 22 de octubre, preceptúa:

> "....Parágrafo. El Gobierno podrá determinar los requisitos que deban cumplirse para que puedan permitirse los juegos que en la mencionada disposición se enumeran y en general todos los juegos de suerte, dentro del Departamento."

Y el Gobernador, a su vez, en vista de la facultad así conferida, dictó el Decreto número 545 de 1945, por medio del cual, después de incluír como juegos permitidos dentro de su sección los de *póker* limitado, *parqués* y *loterías de cartel*, fijó los requisitos que debían llenarse para que se permitiera por las Alcaldías el funcionamiento de esos juegos, entre los cuales está el de la celebración del contrato para la vigilancia de ellos por la Policía Nacional. No puede decirse, por consiguiente, que el Decreto en cuestión infrinja el artículo 134 del Código de Policía del Tolima, inserto por el señor Fiscal del Tribunal en su concepto, disposición que faculta a los Alcaldes para imponer a los dueños de establecimientos de juegos permitidos la obligación de mantener vigilancia pagada en la forma que la misma autoridad establezca, porque quiere decir que, en virtud de la Ordenanza 25 de este año, se le confirió al Gobernador, en relación con todo el Departamento, una facultad que en otros términos les había sido otorgada a los Alcaldes por el Código de Policía, respecto a los correspondientes Municipios.

Por lo demás, parece que el numeral 42 del artículo 97 del Código Político y Municipal, se aviene muy bien con el artículo 15 del Acto legislativo 1º de 1936 (hoy 16 de la Constitución), que consagra:

> "Las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas."

Y como la Ordenanza armoniza con la ley, y el acto acusado con la Ordenanza, síguese que, al menos en apariencia, hay concierto entre éste y las normas superiores.

De otro lado, el Consejo, en casos similares al de que ahora se trata, ha dicho lo siguiente:

> "Evidentemente, el servicio de Policía es un servicio público de cargo del Estado, y su sostenimiento uno de los objetivos de las contribuciones que se exigen a los ciudadanos. Los gastos del servicio público son de cargo de la Nación, de los Departamentos y los Municipios, de conformidad con los artículos 200 de la Constitución Nacional, 97, numeral 3º, y 169, numeral 2º, de la Ley 4ª de 1913.
>
> "Mas como también es evidente que los establecimientos de expendio de licores y centros a la vez de jolgorios, a que se refiere el Acuerdo acusado, exigen un servicio mayor de Policía de vigilancia que los demás establecimientos de industria y comercio, y los impuestos pueden graduarse en atención al mayor o menor servicio que los contribuyentes requieran del Estado, entre otras circunstancias, los Concejos sí pueden tomar en consideración ese mayor servicio de Policía al fijar la cuantía del impuesto de industria y comercio a los establecimientos de diversión, *en lugar de cobrar directamente este servicio.*" (Sentencia de 17 de septiembre de 1945. Ponente, doctor Uribe E.).

Quiere decir claramente lo anterior que las autoridades sí pueden jurídicamente exigir el pago de servicios especiales de Policía, ya directamente, ora en forma de impuesto. Por consiguiente, si el Decreto acusado, con facultad proveniente de la Asamblea, optó por el primer medio, no parece que con eso haya violado normas positivas superiores.

En mérito de lo dicho, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* el auto apelado.

Gonzalo Gaitán, Gustavo A. Valbuena, Tulio Enrique Tascón, Jorge Lamus Girón, Carlos Rivadeneira G., Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

Electorales.—Nulidad.

(Consejero ponente, doctor Gustavo A. Valbuena).

Consejo de Estado—Bogotá, diez y ocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

El escrutinio practicado por el Consejo Electoral de Nariño, mediante el cual se declaró la elección de Representantes al Congreso por aquel Departamento, ha sido objeto de cuatro demandas sobre nulidad y rectificación, presentadas así:

Una por el doctor Guillermo Peñaranda Arenas, en la Secretaría de esta corporación, el 28 de abril del año en curso;

Otra por el doctor Alcibiades Narváez C., en la misma oficina que la anterior, el 30 de dicho mes;

Otra conjuntamente por el señor Agustín Guerrero Enríquez y el doctor Agustín Rosero, ante el Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de Pasto, el 26 del citado mes de abril;

Y otra por el doctor Max Chaves, ante el Vicepresidente y el Secretario del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Pasto, el día 30 del mismo mes de abril.

En virtud de lo previsto en los artículos 224 y siguientes del Código Administrativo, los procesos adelantados con base en las demandas mencionadas fueron reunidos para su decisión en una sola sentencia, y como ha llegado la oportunidad de fijar el mérito de cada uno, a ello se procede, previas las siguientes consideraciones:

Como medida de orden procesal es conveniente hacer referencia en primer lugar a las dos últimas demandas, que quedan enunciadas, ya que éstas, por las razones que en seguida se expresan, tendrán que correr distinta suerte que las dos primeras.

En efecto: es doctrina reiterada, perseverante, del Consejo de Estado la de que una demanda en materias electorales no es admisible sino cuando ha sido presentada ante autoridad competente, y en el evento de que se dé curso sin esa formalidad, por cualquier causa, no habrá de recibir decisión de fondo, "porque siendo los preceptos relativos a la ritualidad de los juicios preceptos de orden público, su violación no se legitima por la aquiescencia de las partes ni por la inadvertencia de los funcionarios".

Son innumerables los fallos en que lo anterior se ha establecido, pero basta recordar uno de los más recientes, en que se ha fijado con entera claridad el pensamiento del Consejo al respecto. Es el proferido a propósito de la demanda de nulidad contra el escrutinio practicado por el Consejo Electoral de Caldas, presentada por el doctor Eduardo Vásquez Zafra con motivo de la elección de Representantes al Congreso para el período que se inició el 20 de julio último. Fue ponente el doctor Uribe Escobar, lleva fecha 28 de septiembre del año en curso y a él pertenecen estos pasajes:

> "La demanda fue admitida por el Consejero sustanciador porque consideró que había sido bien presentada, o bien porque no

tuvo en cuenta el detalle de la presentación, y el juicio siguió su curso regular hasta que por auto de fecha 11 de los corrientes se hizo la citación para sentencia.

"Pero ocurre que con posterioridad a la admisión de esta demanda el Consejo ha rechazado otras demandas electorales, con fundamento en la irregularidad de la presentación ante autoridades distintas de las que señala el artículo 125 del Código Contencioso Administrativo, que dice:

'Toda demanda deberá ser presentada personalmente ante el Secretario del Tribunal correspondiente; pero si el demandante no reside en el mismo lugar del asiento del Tribunal, la presentará al Juzgado de mayor categoría del lugar....'

"Ha entendido el Consejo que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y los Administrativos no están comprendidos en la denominación especial de Juzgado, y que, por consiguiente, la presentación ante ellos de una demanda dirigida al Consejo de Estado, no satisface el requisito de los artículos 125 y 212 del Código citado. Y en providencia de fecha 4 del mes en curso, referente a la demanda del señor Tobías Monroy, agregó:

'En asuntos electorales, desde la Ley 85 de 1916 está determinado cuál es el Juez de mayor categoría del lugar, pues en el artículo 190 se establecía que el escrito de demanda debía presentarse ante el Juez de mayor categoría del Distrito, en lo Civil, aclarándose en el parágrafo 1º que en los lugares donde hubiera dos o más Jueces de Circuito o Municipales en lo Civil debía entenderse que la ley se refería al que llevara el número primero (1º).'

"Esta disposición, en relación con las ya analizadas, deja ver perfectamente claro que las únicas entidades donde está obligado a presentar la demanda electoral el demandante que no reside en el lugar de asiento del Tribunal que debe conocer del juicio son los Jueces Civiles, que cuando hay en un Municipio Jueces de varias categorías, que no son otras sino las de Circuito y Municipales, la presentación debe hacerse ante el de mayor categoría, que es el de Circuito, y el número 1º si hay varios Jueces del ramo."

Por consiguiente, como la demanda de los doctores Guerrero Enríquez y Rosero, de un lado, y la del doctor Max Chaves, de otro, no fueron presentadas ante la autoridad que la doctrina aquí invocada ha señalado, deben excluirse de la decisión de fondo.

Sentado lo anterior procede el examen de las otras dos, teniendo en cuenta que ellas coinciden en varios puntos principales.

Demanda del doctor Guillermo Peñaranda Arenas.

Por medio de ella se hacen las siguientes peticiones:

Primera. La rectificación de los escrutinios verificados por el Consejo Electoral de Nariño, del 16 al 18 de abril del año en curso, correspondiente a las elecciones que para elegir Diputados y Representantes tuvieron lugar el 18 de marzo último, para que en uno nuevo, que debe practicar el Consejo de Estado, se computen los votos de los Jurados Electorales de Tumaco, Iscuandé y Mosquera, dejando así sin validez las proposiciones que precedieron al no cómputo de los votos emitidos en esos Municipios;

Segunda. Que se cancelen las credenciales de quienes puedan resultar afectados con el cómputo de los nuevos votos y se expidan aquéllas a quienes pudieran resultar favorecidos.

Como hechos de su demanda el actor se limitó a transcribir la parte pertinente del acta de escrutinio verificado por el Consejo Electoral de Nariño, en su sesión del dia 18 de abril, referente a Representantes al Congreso Nacional, que dice:

"Al estudiar los pliegos correspondientes a las elecciones verificadas en el Municipio de Tumaco, el Consejo consideró la siguiente Resolución, número 6:

'El Consejo Electoral de Nariño, en uso de sus atribuciones legales, y *considerando:*

'1. Que de acuerdo con las peticiones formuladas por algunos interesados como candidatos a la Representación, los pliegos del escrutinio del Municipio de Tumaco se hallan tachados de apocrifos o falsos;

'2. Que, efectivamente, constatados los documentos allegados, verdaderamente resultan tales pliegos sin las firmas del Presidente y demás miembros del Jurado Electoral en las respectivas cubiertas, como lo ordena el artículo 144 del Código de Elecciones;

'3. Que, según constancia de los miembros claveros, dichos pliegos fueron entregados por un individuo particular mandado de Tumaco; que de conformidad con los censos oficiales de votación en cada mesa copó ese censo; que, según varias declaraciones presentadas, en varios Corregimientos se arrebataron las urnas, no hicieron escrutinios y luégo aparecieron pliegos debidamente elaborados previamente;

'4. Que del informe rendido por el señor Juez de Instrucción, doctor Jorge Ruano, en la investigación administrativa ordenada adelantar por la Gobernación del Departamento, también aparece que se perpetuaron (sic) graves fraudes en el expresado Municipio de Tumaco;

'5. Que, revisados los pliegos escrutados en el Municipio de Iscuandé, se encontró que en las mesas de votación números 5, 6 y 7 han sufragado con exceso al censo electoral de cada mesa; que, según el artículo 18 de la Ley 41 de 1942, en cada mesa no pueden votar más de 250 ciudadanos, anomalía e irregularidad que hace apócrifos los registros de esas mesas;

'6. Que, al revisar los escrutinios de la mesa de votación del Municipio de Mosquera, se encontró que en la número 4 sufragaron 261 personas, cuando el censo electoral para esa mesa no era sino de 250, por virtud del mismo artículo 18 de la Ley 41 expresada;

'7. Que de acuerdo con los artículos 198 y 196 del Código de Elecciones (Ley 167 de 1641), todo ciudadano tiene facultad para solicitar la nulidad o la abstención del escrutamiento (sic) de los pliegos eleccionarios cuando aparezcan apócrifos o falsos, o cuando los elementos que constituyen el escrutinio también lo sean;

'8. Y que los señores Delegados del Presidente de la República, doctores Miguel Angel Alvarez y Jorge Buendía N., también conceptúan en la misma forma, por constancia escrita que se inserta en el acta del presente escrutinio general, *resuelve:*

'Primero. Abstenerse de computar y escrutar los pliegos de escrutinio verificado por el Jurado Electoral del Municipio de Tumaco.

'Segundo. Abstenerse de computar los votos emitidos en las mesas de votación números 5, 6 y 7 de la población de Iscuandé.

"Tercero. Abstenerse de imputar y computar los 261 votos escrutados en la mesa de votación número 4 de la población de Mosquera....'

'Inclúyase en el acta la presente Resolución y cúmplase....'"

Aunque la petición primera de la demanda habla de la rectificación de los escrutinios "para que en uno nuevo que debe practicar el Consejo de Estado se computen los votos de los Jurados Electorales de Tumaco, Iscuandé y Mosquera"; como en el documento que se acaba de transcribir, acogido por el demándante como relación de hechos de su libelo, sólo se mencionan las mesas de votación números 5, 6 y 7, respecto a Iscuandé, y la número 4, respecto a Mosquera, hay que entender que a tales Jurados se circunscribe la demanda en esa parte.

Conviene desde ahora fijar el alcance de la Resolución del Consejo Electoral de Nariño aquí reproducida, por cuanto la parte impugnadora alega que por medio de ella no se anuló el registro del Jurado Electoral de Tumaco, sino que su solución fue la de abstenerse de considerar y computar ese registro.

Para el Consejo de Estado, apreciada dicha Resolución por sus efectos, es evidente que, en el presente caso, se han producido los mismos, ya en forma de anulación del registro, ora en la de abstención de computarlo. Porque si el Consejo Electoral se abstuvo de hacer el cómputo, por los motivos que expresa en sus considerandos, no hizo otra cosa que declarar la invalidez del registro en cuestión, reputarlo como inexistente, con exposición de causas. Otra cosa sería si la falta de cómputo obedeciera a descuido, inadvertencia u omisión involuntaria, porque entonces mal podría decirse que hubiera declaración alguna. Pero cuando, como en el evento de autos, existe una Resolución adoptada previa exposición de motivos, es claro que las consecuencias de ese acto, sea por abstención de computar o por declaración de nulidad, se identifican.

Contribuye poderosamente a robustecer el anterior concepto el hecho de que la Resolución en referencia, en sus considerandos, les atribuye a los pliegos materia de ella, la calidad de apócrifos o falsos, y como estos caracteres sólo los tiene en cuenta la ley electoral para sancionar con la nulidad los documentos que adolezcan de ellos, síguese que el Consejo Electoral de Nariño, al abstenerse de computar los pliegos de que se trata, quiso, en el fondo, declararlos nulos (artículo 196, Ley 167 de 1941).

Reafirma más, si cabe, esta conclusión, el considerando número 7 de la Resolución en análisis, que dice:

"Que de acuerdo con los artículos 198 y 196 del Código de Elecciones (Ley 167 de 1941), todo ciudadano tiene facultad para solicitr la nulidad o la abstención del escrutamiento (sic) de los pliegos eleccionarios cuando aparezcan apócrifos o falsos, o cuando los elementos que constituyen el escrutinio también lo sean."

Es decir, que para el Consejo Electoral de Nariño una u otra determinación —nulidad o abstención de cómputo— llevaba al mismo resultado, tenía igual significación jurídica, toda vez que le asigna las mismas causas.

Pero aun suponiendo que anulación y abstención de cómputos fueran figuras de efectos jurídicos distintos —que no lo son, según se ha visto—, es lo cierto que en el escrutinio no se tuvieron en cuenta los registros de Tumaco ni los de tres Jurados de Votación de Iscuandé y uno de Mosquera, por Resolución motivada del Consejo Electoral de Nariño, y este acto de omisión es el que se ha demandado para que en el evento de que no fuere válido, sea rectificado aquél.

Sentado lo anterior, se procede a examinar las razones aducidas por el Consejo Electoral para obrar como queda expresado, a fin de saber si su determinación está o nó ajustada a las normas legales que rigen la materia y a las atribuciones que ellas mismas le confieren a dicha entidad.

Municipio de Tumaco.

El Consejo Electoral halló procedentes los cargos de apócrifos o falsos formulados por algunos candidatos a la Representación, respecto de los pliegos de este Municipio, por varias razones, a saber:

a) Que las cubiertas de dichos pliegos no tenían las firmas del Presidente y demás miembros del Jurado Electoral, como lo ordena el artículo 144 (debió citarse el 141) del Código de Elecciones.

Se observa: Es un principio de derecho universal que las disposiciones legales que establecen causas de nulidad en los actos jurídicos son de interpretación estricta. Por tanto, han de entenderse sólo dentro de sus precisas prescripciones, sin que sean aplicables a casos o materias semejantes, esto es, que no admiten ni siquiera extensión por analogía. Vale decir que no toda irregularidad en dichos actos acarrea su nulidad, sino únicamente aquellas que estén así sancionadas.

Pero cuando las irregularidades impliquen falsedad o amparen elementos apócrifos caen bajo la sanción general de nulidad que establece el ordinal 2º del artículo 196 del Código Contencioso Administrativo, que dice:

> "Los registros de toda corporación electoral serán nulos por las siguientes causas:
>
> "..... ....
>
> "2ª Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación."

En consecuencia, las irregularidades que ahora se consideran y las demás que adelante se estudiarán deben analizarse bajo el predominio de este criterio, cuya aplicación corresponde exclusivamente a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Las nulidades que pueden declarar las corporaciones escrutadoras son de cuatro categorías:

1. Nulidades referentes a exceso de votación, en relación con el número de sufragantes hábiles para la respectiva elección;
2. Alteración manifiesta en que aparezca ostensible que los registros han sufrido modificaciones sustanciales en lo escrito, después de firmados por la corporación que los expidió;
3. Errores aritméticos, y
4. Registros que evidentemente o indudablemente aparezcan como apócrifos o falsos.

Este contenido de la ley muestra que el legislador tuvo en cuenta las dificultades que existen para separar rígidamente el hecho del derecho, y tuvo que recurrir al concepto de lo apócrifo y lo falso, el cual se relaciona con lo incierto o lo contrario a la verdad y entraña, por consiguien-

te, una apreciación subjetiva que se roza con las aplicaciones del derecho.

Por esta razón la ley empleó términos que implican cierta apreciación de medida como los vocablos "evidentemente o indudablemente".

Cuando el registro aparezca como falso, de manera ostensible, la nulidad puede ser decretada por las corporaciones escrutadoras. Pero cuando esa falsedad no sea ostensible, no sea evidente, la nulidad no podrá ser decretada sino previo un estudio jurídico por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Todo esto conduce a pensar que en estas materias es necesario cada caso concreto en su conjunto para apreciar y medir el grado de evidencia que puede tener la falsedad que se imputa.

Esta limitación de la facultad de las corporaciones electorales para decretar nulidades ha sido reafirmada por el Consejo de Estado en varios fallos, y recientemente en el relativo a la demanda de nulidad de los escrutinios verificados por el Consejo Electoral del Departamento del Valle, en la cual, con fecha 20 de noviembre de 1945, se dijo:

> "La regla general es que las corporaciones escrutadoras no pueden declarar nulidades, y así debe ser, porque decretar una nulidad entraña un acto de administración de justicia, para lo cual están instituídos ciertos y determinados Tribunales, que tienen esta función con carácter permanente. Sólo por excepción, y las excepciones son de estricta interpretación, conforme a un principio de derecho universal, las corporaciones escrutadoras pueden decretar algunas nulidades. En ocasiones es difícil delimitar la cuestión de hecho de la cuestión de derecho, dado que todo derecho descansa o surge de un hecho. Cuando la relación entre derecho y hecho es directa e inmediata, se dificulta separar el uno del otro. El hecho tiende a confundirse con el derecho y basta la enunciación del primero para que brille el segundo. Pero en otros casos la relación no es directa e inmediata, sino mediata e indirecta, y en ellos la diferenciación aparece ostensible y se aprecia sin dificultad."

Asímismo, el Consejo ha sostenido que con motivo de estas demandas de nulidad de escrutinios sus facultades para administrar justicia comprenden el examen de todo el proceso electoral con base en lo que se haya probado y alegado en el expediente, de tal manera que cuando las corporaciones electorales rebasen el radio de acción que les da la ley, los Tribunales de lo Contencioso Administrativo pueden insistir dentro de sus propias atribuciones legales en decretar las nulidades de registros y actas que estén aprobadas.

Con base en estas tesis se procederá a examinar en el caso del Municipio de Tumaco los siguientes aspectos que se presentan:

1º *Elevada proporción de votantes.*
2º *Falta de fecha del acta de escrutinio.*
3º *Irregularidades en el envío a su destino de las actas del escrutinio del Jurado Electoral de Tumaco.*

I

Elevada proporción de votantes.

Los elementos constitutivos de las votaciones y de los escrutinios deben examinarse doblemente. Conviene primero hacer un análisis aislado de cada uno de ellos para luégo examinarlos en su conjunto y en

su recíproca relación de unos con otros. Este método permite establecer la veracidad o la falsedad del acta de escrutinio y todos los elementos relativos a las votaciones. Con el propósito de examinar el caso de las elecciones de Tumaco con una visión de conjunto conviene destacar desde ahora la proporción del total de votos hábiles en el día de la elección.

Sobre la base de las cifras de la Contraloría General de la República se tiene lo siguiente: en las elecciones de marzo de 1945 votaron en todo el país 875.679 personas, sobre un total de 2.278.502 electores hábiles, o sea que de cada cien electores hábiles votaron solamente treinta y ocho. En el Departamento de Nariño el número de electores hábiles en el día de elecciones era de ciento quince mil doscientos sesenta y ocho (115.268), de los cuales sufragaron cuarenta y un mil novecientos sesenta y cinco (41.965), lo que representa un porcentaje de 36.41 de sufragantes sobre el número de electores hábiles. En cambio, en el Municipio de Tumaco se tiene que sobre 10.189 electores hábiles, los votos emitidos fueron de 7.916, lo que da un elevadísimo porcentaje de 80% de votantes, muy extraño en Colombia en elecciones pulcras.

II

Falta de fecha en el acta del escrutinio del Jurado Electoral y otras irregularidades.

La ley, como garantía de autenticidad y con el propósito de evitar alteraciones en los pliegos, ha dispuesto que cuando éstos han de remitirse de un lugar a otro se llenen determinados requisitos. A propósito, el artículo 144 de la Ley 85 de 1916 dispone:

> "Los pliegos que han de remitirse a otro Municipio serán puestos en el correo por el Presidente y el Secretario del Jurado seis horas después, cuando más tarde, de concluído el escrutinio, para lo cual el Administrador de Correos permanecerá en la oficina hasta recibirlos. Si no hubiere Oficina de Correos, se entregarán los pliegos al Alcalde para que éste, tomando las precauciones del caso para evitar su extravío, los mande con expreso, a costa del Tesoro Departamental, a la Oficina de Correos más próxima que haya en la respectiva vía."

Pues bien: En el caso de autos se pretermitieron todos estos requisitos de seguridad. Y si a todo esto se suma que el acta de los escrutinios verificados por el Jurado Electoral de Tumaco carece de fecha, fuerza es concluir que los referidos pliegos y la correspondiente acta de escrutinios no pueden considerarse como documentos auténticos. De otro lado, por disposición expresa de la ley, los escrutinios deben verificarse a la hora y en los días señalados, y mal puede afirmarse que los escrutinios de Tumaco se llevaron a cabo en la fecha en que han debido verificarse, cuando el acta misma carece de fecha. Al respecto el artículo 134 de la Ley 85 de 1916 dice perentoriamente:

> "El jueves siguiente al de las votaciones, a las doce del día, se reunirá el Jurado Electoral después de anunciarlo por medio de tres redobles de tambor, y procederá a verificar públicamente el escrutinio, en sesión permanente, nombrando al efecto tres escrutadores por mayoría relativa de votos, los cuales pueden ser miembros del Jurado, o ciudadanos extraños, de buena reputación, que sepan leer y escribir."

Refuerza todo lo anterior lo afirmado sobre las calidades de apócrifos y falsos de los pliegos en cuestión, por el Consejo Electoral de Nariño en el acta respectiva, sin que las irregularidades de que se trata (remisión por conducto no autorizado por la ley, demora en hacerla por dos semanas y falta de la fecha del acta del Jurado Electoral de Tumaco) hayan sido desvirtuadas con pruebas aducidas por los actores, circunstancia que ampara con la presunción de veracidad aquellas afirmaciones.

Es evidente que las informalidades en referencia, si se las considera aisladamente, cada una por si sola, no induce nulidad, y el Consejo de Estado ha sido constante en esta apreciación; pero no es menos cierto que cuando concurren indicios en número plural y son graves, precisos y concordantes, pueden constituir plena prueba, de la misma manera que tales informalidades, con las características mencionadas, la pueden constituir del fraude, por la falsedad de los elementos que sirvieron para la formación de los registros.

Sentado lo anterior, como consideraciones de carácter general, conviene hacer algunas observaciones especiales relativas a las elecciones en el Corregimiento de Córdoba. Existen dos registros contradictorios entre si y firmados por las mismas personas como miembros del Jurado de Votación, de suerte que uno de los dos, al menos, tiene que ser falso necesariamente; como no se sabe cuál, lo indicado era prescindir de ambos.

Las discrepancias más notables en el contenido de los dos pliegos son: En uno figuran Humberto Quiñones y Juan Valverde como miembros principales, y en el otro como suplentes del mismo Jurado; en uno se relacionan tres miembros principales y dos suplentes solamente (los señores Humberto Quiñones y Juan Valverde), y en el otro cinco principales y cinco suplentes; en el que sólo figuran tres principales y dos suplentes, el resultado aparece ser de ciento cincuenta y seis votos por la lista encabezada por el doctor Manuel Benitez D., y de veinticuatro por la lista encabezada por el doctor Adriano Cortés, o sea un total de ciento ochenta votos, al paso que en el otro registro aparecen únicamente cien votos cabales por la lista encabezada por el doctor Manuel Benitez D.

Hay, pues, según queda expresado, una evidente falsedad en la relación contenida en uno de los dos pliegos mencionados o en ambos, y por esa razón habrá de ordenarse que se expida copia de lo conducente para enviarla a la autoridad que corresponda, como lo prevé el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, para los efectos allí indicados. Y como tal parece, *prima facie*, que en la formación de los registros de diversos Jurados de Votación, unos de la ciudad de Tumaco y otros de distintos Corregimientos del mismo Municipio, haya intervenido una misma persona, a juzgar por la extraña semejanza de caracteres caligráficos, cosa físicamente imposible, en atención de las distancias, sin el elemento falsedad, en la investigación que se haga al respecto es preciso averiguar esa significativa circunstancia.

Como por los razonamientos anteriores es preciso sostener la Resolución acusada, en cuanto al Municipio de Tumaco se refiere, procede ahora el estudio de lo relacionado con los Municipios de Iscuandé y Mosquera, pero solamente por sus cifras numéricas, a efecto de ver si los correspondientes registros hacen necesaria o nó la rectificación de los escrutinios, para lo cual se hace el siguiente análisis:

Lista.	Votos computados por el Consejo Electoral.	Votos de la mesas 5, 6 y 7 de Iscuandé.	Votos de Mosquera.	Totales.
Albornoz.	9.395	3	.....	9.398
Cerón..	3.113	.....	.....	3.113
León	3.374	.....	.....	3.374
Puyana	4.763	.....	.....	4.763
Benítez	3.293	1.163	261	4.917
Montenegro	4.146	.....	.....	4.146
Cortés	1.197	.....	34	1.231
Ortega	367	.....	.....	367
Rodríguez	932	.....	.....	932
Pardo	1.736	.....	.....	1.736
	32.316	1.166	295	33.777

Dividido el total de votos, computados los de Iscuandé y Mosquera, ya expresados, o sean 33.777 por 8, o sea el número de Representantes por elegir, da un primer cuociente de 4.222, cuya mitad es 2.111. Como de las listas escrutadas no alcanzan a este medio cuociente las de los señores Cortés, Ortega, Rodríguez y Pardo, se excluyen estos votos, que suman 4.266, y queda un total definitivo de 29.511 votos válidos, que, dividido por 8, da un cuociente de 3.688.

Divididos los votos obtenidos por cada una de las listas, por este segundo cuociente, se obtiene este resultado: A la lista encabezada por Albornoz le corresponden por cuociente dos renglones, con un residuo de 2.019; a la lista encabezada por Puyana, un renglón por cuociente y un residuo de 1.075; a la lista encabezada por Benítez, un renglón por cuociente y un residuo de 1.229; y a la lista encabezada por Montenegro, un renglón por cuociente y un residuo de 458. Como el residuo de Benítez es inferior a los residuos de León, Cerón y Albornoz, como también lo son los otros residuos ya indicados, los tres renglones sobrantes deben ser adjudicados a los mayores residuos, que son los de las listas encabezadas por los nombrados León, Cerón y Albornoz. Resultado exacto al que obtuvo el Consejo Electoral, sin el cómputo de los votos emitidos en las mesas 5, 6 y 7 de Iscuandé y 4 de Mosquera.

El cómputo obtenido demuestra claramente que es inútil e innecesario entrar en el estudio de los problemas de orden jurídico relativos a los expresados Jurados de Votación, para decidir sobre su validez.

Demanda del doctor Alcibíades Narváez.

Pide, por medio de ella, que se hagan las siguientes declaraciones:

Primera. Que es nulo el acto de escrutinio realizado por el Consejo Electoral del Departamento de Nariño, durante los días 16, 17 y 18 de abril de 1945, correspondientes a las elecciones para Representantes verificadas el 18 de marzo próximo anterior, en cuanto se computaron los votos correspondientes a los registros electorales de los Municipios de La Unión y Cumbal, que estaban viciados de nulidad por haberse ejercido violencia contra los Jurados de Votación y contra los sufragantes, para el efecto de poder obtener determinado resultado electoral en perjuicio de la libre expresión de la voluntad ciudadana.

Las peticiones *segunda, tercera y cuarta,* salvo lo referente a los Municipios de La Unión y Cumbal, son, en el fondo, iguales a las formuladas en la demanda del doctor Peñaranda Arenas, y sus fundamentos también coinciden, razón por la cual los razonamientos expuestos ya son pertinentes a propósito de la que ahora se estudia, en cuanto a los puntos de contacto que ofrecen. Sólo resta, por tanto, hacer algunas con-

sideraciones concernientes a las votaciones de aquellos Municipios, y a ello se procede, previa anotación de que se constituyeron partes para impugnar esta demanda los doctores Ulpiano Rueda La Rotta y Aristóbulo Cerón, este último por medio de su apoderado, doctor Sergio Abadía Arango.

Entre los hechos de la demanda se encuentran los señalados con las letras a) y b), relativos a la actuación de Consejeros Electorales interinos por haberse ejercido violencia contra algunos principales y suplentes, pero no se adujeron pruebas capaces de desvirtuar lo que al respecto se hizo constar en el acta de escrutinios practicados por el Consejo Electoral.

La Unión.

Advierte el señor Fiscal de la corporación que no es procedente opinar sobre la legalidad o ilegalidad del cómputo de los votos de dicho Municipio porque examinada cuidadosamente el acta de escrutinio del Consejo Electoral se observa que los pliegos de que se trata no fueron comprendidos en las actividades escrutadoras de la mencionada entidad.

No obstante la anterior observación parece evidente que en el acto en cuestión sólo se hizo referencia especial a los pliegos que habían sido materia de discusiones previas y no a los que se prestaban a un escrutinio normal. Sin embargo, a los de La Unión sí se aludió en la sesión del 16 de abril, para hacer constar que se habían abierto y se dejaban para escrutar en último término. Se presume, por tanto, que los registros de que se habla sí se computaron, pues de no ser así se habría dictado por el Consejo alguna resolución en contrario, como sucedió respecto a los otros Municipios, cuyos registros han sido objeto del presente juicio.

Sentado lo anterior, se considera: Conforme al artículo 195, caso 3º, del Código Contencioso Administrativo, son nulos los registros practicados por los Jurados de Votación en los siguientes casos:

> "Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores, o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o se hayan destruido o perdido éstas por causa de violencia."

Ya se vio que el fundamento de la demanda es precisamente la violencia, en cuanto al Municipio de que se trata y a Cumbal se refiere. Pero examinadas cuidadosamente las pruebas aducidas a este propósito, consistentes en abundante información de testigos, en juicio y extrajuicio, no se encuentra establecido ningún factor de los que pudieran inducir nulidad, según la norma transcrita. Antes bien hay testigos que niegan rotundamente que se hubiera ejercido violencia contra ellos en su carácter de miembros de Jurado de Votación, como los señores Julio César Bolaños, quien manifiesta: "No es verdad que el día domingo a que se refiere la pregunta haya sido yo ultrajado por ningún motivo ni en ninguna forma al tiempo del escrutinio...."; y Luis Guillermo Moreno, que dice, como miembro principal de la mesa de votación número 2: "....Pero en el momento de hacer el escrutinio parcial de los votos emitidos por los ciudadanos, no hubo ni amenazas ni ultrajes contra las personas que componían la mesa."

Apenas si se logró comprobar que entre los sufragantes o presuntos sufragantes, por cuestiones de partidos, se desarrollaron algunos incidentes, como discusiones, amenazas y aun maltratamientos de obra, cosa muy frecuente y hasta explicable en tratándose de debates de esta índole.

Cumbal.

Lo propio puede decirse, como razón de derecho, con relación a este Municipio.

En mérito de todo lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y oído el concepto de su Fiscal,

Falla:

1º Niéganse las peticiones de las demandas formuladas por los doctores Guillermo Peñaranda Arenas y Alcibíades Narváez;

(1) 2º No hay lugar a considerar las demandas suscritas por los doctores Agustín Guerrero Enríquez y Agustín Rosero, conjuntamente, y Max Chaves, y

3º Tómese copia de lo conducente y envíese a la autoridad competente para los efectos de la investigación a que haya lugar, conforme a lo dicho en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Gonzalo Gaitán, Gustavo A. Valbuena, Tulio Enrique Tascón, Jorge Lamus Girón, Carlos Rivadeneira G., Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

(1) Nota del R. En providencia de la Sala de Decisión, de 14 de julio de 1945, que rechazó una demanda electoral con los mismos fundamentos que trae la presente sentencia, salvó voto el Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. Salvamento que se inserta a continuación por ser pertinente.

Salvamento de voto

del honorable Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez, relacionado con la providencia de la Sala de Decisión que decidió el recurso de súplica interpuesto por el doctor Tobías Monroy.

La mayoría del Consejo no estuvo de acuerdo con el proyecto que presenté a la Sala para definir el recurso de súplica interpuesto contra el auto de fecha 14 de julio último, dictado por el Consejero Gonzalo Gaitán, por medio del cual no admitió la demanda sobre nulidad de la elección de Jueces hecha por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, presentada por el citado doctor Monroy ante el Tribunal Administrativo de Tunja y dirigida al Consejo de Estado.

Con el natural respeto por el concepto de la mayoría, procedo a consignar las razones que me llevaron a una conclusión contraria.

Al efecto, dice así el proyecto presentado por el suscrito:

"El rechazo de la demanda se funda en que su presentación fue mal hecha por no haberse aplicado debidamente los artículos 212 y 125 de la Ley 167 de 1941 y el artículo 190 de la Ley 85 de 1916. Tales disposiciones dicen:

'La demanda deberá presentarse en la forma prevenida en el artículo 125. Pero el Juez ante quien se presenta, después de expedir al interesado el recibo de que allí se habla, la mantendrá en su poder, junto con los documentos que la acompañen, y la remitirá al Tribunal correspondiente por el inmediato correo.' (Artículo 212).

'Artículo 125. Toda demanda deberá ser presentada personalmente ante el Secretario del Tribunal correspondiente. Pero si el demandante no reside en el mismo lugar del asiento del Tribunal, la presentará al Juzgado de mayor categoría, debiendo, quien la recibe, poner al pie de ella la constancia de su presentación, y la devolverá al interesado. A éste se le expedirá recibo si así lo exigiere, en el cual se expresará la fecha de la presentación de la demanda, su contenido y una relación de los documentos con que se hubiere acompañado.'

'Artículo 190. Todo ciudadano tiene derecho a pedir, dentro de los cuatro días siguientes al de la votación o escrutinio, que se declare nula una votación o uno o varios registros de escrutinio. Al efecto, presentará por escrito ante el Juez de mayor categoría del Distrito, en lo Civil, el memorial en que funde su demanda, con explicación de los motivos en que la apoya e indicación clara de las pruebas justificativas.'

'Dentro del mismo término y de la misma manera puede reclamar contra cualesquiera de las irregularidades de que trata el artículo 184.'

'Parágrafo 1º En los lugares en que hubiere dos o más Jueces de Circuito o Municipales en lo Civil, se entenderá que la ley se refiere al que lleve el número 1º

'Parágrafo 2º Caso de que la demanda seguida resulte, a juicio del funcionario sentenciador, injusta o notoriamente temeraria, éste impondrá al demandante la pena de multa de veinticinco a cincuenta pesos oro.'

"En el expediente consta que el libelo a que se refiere fue presentado personalmente por el actor ante el Tribunal Administrativo de Tunja; y el Secretario de esa corporación lo remitió al Consejo en la forma ordenada en el artículo 212 transcrito.

"Como se ve del texto del artículo 125, las demandas deben presentarse ante el Juzgado de mayor categoría del lugar, en el caso de que el demandante no resida en el mismo sitio del asiento del Tribunal ante el cual va a tener lugar el juicio; pero el término 'Juzgado' empleado por el legislador no puede interpretarse en el sentido restrictivo de Juez Municipal o de Circuito, sino que con él debe entenderse nombrado al funcionario o corporación de mayor categoría en la Rama Jurisdiccional, con lo cual quede garantizada mejor la presentación de demandas en este delicado renglón electoral.

"Así, pues, existiendo Tribunal Administrativo en la ciudad de Tunja, es claro que la demanda fue bien presentada ante esa corporación, máxime si se tiene en cuenta que se trata de una entidad situada por su misma naturaleza dentro de la misma esfera jurisdiccional del Consejo de Estado, Tribunal que va a conocer de la litis.

"Es cierto que el citado artículo 190 de la Ley 85 de 1916 se refiere expresamente 'al Juez de mayor categoría del Distrito, en lo Civil', pero esta disposición quedó tácitamente sustituida por los artículos nombrados de la Ley 167 de 1941, Capítulo XX. Así se expresa en la última Codificación de disposiciones electorales —Código Electoral revisado por el Ministerio de Gobierno y coordinado y dirigido por el doctor Ramón Rosales—; también señalaba este artículo 190 un término especial de cuatro días para demandar la elección, que lo mismo que las demás disposiciones del artículo quedaron insubsistentes y fueron modificadas, como se dijo, por el citado Capítulo XX de la Ley 167 de 1941.

"En síntesis:

"Las demandas en asuntos electorales deben presentarse, por regla general, ante el Tribunal que va a conocer del juicio, pero si el demandante no reside en el mismo sitio del asiento del Tribunal deben presentarse ante el Juez de mayor categoría, y si en el sitio de residencia del actor funciona Tribunal Administrativo, están bien presentados los respectivos libelos ante dicha corporación o en el Juzgado de Circuito. Tanto más cuanto que los Tribunales Administrativos conocen, por mandato de la ley, de varios juicios referentes a elecciones, tales como la de Diputados a las Asambleas y de Concejeros Municipales, y de los que se promuevan contra los nombramientos hechos por el Gobernador y demás autoridades, funcionarios o corporaciones del orden departamental, municipal o de una Intendencia o Comisaría (artículo 191, Ley 167 de 1941). Y si la ley

otorga competencia a estas entidades para aceptar demandas y fallar esta clase de juicios, no se ve la razón para interpretar el término 'Juzgado de mayor categoría' en el sentido simplista de concluir que los Tribunales Administrativos pueden fallar ciertos juicios electorales, y no pueden ni siquiera aceptar demandas que inicien otros, que van a surtirse ante su superior, el Consejo de Estado, y en cambio sí puedan desempeñar esta última función Jueces comunes que actúan fuera de la órbita de la jurisdicción administrativa."

Por las consideraciones que anteceden soy de parecer que ha debido revocarse el auto materia de la súplica y en su lugar aceptar la demanda, si, de otra parte, reúne los requisitos que exige la ley.

Bogotá, cuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

Guillermo Hernández Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

CONSULTAS

Consejo de Estado—Bogotá, veinticuatro de julio de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Ref.: Consulta formulada por el señor Contralor General de la República y coadyuvada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público).

Por medio de oficio número 8481 del 6 de junio de 1945, el señor Contralor General de la República se dirigió al Consejo de Estado para formular una consulta relacionada con la aplicación a un caso especial del precepto contenido en el artículo 25 de la Ley 42 de 1923, según el cual dicho funcionario debe firmar los bonos y demás documentos de deuda pública emitidos por el Gobierno, requisito indispensable para que esos papeles de crédito tengan valor.

Comoquiera que de conformidad con una jurisprudencia constante del Consejo de Estado las funciones consultivas de esa entidad se limitan estrictamente a resolver aquellas que formule el Gobierno, según interpretación que ha venido dándosele al artículo 24 del Código Contencioso Administrativo y al ordinal 1º del artículo 141 de la actual Codificación Constitucional, el Consejero sustanciador, por medio de auto de 15 de junio de 1945, consideró prudente poner en conocimiento del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público la consulta formulada por el Contralor General de la República con el objeto de que aquel funcionario, dada la importancia del problema debatido, tuviera ocasión, si lo consideraba conveniente, de coadyuvar la consulta para poder ser tramitada por el Consejo de Estado en forma legal.

El señor Ministro de Hacienda, por oficio del 3 de julio de 1945, se dirigió al Consejo de Estado, y en la parte fundamental de su comunicación dijo:

> "Como la consulta sometida a la consideración del alto Tribunal que usted preside, por el Contralor General, es de interés no solamente para este funcionario sino también para el Gobierno, ya que su solución vendría a definir el alcance de disposiciones legales de constante aplicación por parte de los organismos administrativos, muy gustoso coadyuvo la solicitud hecha por el funcionario mencionado, la cual ruego al Consejo resolver de acuerdo con la petición, que ya se halla a su conocimiento."

Cumplido así el requisito de que la consulta fuera formulada por un Ministro del Despacho, se procede a resolverla.

I

Contenido de la consulta.

La consulta del señor Contralor, coadyuvada por el Ministro de Hacienda, plantea un punto jurídico que tiene su origen en la situación de hecho relatada en el memorial correspondiente, así:

"En las ciudades de Bogotá y Medellín, en los días 30 de octubre de 1943 y 25 de los mismos mes y año, se firmó un contrato entre los señores Carlos Lleras Restrepo, Hernán Echavarría Olózaga, en sus calidades de Ministros de Hacienda y Obras Públicas, y el señor Gabriel Hernández, sobre construcción de un sector de carretera comprendido entre Caldas y Amagá; en la cláusula vigésimasegunda del contrato en cuestión se dice que el pago de los trayectos de carretera concluídos se verificará por medio de pagarés a cuatro años de vencimiento y con interés del cuatro por ciento anual. En otros términos: se contrata un empréstito, desde luégo que el contratista se obliga a suministrar el dinero necesario para la obra y la Nación a pagar, en el futuro, el dinero que recibe en préstamo. El contrato corre publicado en el *Diario Oficial* número 25561 de 5 de junio de 1944.

"El día 10 de mayo de 1944 el Consejo de Estado emitió concepto favorable al contrato, y en desarrollo de él el Gobierno ha emitido los pagarés números 3 y 4, por valor de $ 43.401.20 y $ 10.574.76, respectivamente, que hasta ahora me he abstenido de firmar en espera de la opinión autorizada del honorable Consejo de Estado."

II

Términos de la consulta.

Con base en la anterior situación de hecho, el señor Contralor formula la consulta en los siguientes términos:

"De conformidad con el artículo 25 de la Ley 42 de 1923, el Contralor General debe firmar los bonos y demás documentos de deuda pública emitidos por el Gobierno, y sin este requisito los papeles de crédito carecen de valor, conforme al mismo precepto.

"Formulo a continuación la pregunta materia de esta consulta, y luégo me ocuparé de explicar el caso concreto:

"¿Debe el Contralor firmar los documentos de deuda pública, aun cuando tenga la certeza de que han sido emitidos violando las leyes, por no existir autorización del Congreso para contratar empréstitos?"

III

Bases legales del contrato.

Por medio de la Ley 88 de 1931 se adoptó un plan general de carreteras nacionales, dentro del cual quedó comprendido el trayecto Caldas-Amagá. La misma Ley indicó los procedimientos por medio de los cuales podría llevarse a la práctica el desarrollo de dicho plan, y, en consecuencia, dispuso en sus artículos 15 y 16 lo siguiente:

"Artículo 15. El Gobierno queda autorizado para llevar a cabo la construcción y el sostenimiento de las carreteras de la red nacional establecidas por esta Ley, por administración directa o por contrato, con personas naturales o jurídicas, como lo juzgue más conveniente.

"Artículo 16. Queda también autorizado el Gobierno para aceptar de los Departamentos los empréstitos que éstos quieran hacerle con destino a la construcción o al sostenimiento de carreteras de la red nacional."

De conformidad con los artículos anteriores, el Gobierno tiene la facultad de escoger entre el sistema de administración directa y el sistema de contrato con personas naturales o jurídicas para realizar las obras a que se refiere el plan de carreteras nacionales.

Comoquiera que el artículo 8º de la misma Ley dice que "para atender a los gastos que demande la construcción de la red de carreteras nacionales el Congreso apropiará anualmente en los Presupuestos la partida global que crea conveniente, ya sea de fondos comunes o extraordinarios", debe entonces entenderse que la Administración, mediante contrato, requiere previamente que en el Presupuesto se hayan incluido las partidas necesarias para los gastos que fueren del caso. En el fondo este artículo no hace otra cosa que reafirmar el precepto contenido en el artículo 206 de la Constitución, que prohibe hacer erogación del Tesoro que no se halle incluída en el Presupuesto de Gastos. Se trata de una norma general de la ciencia de las finanzas, que hace de la inclusión en el Presupuesto un requisito indispensable y forzoso para que pueda hacerse cualquier gasto público.

En consecuencia, el artículo 15 de la Ley 88 de 1931 no entraña una autorización al Gobierno para contratar empréstitos con destino al desarrollo del plan de carreteras. Se trata simplemente de la posibilidad de contratar la construcción de algunos sectores, pero a condición de que en el Presupuesto de Gastos, de acuerdo con normas generales de finanzas, incorporadas en nuestra Constitución y en la ley orgánica del Presupuesto, se halle incluída la partida necesaria para ese gasto. Tanto es así, que a fin de que el Gobierno pudiera aceptar empréstitos de los Departamentos con destino a la ley de carreteras de la red nacional fue necesario que el artículo 16 de la Ley 88 de 1931 lo dijera expresamente.

Ahora bien: El contrato con el señor Gabriel Hernández tiene dos aspectos. El uno determina las obligaciones recíprocas de las partes sobre la base de que el señor Hernández será el constructor contratista del sector de la carretera comprendido entre Caldas y Amagá. A este respecto el Gobierno tiene autorización para contratar esa construcción con personas naturales o jurídicas, como lo dice claramente el artículo 15 de la Ley precitada. Pero, además, el contrato contempla la emisión de pagarés por parte del Gobierno, a fin de garantizarle al señor Hernández el pago de los fondos que él adelantará para la construcción de dicho sector de carreteras. Bajo un solo texto se comprenden jurídicamente dos contratos distintos: el uno implica una especie de contrato de obra, o, más propiamente un contrato administrativo por medio del cual el Estado encarga a un particular la construcción de una obra pública en lugar de ejecutarla directamente. En segundo lugar, se trata de un contrato por medio del cual el señor Gabriel Hernández va a adelantar dineros para la construcción de esas obras, puesto que no hay partida destinada en el Presupuesto con tal fin.

De conformidad con nuestra organización constitucional, corresponde al Congreso, por medio de leyes, conceder autorizaciones al Gobierno para contratar empréstitos, de conformidad con lo prescrito por el ordinal 11 del artículo 76 de la Constitución Nacional. En el caso presente se observa que a excepción de la facultad de aceptar los empréstitos que le ofrezcan los Departamentos al Gobierno Nacional para la cons-

trucción de las carreteras del plan respectivo, no existe ninguna otra disposición que autorice la contratación de empréstitos bajo cualquier forma, destinados a realizar las obras de la red de vías carreteables.

IV

Situación jurídica actual.

Comoquiera que el contrato del Gobierno Nacional con el señor Gabriel Hernández fue declarado legal por el Consejo de Estado, es el caso de dar aplicación a los artículos 248 y 253 de la Ley 167 de 1941, según los cuales la aprobación impartida por el Consejo de Estado lo hace firme y exento de toda controversia jurisdiccional sobre las autorizaciones que el Gobierno pueda tener para realizarlo.

Dichos artículos dicen así:

> "Artículo 248. La aprobación impartida al contrato lo hace firme. La decisión del Consejo en que se abstiene de aprobar un contrato es obligatoria para las partes. En consecuencia, el Gobierno y la otra u otras partes contratantes deben, para alcanzar la firmeza del contrato, adoptar las reformas indicadas por el Consejo.
>
> "Si esta reforma no se obtiene, el contrato no puede considerarse firme sino mediante aprobación del Congreso."
>
> "Artículo 253. El dictamen del Consejo que declara autorizado al Gobierno para celebrar un contrato no es susceptible de controversia jurisdiccional. Por consiguiente, no podrá alegarse falta de autorización si el Consejo ha dictaminado que existe, en juicio en que se impugne la validez o efectos del contrato, o para abstenerse de cumplir alguna de sus estipulaciones."

Estas disposiciones tienen por objeto darles estabilidad a los vínculos contractuales que se establezcan entre la Administración y los particulares. Podría decirse que la declaración del Consejo sobre la concordancia del contrato con la ley tiene efectos similares al registro de los contratos que celebran los ciudadanos particulares. De manera que la declaración del Consejo hace tránsito a cosa juzgada en lo relativo a la existencia de autorizaciones legales para celebrar el contrato, sin que ningún Tribunal distinto de él pueda venir a fallar respecto a esta cuestión administrativa, que es de su privativa competencia.

Los artículos citados y los anteriores razonamientos conducen a la conclusión de que el señor Contralor debe firmar los pagarés emitidos en cumplimiento del contrato a que se ha hecho referencia.

V

Consideraciones generales.

En principio, el procedimiento de construir obras autorizadas por la ley, mediante la emisión de pagarés que aumentan la deuda pública interna debe ser condenado cuando no exista autorización expresa para tal fin.

Semejante procedimiento viola dos principios fundamentales de nuestra organización financiera:

1º Viola la regla de la unidad presupuestal, según la cual todos los gastos públicos deben figurar previamente en el Presupuesto de egresos.

Reglas financieras generales acogidas en nuestra Carta Constitucional han establecido firmemente el principio de que el Presupuesto debe reflejar íntegramente y totalmente el movimiento de fondos de la Administración Pública.

2º Viola el principio constitucional según el cual corresponde privativamente al Congreso dar autorizaciones para contratar empréstitos. Constituye un principio general de finanzas el precepto de que sólo con autorización del Parlamento se puede crear deuda pública como consecuencia de otra norma general, según la cual sólo el Congreso puede decretar impuestos. Dicen los tratadistas de ciencia financiera que el empréstito es un impuesto diferido porque tarde o temprano el Estado deberá cancelarlo con fondos provenientes de los pagos que hagan al Fisco Nacional las generaciones futuras. Ni impuestos ni empréstitos pueden crearse o contratarse sin una autorización expresa del Parlamento, que tradicionalmente ha tenido en todos los países civilizados modernos el control total de estos dos aspectos de las finanzas públicas.

En nuestro país ha venido intensificándose una tendencia hacia la emisión de pagarés para sufragar la construcción de obras públicas contratadas por los particulares, sin que previamente exista partida presupuestal para esas erogaciones. Se ha pensado que en realidad ese contrato es una promesa que hace la Administración de que las partidas serán incluídas en el Presupuesto en las vigencias correspondientes al vencimiento de esos pagarés. Este procedimiento se ha utilizado con provecho en el desarrollo de algunas obras públicas, especialmente en el ramo de carreteras. Pero sería peligroso dejar la posibilidad de que sin una autorización expresa de la ley se puedan extender ilimitadamente obligaciones contra el Estado con posibilidad de llegar a cifras cuantiosas, que pusieran en grave peligro el equilibrio financiero del país en las vigencias futuras.

Sería aconsejable que se expidiera una ley que normalizara este procedimiento, pero sometiéndolo a cifras limitadas que guarden proporción con las facultades del Fisco Nacional, a fin de evitar que la imprudencia en un momento determinado pueda llevar a constituir contra el Estado obligaciones de pagos futuros superiores a sus posibilidades financieras.

A pesar de las consideraciones generales anteriores existe la situación jurídica anotada antes, de que la aprobación impartida por el Consejo de Estado al contrato motivo de esta consulta lo ha hecho firme, dejándolo solamente susceptible del vicio de nulidad absoluta, que pudiere tener en caso de aplicación del artículo 11 del Decreto 911 de 1932.

En virtud de las consideraciones anteriores, vuestra comisión os propone:

"Dígase al señor Contralor de la República, en respuesta a la consulta que formuló y que el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público coadyuvó, que en concepto del Consejo de Estado debe firmar los pagarés emitidos en desarrollo del contrato celebrado entre los Ministros de Hacienda y Obras Públicas y el señor Gabriel Hernández, sobre construcción de un sector de carretera comprendido entre Caldas y Amagá."

Julio 31 de 1945.

Vuestra comisión,

Guillermo Hernández Rodríguez

El Presidente, *Gonzalo Gaitán*—El Secretario, *Luis E. García V.*

Honorables Consejeros:

Por medio de oficio distinguido con el número 009837, de fecha 30 de julio último, el señor Ministro de Guerra ha formulado la siguiente consulta, en relación con el derecho de cesantía que pueden tener los empleados y obreros del ramo de Guerra, según el artículo 58 de la Ley 2ª de 1945:

> "El ordinal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 crea el auxilio de cesantía para los empleados y obreros nacionales. Este mismo artículo reglamenta la forma de su liquidación, que comprende los servicios prestados con posterioridad al 1º de enero de 1942. Para su aplicación se debe entender que la retroactividad establecida por la ley favorece a los empleados y obreros nacionales que han sido retirados del servicio antes de su vigencia, por servicios prestados con posterioridad al 1º de enero de 1942, o si tal liquidación solamente se refiere a los que estuvieran en servicio en el momento de expedirse dicha Ley."

Para absolverla se considera:

Es principio fundamental de la legislación la irretroactividad de las leyes. En virtud de él, una ley no puede desconocer ni vulnerar derechos adquiridos al amparo de una legislación anterior. De la misma manera, las leyes que reconocen derechos, a menos que expresamente dispongan lo contrario, no tienen efecto retroactivo; es decir, su aplicación no tiene lugar respecto de hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia; su eficacia mira hacia el futuro.

En el caso sometido a la consulta que se estudia, la Ley 2ª de 1945 —artículo 58— establece:

> "Los empleados civiles del ramo de Guerra tendrán derecho a las siguientes prestaciones sociales:
>
> "..... ....
>
> "d) Un auxilio de cesantía, de acuerdo con las disposiciones vigentes sobre la materia para los empleados nacionales, y las que las adicionen o reformen...."

Lo primero que se advierte de la lectura de la disposición transcrita es que el auxilio de cesantía se establece para los empleados; es decir, para aquellas personas que estén desempeñando un empleo en el momento en que la ley éntre en vigor. De lo contrario, el legislador habría tenido que referirse, además, a los que hubieran sido empleados, para que en esta forma pudieran quedar comprendidas aquellas personas que habiendo sido empleados con anterioridad a la expedición de la ley, ya no tenían ese carácter cuando ésta entró a regir. El hecho de que la ley contemple el cómputo de servicios anteriores a su vigencia es cosa distinta. La condición esencial para tener el derecho al auxilio de cesantía es tener el carácter de empleado dentro de la vigencia de la ley que otorga el derecho; el cómputo de servicios prestados con anterioridad es apenas accesorio y por eso no puede por sí solo generar el derecho.

En consonancia con lo dicho, el inciso 1º y el ordinal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, que establecen: "Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se ten-

drá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1º de enero de 1942....", deben ser interpretados con el mismo criterio, es decir, aquellas personas que estaban desempeñando funciones de empleados u obreros en las condiciones que establece la disposición, en el momento de entrar a regir la ley, tienen derecho al auxilio de cesantía y a que se les puedan computar servicios prestados con posterioridad al 1º de enero de 1942. Pero no tienen el derecho los que habiendo sido empleados u obreros con anterioridad, al entrar en vigor la ley ya no tenían ese carácter.

En síntesis: para tener derecho al auxilio de cesantía de que hablan los artículos 58, ordinal d), de la Ley 2ª de 1945, y 17, ordinal a), de la Ley 6ª del mismo año, es preciso haber tenido el carácter de empleado u obrero en el momento de entrar a regir dichas disposiciones.

En tal virtud, tengo el honor de proponeros:

"En respuesta a la consulta formulada por el señor Ministro de Guerra, en su oficio número 009837 de 30 de julio postrero, transcríbasele el anterior informe."

Bogotá, agosto 10 de 1945.

Honorables Consejeros,

Gonzalo Gaitán

El Presidente, *Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V.*, Secretario.

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

Por medio del oficio número 18019 de 3 de agosto de 1945, el señor Ministro de Obras Públicas se dirigió al Consejo de Estado para formular una consulta relacionada con la aplicación que deba dárseles a las disposiciones orgánicas relativas a la organización de la Caja de Sueldos de Retiro de los Ingenieros, frente al nuevo Decreto 1600 de 1945, que, con base en la Ley 6ª de 1945, organizó la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales.

I

Contenido de la consulta.

"En uso de la autorización conferida por el artículo 12 de la Ley 94 de 1937, el Gobierno Nacional, por Decreto 1910 de 1942, organizó la Caja de Sueldos de Retiro de los Ingenieros, Decreto que posteriormente fue modificado por el Decreto 1304 de 1945.

"Con destino a dicha Caja venían efectuándose descuentos a todos los ingenieros matriculados, conforme a la Ley 94 de 1937, que venían prestando sus servicios a la Nación en los dis-

tintos Ministerios, y también se venían haciendo los reconocimientos del caso a ingenieros de los distintos Ministerios, reconocimientos que en su oportunidad fueron revisados por ese honorable Consejo y hallados conforme a la ley.

"Posteriormente, y con ocasión de la expedición de la Ley 6ª de 1945 y la organización de la Caja de Previsión Social, creada por Decreto 1600 de 1945, se han presentado por parte de varios Ministerios dudas sobre cuáles son los ingenieros que deben pertenecer a la Caja de Sueldos de Retiro de los Ingenieros y cuáles a la Caja de Previsión Social.

"A fin de resolver este punto en forma definitiva considero que la entidad que puede dar su concepto en forma tal que no se preste a discusión, es ese honorable Consejo, por lo cual paso a relacionarle los ingenieros que trabajan al servicio de la Nación y sobre los cuales hay duda de a cuál de las dos Cajas, si la de Sueldos de Retiro o la de Previsión Social, deben pertenecer:

"Ministerio de Relaciones Exteriores—Existe el personal al servicio de la Oficina de Longitudes y Fronteras.

"Ministerio de Hacienda y Crédito Público—El personal de ingenieros pagados por este Ministerio puede dividirse en dos grupos, a saber:

"a) Ingenieros que son pagados directamente por el Fondo de Fomento Municipal, por nombramientos hechos por el Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social o por el Ministerio de Educación. Estos ingenieros tienen a su cargo la interventoría, dirección técnica, etc., de obras de fomento, es decir, están prestando sus servicios a obras públicas nacionales.

"b) Ingenieros que prestan sus servicios en el Instituto Geográfico Militar y Catastral.

"Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social—Ingenieros que prestan sus servicios al Servicio Cooperativo Interamericano de la Salud Pública.

"Ministerio de la Economía Nacional—En este Ministerio existen varios grupos, a saber:

"a) Personal que presta sus servicios en el Departamento de Agricultura, especialmente ingenieros agrónomos, que están matriculados conforme a la Ley 94 de 1937.

"b) Personal de ingenieros agrónomos que trabajan en dicho Departamento de Agricultura, pero que no tienen la matrícula establecida por la mencionada Ley 94.

"c) Ingenieros que prestan sus servicios en el Departamento de Tierras, Colonizaciones y Parcelaciones y Bosques y Defensa de Suelos.

"d) Comisión divisoria de parcelaciones.

"e) Departamento de Irrigaciones.

"f) Ingenieros asesores de la Sección de Patentes del Departamento de Comercio e Industrias.

"Ministerio de Minas y Petróleos—Es decir, el personal que trabaja en los Departamentos de Minas, de Petróleos y en el Servicio Geológico Nacional."

II

Consideraciones generales.

La consulta planteada por el Ministerio de Obras Públicas conduce a confrontar las disposiciones que rigen la organización de la Caja de Sueldos de Retiro de los Ingenieros con las normas que regulan el funcionamiento de la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales.

A—*Caja de Sueldo de Retiro de los Ingenieros.*

Esta Caja fue organizada por autorizaciones que le confirió al Gobierno la Ley 94 de 1937, que en su artículo 12 dice así:

> "Autorízase al Gobierno para que, dentro de las normas generales consignadas en las Leyes 75 de 1925 y 194 de 1927, organice la Caja de Sueldos de Retiro de los Ingenieros que prestan sus servicios en las obras públicas nacionales."

Con base en la anterior autorización, el Ejecutivo dictó el Decreto 1910 de 5 de agosto de 1942, por medio del cual se organizó la Caja de Sueldos de Retiro de los Ingenieros. Este Decreto sufrió modificaciones por medio del Decreto 1304 de 29 de mayo de 1945, el cual, en su artículo, dice:

> "El artículo 2º del Decreto 1910 de 1942, quedará así:
>
> "Formarán parte de la Caja de Sueldos de Retiro de los Ingenieros todos los ingenieros graduados y demás personal matriculado, conforme a los artículos 8º y 9º de la Ley 94 de 1937, que presten sus servicios a las obras públicas nacionales en trabajos de terreno, ya sean de planeamiento, trazado o construcción, o en cargos de dirección, administración, diseño o control de las mismas obras, por designación hecha en cualquiera de los Ministerios o Departamentos Administrativos."

De conformidad con la disposición citada deben pertenecer a la Caja de Sueldos de Retiro de los Ingenieros todos los profesionales de ese ramo, graduados o matriculados, que presten sus servicios en las obras públicas nacionales, en la clase de trabajos que el mismo artículo determina. Como la disposición citada emplea términos imperativos para decir cuáles son los ingenieros que deben pertenecer a la Caja, debe entenderse que los profesionales que se encuentren en las condiciones antedichas forzosamente deben pertenecer a la Caja.

B—*Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales.*

Esta Caja fue organizada por el Decreto 1600 de 1945, con base en el artículo 18 de la Ley 6ª de 1945. Los afiliados a esta Caja son de dos categorías:

1) Afiliados forzosos;
2) Afiliados facultativos.

1) *Afiliados forzosos:*

Sobre el particular el artículo 2º del Decreto 1600 de 1945 se expresa así:

> "Artículo 2º Son afiliados forzosos de la Caja los empleados y obreros de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las Ramas del Poder Público, cuyos sueldos, salarios o emolumentos se paguen exclusivamente con cargo al Tesoro Nacional y que reúnan estas condiciones:

"1ª Pertenecer actualmente al servicio público nacional, o haber pertenecido a él hasta el 19 de febrero de 1945, inclusive, cuando menos, o ingresar a él con posterioridad a la expedición del presente Decreto; y

"2ª No estar afiliados a otra institución oficial de previsión social, creada y reconocida por leyes, decretos o resoluciones anteriores de carácter nacional; ni estar exceptuados de la afiliación forzosa por este mismo Decreto."

2) *Afiliados facultativos:*

Sobre el particular el artículo 4º se expresa así:

"Artículo 4º Pueden ser admitidos como afiliados facultativos de la Caja, de acuerdo con la reglamentación que ésta dicte:

"a) Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente que, hallándose afiliados a otra institución oficial de previsión social, deseen contratar con la Caja, individual o colectivamente, la diferencia de prestaciones entre las que consagra el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y las que su respectiva institución les reconoce;

"b) Los demás empleados y obreros nacionales que carezcan de alguno de los requisitos para ser afiliados forzosos; en este número se cuentan, entre otros, los empleados transitorios o eventuales, como algunos del servicio de las Cámaras Legislativas en los períodos de sesiones; los supernumerarios o contratistas de servicio por lapsos inferiores a tres meses; los obreros accidentales para casos de emergencia; los empleados y obreros de los Ferrocarriles Nacionales, de los Terminales Marítimos, del Banco de la República, de la Caja de Crédito Agrario, del Instituto de Crédito Territorial, del Instituto de Fomento Industrial, del Instituto Nacional de Abastecimientos, de la Cooperativa Agrícola del Magdalena, del Fondo de Fomento Municipal, del Servicio Cooperativo Interamericano de Salud Pública, de los Centros Mixtos de Salud o de los servicios, Centros de Higiene, Campañas y Unidades Sanitarias, hospitales y obras públicas especiales que se adelanten con fondos aportados por varias entidades de derecho público o por varias instituciones oficiales o semioficiales;

"c) Los afiliados forzosos y los referidos en los apartes que anteceden, en relación con las prestaciones adicionales que la Caja decida asumir, especialmente para la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica, hospitalaria, odontológica y obstétrica de la familia del afiliado, las subvenciones por razón de cargas familiares y el suministro de habitaciones."

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

III

Criterio para resolver la consulta.

De los textos anteriores aparece claro que el Decreto 1600 de 1945, sobre creación de la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales dejó subsistentes las Cajas Especiales, como la de Sueldos de Retiro de Ingenieros. Comoquiera que las disposiciones orgánicas de esta última permanecen en vigencia, existe toda una serie de ingenieros que deben pertenecer a ella por ser de obras públicas nacionales y prestar sus servicios en trabajos de terreno, ya sean de planeamiento, trazos o construcción, o en cargos de dirección, administración, diseño o control de las mismas obras, cualquiera que sea el Ministerio o Depar-

tamento Administrativo que les hubiere hecho la designación. Los profesionales que se hallen en tales condiciones pertenecen forzosamente a la Caja de Sueldos de Retiro de los Ingenieros y no están obligados a afiliarse a la Caja de Previsión Social por estar exceptuados de hacerlo, de conformidad con el ordinal 2º del Decreto 1600 de 1945. En efecto: según este artículo, los empleados y obreros nacionales que por leyes anteriores estén obligados a afiliarse a otras instituciones de protección social, no son miembros forzosos de la Caja de Previsión Social.

En consecuencia, la consulta formulada por el Ministerio de Obras Públicas debe resolverse teniendo en cuenta el criterio general antes esbozado y las disposiciones precitadas, que establecen quiénes son miembros forzosos de la Caja de Previsión Social y quiénes están exceptuados de esta obligación, quedándoles la posibilidad de afiliarse de manera libre y facultativa con el objeto de contratar la diferencia de prestaciones entre las que consagra el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y las que su respectiva institución les reconoce.

Aplicando estas tesis generales a los casos que plantea el Ministerio en su consulta, se halla la clasificación que se formula en la parte resolutiva de esta providencia.

IV

Resolución.

En virtud de todas las consideraciones que anteceden, vuestra comisión os propone:

"Dígase al señor Ministro de Obras Públicas, en relación con la consulta por él formulada y que aquí se resuelve, lo siguiente:

1º Que los ingenieros que a continuación se enumeran son *afiliados forzosos* de la Caja de Sueldos de Retiro de los Ingenieros, pero que pueden adherir facultativamente a la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales:

a) Ingenieros no militares, del Ministerio de Guerra, que trabajen en la construcción de cuarteles, aeródromos, etc.;
b) Ingenieros del Departamento de Ingeniería Sanitaria;
c) Ingenieros de los lazaretos;
d) Ingenieros al servicio del Ministerio de Minas;
e) Ingenieros de construcción o interventoría de edificios escolares, siempre que tales edificios y los sueldos correspondientes se paguen con dineros exclusivamente nacionales;
f) Ingenieros al servicio del Ministerio de Obras Públicas y de los Ferrocarriles Nacionales.

Son también afiliados facultativos de la Caja de Previsión Social los siguientes, por razón de pertenecer a entidades que no llenan los requisitos establecidos por el Decreto tántas veces citado para ser afiliados forzosos, o mejor, por no ser pagados exclusivamente con dineros nacionales, sino con fondos constituídos por varias entidades de derecho público. A éstos se les aplica el artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, teniendo derecho a todas las prestaciones sociales oficiales, pagadas por el mismo fondo, directamente. Tales:

a) Ingenieros del Servicio Cooperativo Interamericano de Salud Pública;
b) Ingenieros dependientes del Fondo de Fomento Municipal.

2º *Son afiliados forzosos de la Caja de Previsión Social, por ser ingenieros dependientes de la Nación exclusivamente y no ser de obras públicas:*

a) Los ingenieros de la Oficina de Longitudes y Fronteras;
b) Los ingenieros al servicio del Instituto Geográfico Militar y Catastral;
c) Los ingenieros agrónomos, matriculados o nó; los de tierras, baldíos, colonización, parcelaciones, bosques e irrigaciones y los de la Sección de Patentes.

A los ingenieros de este aparte debe hacérseles el descuento ordenado por Decreto número 1600 de 1945, con destino al fondo de la Caja de Previsión Social.

Solicítese permiso al Ministerio de Obras Públicas para publicar el informe anterior."

Vuestra comisión,

Guillermo Hernández Rodríguez

El Presidente, *Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V.*, Secretario.

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

(Ref.: Consulta formulada por el Ministerio de Minas y Petróleos, con respecto a los ingenieros de ese Despacho).

Con proposición del mismo Consejero ponente, el Consejo de Estado resolvió la consulta que le formuló el Ministerio de Obras Públicas respecto al criterio que se debiera seguir para establecer qué ingenieros deberían pertenecer como afiliados forzosos a la Caja de Sueldos de Retiro de los Ingenieros y cuáles a la Caja de Previsión Social.

I

Tesis general del Consejo.

La tesis general formulada por el Consejo para resolver la precitada consulta fue la siguiente:

"De los textos anteriores aparece claro que el Decreto 1600 de 1945, sobre creación de la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, dejó subsistentes las Cajas Especiales, como la de Sueldos de Retiro de Ingenieros. Comoquiera que las disposiciones orgánicas de esta última permanecen en vigencia, existe toda una serie de ingenieros que deben pertenecer a ella por ser de obras públicas nacionales y prestar sus servicios en trabajos de terreno, ya sean de planeamiento, trazos o construcción, o en cargos de dirección, administración, diseño o control de las mismas obras, cualquiera que sea el Ministerio o Departamento Administrativo que les hubiere hecho la designación. Los profesionales que se hallen en tales condiciones pertenecen forzosamente a la Caja de Sueldos de Retiro de los Ingenieros, y no están obligados a afiliarse a la Caja

de Previsión Social por estar exceptuados de hacerlo, de conformidad con el ordinal 2º del Decreto 1600 de 1945. En efecto, según este artículo, los empleados y obreros nacionales que por leyes anteriores estén obligados a afiliarse a otras instituciones de protección social, no son miembros forzosos de la Caja de Previsión Social.

"En consecuencia, la consulta formulada por el Ministerio de Obras Públicas debe resolverse teniendo en cuenta el criterio general antes esbozado y las disposiciones precitadas, que establecen quiénes son miembros forzosos de la Caja de Previsión Social y quiénes están exceptuados de esta obligación, quedándoles la posibilidad de afiliarse de manera libre y facultativa, con el objeto de contratar la diferencia de prestaciones entre las que consagra el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y las que su respectiva institución les reconoce.

"Aplicando estas tesis generales a los casos que plantea el Ministerio en su consulta se halla la clasificación que se formula en la parte resolutiva de esta providencia."

Siguiendo el criterio anterior, los ingenieros del Ministerio de Minas fueron clasificados entre los que deberían pertenecer a la Caja de Sueldos de Retiro de los Ingenieros, teniendo en consideración los deficientes informes de que entonces dispuso el Consejo para conocer el carácter de trabajo desarrollado por dichos empleados técnicos.

Se advierte que al Consejo sólo le correspondía, en estricto derecho, dar una solución general a la consulta del Ministerio de Obras Públicas, sin entrar a resolver casos semiparticulares, pero considerando que se trata de problemas sociales y con el propósito de acelerar la solución total del problema planteado y cooperar con la Administración, entró a decir qué ingenieros deben pertenecer a una Caja y cuáles a la otra.

II

Aclaración solicitada por el Ministerio de Minas y Petróleos.

Con relación a la primitiva consulta de que se ha hecho mención, el señor Ministro de Minas y Petróleos ha solicitado una aclaración que plantea ante el Consejo en los términos siguientes:

"Atentamente ruego a usted —y por su muy digno conducto al honorable Consejo de Estado— se digne adicionar o ampliar el concepto rendido por esa alta corporación con fecha 2 de octubre anterior, respecto de los ingenieros al servicio de la Nación que deben pertenecer a la Caja de Sueldos de Retiro de los Ingenieros, en cuanto se refiere a los que prestan sus servicios en este Ministerio.

"Para que el honorable Consejo pueda enterarse completamente de las funciones que desempeñan dichos profesionales en este Despacho, acompaño copia del Decreto número 01302 de 1940 (julio 8), por medio del cual se fijan la nomenclatura, las funciones, el personal y las asignaciones de las dependencias de este Ministerio, y de la Resolución de régimen interno de la Sección III del mismo.

"Debo aclarar que los ingenieros de este Despacho no tienen a su cargo trabajo alguno en las explotaciones mineras o petroleras, y que sus funciones son enteramente de gabinete, esto

es, que sus servicios los prestan como consejeros técnicos del Ministerio, pero sin estar enfrente de empresas o de obras materiales de ninguna clase.

"El criterio que guió al honorable Consejo para rendir el concepto referido es científico y decide acertadamente la afiliación de los ingenieros, con excepción, acaso, de los que trabajan en este Ministerio, deficiencia que se explica porque al formular el Ministerio de Obras Públicas no dio indicación alguna acerca de la naturaleza de las funciones encomendadas a dichos profesionales, y así pudo parecer lo más natural que los ingenieros de minas y los de petróleos trabajan en obras públicas nacionales, cuando la verdad es que tales profesionales —se repite— no rinden sus servicios en 'trabajos de terreno ni en los de planeamiento, trazos o construcción o encargos de dirección, administración, diseño o control de las mismas obras', como con acierto lo establece el concepto mencionado respecto de aquellos ingenieros que sí deben pertenecer a la Caja de Sueldos de Retiro, sino que la labor de los profesionales de este Despacho guarda más analogía con los del grupo que debe afiliarse a la Caja de Previsión Social, tales como los de la Oficina de Longitudes, pues su trabajo es enteramente de asesoría científica del Ministerio, como se comprueba con el detalle de las funciones de los mismos, que aparece en el Decreto y en la Resolución arriba indicados.

"Además, todos los ingenieros que prestan servicios en este Despacho desean afiliarse a la Caja de Previsión Social, por estimar que las prestaciones de ésta son más amplias que las que brinda la otra Caja.

"Con la expresión de mi agradecimiento por la atención que se digne prestarle el honorable Consejo a esta solicitud, tengo la honra de repetirme de usted atento y seguro servidor."

III

Solución al problema planteado.

En realidad se trata de aplicar al caso de los ingenieros del Ministerio de Minas y Petróleos el criterio general que trazó el Consejo de Estado al absolver la consulta primitiva del Ministerio de Obras Públicas, criterio que el Ministro de Minas comparte y contra el cual no formula ninguna objeción.

Examinando la información suministrada por el Ministerio de Minas se encuentra que los ingenieros al servicio de ese Despacho no ejecutan ninguna clase de obras porque no están encargados de llevar a cabo explotaciones mineras de ninguna clase sino de hacer estudios generales, como consejeros técnicos, y verificar planos y realizar otros trabajos similares.

Por lo tanto, los ingenieros del Ministerio de Minas no son de Obras Públicas al tenor del artículo 2º del Decreto 1910 de 1942, el cual determinó cuáles eran los ingenieros que debían pertenecer a la Caja de Sueldos de Retiro de los Ingenieros aplicando para el efecto una distinción entre los profesionales que se ocuparan en realizar trabajos concretos representados en obras materiales y aquellos que se dedicaran a trabajos técnicos de investigación, estudio y conformación, y, en general, en toda otra clase de labores que no tuvieran por resultado la construcción de obras materiales.

En este último caso se hallan los ingenieros del Ministerio de Minas y Petróleos, según se desprende del estudio de los informes que el señor Ministro de ese Despacho acompañó a su consulta.

El Consejo observa que el criterio seguido por la citada Ley para distinguir entre los ingenieros con miras a decidir cuáles deben pertenecer a la Caja de Sueldos de Retiro de Ingenieros, no está inspirado en un criterio técnico en materia de prestaciones sociales, y obedece a una clasificación caprichosa. No obstante, esa disposición está vigente y al Gobierno corresponderá estudiar los problemas que se plantean con motivo de la creación de la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales para preservar los derechos de todos los ingenieros y asegurar el tránsito a la uniformidad de prestaciones sin que ello se vaya a producir al través de la quiebra de la Caja de Sueldos de Retiro, que se ha formado con los esfuerzos y contribuciones de los ingenieros.

IV

Resolución.

En virtud de todas las consideraciones que anteceden, vuestra comisión os propone:

"Dígase al señor Ministro de Minas y Petróleos, en relación con la consulta-aclaración por él formulada, y que aquí se resuelve, que los ingenieros de ese Despacho son afiliados forzosos de la Caja de Previsión Social, por ser ingenieros dependientes de la Nación exclusivamente, y no ser de obras públicas.

"Solicítese permiso al Ministerio de Minas y Petróleos para publicar el informe anterior.

"Comuníquese al Ministerio de Trabajo, al Ministerio de Obras Públicas y al Ministerio de Minas y Petróleos."

Vuestra comisión,

Guillermo Hernández Rodríguez

El Presidente, *Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V.*, Secretario.

Bogotá, diciembre 12 de 1945.

Honorables Consejeros:

El señor Ministro de Correos y Telégrafos, con fundamento en el artículo 24 de la Ley 167 de 1941, y por medio del oficio número 1771, de fecha 21 de noviembre último, le formula al Consejo de Estado la consulta que en seguida se expresa:

> "....¿puede la Empresa Nacional de Radiocomunicaciones, por conducto de su Junta Directiva, señalar a los empleados de su dependencia una prima de fin de año, siguiendo la práctica de instituciones similares, sin necesidad de permiso o autorización de ninguna otra entidad?"

Para absolverla se considera:

La institución mencionada tiene su origen en la disposición contenida en el artículo 3º de la Ley 6ª de 1943, que a la letra dice:

> "El Gobierno queda igualmente autorizado para organizar una empresa que tenga por objeto la unificación en la prestación

de los servicios telefónicos, radiotelefónicos y radiotelegráficos. En esta empresa deberá el Gobierno conservar el control de la dirección."

Y en desarrollo del precepto transcrito se han tomado las medidas gubernativas que a continuación se expresan, entre otras:

Por medio del Decreto número 1920 de 1943, artículo 1º, se establece, a partir del 1º de octubre de ese año, la Empresa Nacional de Radiocomunicaciones, compuesta por los organismos enumerados en los puntos a), b) y c) del mismo, y por el artículo 2º se fija el personal y asignaciones de la referida Empresa y se hacen los nombramientos para el desempeño de los numerosos cargos allí relacionados.

Posteriormente fue dictado el Decreto número 2151 de 1944 (12 de septiembre), "por el cual se organiza la Empresa Nacional de Radiocomunicaciones". En él se determina, entre muchas disposiciones, lo siguiente, que está íntimamente relacionado con la cuestión materia de la consulta:

Que la entidad nombrada —creada por el Decreto 1920 de 29 de septiembre de 1943— será propiedad del Estado colombiano, tendrá patrimonio propio y sus utilidades no podrán destinarse en ningún tiempo ni por ningún motivo a fines distintos de los que correspondan a su naturaleza; que su fin es la prestación de los servicios públicos de radiocomunicaciones y telefonía; que dependerá del Ministerio de Correos y Telégrafos y se administrará de acuerdo con las normas del Decreto que se estudia; que su patrimonio será el valor de los bienes que arroje el inventario previsto en el inciso 1º del artículo 4º, y que podrá aportarse por el Estado como capital para la creación de una Empresa Nacional que tenga por objeto la unificación de los servicios telefónicos, radiotelefónicos, radiotelegráficos y de radiodifusión, desde que el Gobierno conserve en ella el control directivo y la necesaria intervención para garantizar la seguridad nacional y el mantenimiento del orden público (artículo 5º); que sus productos serán mantenidos en una cuenta especial y se apropiarán por medio de créditos extraordinarios (presupuesto extraordinario del Ministerio de Correos y Telégrafos), de modo que puedan legalizarse oportunamente los gastos que hayan de hacerse (artículo 6º); que el movimiento de sus fondos se hará por medio de órdenes de pago definitivas contra la Tesorería General de la República, sujetas a las disposiciones del Control Previo de la Contraloría General de la República, que se hallen vigentes en el momento de ser expedidas (parágrafo del mismo artículo); que la suprema dirección y administración estará a cargo de un Gerente de libre nombramiento y remoción del Gobierno Nacional, y de una Junta Directiva integrada así: el Ministro de Correos y Telégrafos, quien la presidirá; el Gerente del Banco Postal, un particular y su respectivo suplente, nombrados por el Gobierno, y el Gerente de la Empresa (artículo 8º); que serán funciones primordiales de la Junta Directiva: la expedición de los estatutos de la Empresa, los cuales, así como las reformas que en lo futuro se les introduzcan, necesitan para su vigencia de la aprobación del Organo Ejecutivo, y el nombramiento de empleados; y, por último, que la Empresa tendrá su oficina principal en Bogotá y podrá establecer sucursales en el país o donde lo estime conveniente.

Como se ve, el Decreto que se analiza modificó el marcado con el número 1920 de 1943, atrás citado, al menos en cuanto le asignó a la Junta Directiva de la Empresa la función primordial de nombrar los empleados de la misma, y vino a ser el verdadero instrumento orgánico de ella.

Se expidió luégo el Decreto número 2442 de 1944 (octubre 13), por medio del cual, considerando la existencia de la Empresa Nacional de Radiocomunicaciones con "administración autónoma", se dijo en su artículo único:

> "Desde la fecha del presente Decreto autorízase a la Empresa Nacional de Radiocomunicaciones para que por medio de la Sección de Contabilidad y Estadística maneje su presupuesto independientemente del Departamento Administrativo del Ministerio de Correos y Telégrafos."

Por último, en cumplimiento del artículo 9º del Decreto 2551 de 1944, orgánico de la institución, según queda dicho, fueron elaborados los correspondientes estatutos, y el Organo Ejecutivo les impartió su aprobación en los términos del Decreto 2795 de 30 de noviembre de 1944, hecho lo cual se protocolizaron en la Notaría 4ª de Bogotá, con fecha 7 de mayo del año en curso, bajo el número 1998.

En ellos se reproducen, en general, los principios constitutivos de la Empresa, de acuerdo con el supradicho Decreto número 2151, pero se destacan, para los efectos de este estudio, las disposiciones que siguen:

> "Artículo 15. Cada una de las Secciones de la Empresa tendrá el personal que se estime indispensable para mantener correctamente al día los asuntos que le estén encomendados.
>
> "El Gerente formará la nómina de cada Sección, y, si ella fuere aprobada por la Junta Directiva, procederá a seleccionar el personal que debe integrarla, sometiendo los nombramientos a la aprobación de la Junta.
>
> "Artículo 21. Las personas que presten sus servicios en la Empresa disfrutarán de las mismas prestaciones y servicios que a los empleados del Ministerio de Correos y Telégrafos señalan las disposiciones legales vigentes, así como de las que se expidan en virtud de autorizaciones de la Junta Directiva, y estarán sujetas a las cargas y obligaciones que tienen los empleados de dicho Ministerio.
>
> "Artículo 25. La suprema dirección y administración de la Empresa las ejercerá la Junta Directiva, integrada en la forma que se establece en el artículo once (11) de estos estatutos...."

(Atrás se expresó, a propósito del artículo 8º del Decreto orgánico, cuál es esa formación de la Junta, así: el Ministro de Correos y Telégrafos, que es su Presidente; el Gerente del Banco Postal, un particular y su respectivo suplente, nombrados por el Gobierno, y el Gerente de la misma Empresa).

> "Artículo 33. La Junta Directiva dispone de amplios poderes para la realización de los fines que el Decreto número 2151 de 1944 señala a la Empresa; de suerte que ella tiene capacidad para autorizar que se celebre o ejecute cualquier acto o contrato comprendido dentro de las atribuciones y funciones de la Empresa.
>
> "Artículo 35. Específicamente son atribuciones de la Junta Directiva las siguientes:
>
> "a) Aprobar o improbar las nóminas de las diferentes Secciones, así como los nombramientos de funcionarios o empleados de la Empresa, que proponga el Gerente;
>
> "b) Aprobar o improbar las remociones y designaciones de empleados que por causa justificada haga el Gerente;

"c) Fijar las asignaciones, los viáticos, gastos de representación, las primas y sobresueldo de los empleados de la Empresa;

"..... ....

"e) Decretar gastos extraordinarios;

"..... ....

"i) Acordar mensualmente los gastos de la Empresa...."

Vistos todos los antecedentes que se dejan expuestos relativamente al origen, organización y forma de administrar la Empresa Nacional de Radiocomunicaciones, resulta que se trata de un instituto que, aunque pertenece al Estado y depende del Ministerio de Correos y Telégrafos, su funcionamiento es autónomo, cuenta con patrimonio propio y la dirección suprema de él ha sido confiada a una Junta Directiva y a un Gerente, sobre los cuales recae la responsabilidad de todos los actos de su administración, como entidad jurídica separada. Es que el Estado, principalmente para fines de servicios públicos, puede sustraer un capital, destinado a la mejor prestación de ellos, con manejo y dirección independientes. De ahí, entre muchas consecuencias, que los empleados de la Empresa en cuestión no sean pagados con fondos previstos en el Presupuesto Nacional, sino con los resultantes de las actividades de ella, mediante las asignaciones fijadas por su Junta Directiva, en armonía con su propio presupuesto.

De otro lado, no se ve que la gracia consultada contraríe en manera alguna los fines de la institución. Por el contrario, puede considerarse como un medio para su más cumplido efecto, ya que ellos no podrían llenarse sino con el auxilio del personal a su servicio. Y precisamente, en desarrollo de este pensamiento, dijo el Consejo, a propósito de un caso similar al que ahora se estudia, que "los reconocimientos como el que es materia de la consulta se fundan en el deseo de las instituciones de estimular a sus empleados para el mayor y mejor rendimiento en sus labores. Esas primas no constituyen un derecho sino una retribución voluntaria, cuando las directivas crean que el personal merece que se le otorguen. En vez de señalar en el Presupuesto mayores sueldos o asignaciones, dejan este medio de remuneración eventual, teniendo en cuenta la importancia de los servicios prestados, las fuerzas patrimoniales de la respectiva entidad en cada ejercicio y la oportunidad de concederla, todo bajo la estrecha responsabilidad de quienes tienen a su cuidado el manejo y administración que se les confía". (Informe relativo al Banco Postal, aprobado el 11 de marzo de 1943. Comisión del doctor Gustavo A. Valbuena).

Y si a todo lo anterior se agrega que los estatutos de la Empresa, debidamente aprobados por el Organo Ejecutivo, determinan en su artículo 35, entre las funciones específicas de la Junta, las de fijar las asignaciones, los viáticos, gastos de representación, las primas y sobresueldos de los empleados de la Empresa y decretar gastos extraordinarios, no queda ninguna duda sobre el particular.

En mérito de lo expuesto, vuestra comisión conceptúa que la Junta Directiva de la Empresa Nacional de Radiocomunicaciones puede señalar a los empleados de su dependencia la prima de fin de año a que se contrae la consulta, bajo su responsabilidad y sin la autorización de ninguna otra entidad; y, en consecuencia, os propone:

"Transcríbase al señor Ministro de Correos y Telégrafos el presente informe."

Honorables Consejeros,

Gustavo A. Valbuena

Bogotá, 12 de diciembre de 1945.

El Presidente, *Gonzalo Gaitán.—Luis E. García V.*, Secretario.

PROPOSICIONES

1946


REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Consejo de Estado—Secretaría—Bogotá, septiembre 12 de 1946.

Señor doctor Tulio Enrique Tascón—La ciudad.

Tengo el honor de transcribir a usted la proposición que, suscrita por todos los honorables Consejeros, fue aprobada por la Sala en sesión de esta fecha:

"El Consejo de Estado, en sesión de hoy, *considerando:*

"Que el doctor Tulio Enrique Tascón dejó de ejercer las funciones de miembro de esta corporación desde el día de ayer;

"Que en ella sirvió los intereses de la justicia, con singular lucimiento y reconocida eficacia, por más de ocho años, ya como Designado, ya como Vocal;

"Que el doctor Tascón, fuera de esos cargos, desempeñó los de Gobernador del Valle del Cauca y Ministro del Despacho Ejecutivo, y fue además Senador y Representante;

"Que ha dedicado de tiempo atrás su probada rectitud y su clara y aguda inteligencia, con admirable desinterés, a la enseñanza universitaria, como Rector y como profesor de diversas Facultades de Jurisprudencia;

"Que con tales antecedentes el retiro del doctor Tascón entraña una pérdida difícilmente reparable para el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, *resuelve:*

"Manifestar su sentimiento por la separación del doctor Tulio Enrique Tascón del cargo de Consejero de Estado, y hacer votos por que las luces de tan eminente hombre público continúen señalando, desde otro campo, al pueblo colombiano, el verdadero camino de la legalidad, que es el mismo de la justicia y del progreso.

"Transcríbase al doctor Tascón lo anterior, en nota de estilo, y publíquese en los *Anales* de la corporación."

Con sentimientos de distinguida consideración y alto aprecio tengo el honor de suscribirme de usted como su atento servidor,

Luis E. García V., Secretario del Consejo de Estado.

Consejo de Estado—Secretaría—Bogotá, octubre 30 de 1946.

Señor doctor Gabriel Carreño Mallarino—E. S. M.

Tengo el alto honor de transcribir a usted la siguiente proposición aprobada por el honorable Consejo de Estado, en su sesión del día 25 de octubre de 1946:

"El Consejo de Estado, en sesión plena, y *considerando:*

"1º Que con motivo del sensible fallecimiento del eminente colombiano doctor Pedro María Carreño, su hijo, el doctor Gabriel Carreño Mallarino, se ha visto en la necesidad de presentar renuncia del cargo de Consejero de Estado para ponerse al frente de los negocios del extinto;

"2º Que el doctor Carreño Mallarino, en los cuatro años que sirvió el cargo de Consejero de Estado, se distinguió por su encendido patriotismo, su honradez acrisolada y su versación en las ciencias jurídicas;

"3º Que el doctor Carreño Mallarino deja un hondo vacío en la corporación, donde fue siempre un excelente compañero, de intachable caballerosidad, *resuelve:*

"Dejar constancia en el acta del día de su sentimiento por la ausencia de sus deliberaciones, de tan ilustre Magistrado, y darle las gracias por los valiosos servicios que prestó a la corporación.

"Transcribase, en nota de estilo, al doctor Carreño Mallarino y publíquese en los *Anales.*"

Soy del señor doctor, con sentimientos de alta consideración y aprecio,

Luis E. García V., Secretario del Consejo de Estado.

JURISPRUDENCIA

A

Páginas.

Actos de las Asambleas. (Alcance de la doctrina jurídica). Si, pues, la Ordenanza 26 de 1943 no excedió los términos de la ley, no se le puede tachar de ilegal, y, consiguientemente, tampoco se le puede formular el cargo de nulidad. La forma de tributación escogida por la Asamblea de Cundinamarca, en la disposición acusada, puede ser contraria a la técnica tributaria, o puede ser inconveniente, pero estas cuestiones no corresponde elucidarlas ni a los Tribunales Administrativos, ni al Consejo de Estado, que, como Tribunales de derecho, tienen su radio de acción limitado a las cuestiones de legalidad o constitucionalidad, según las reglas de sus respectivas competencias. Jamás se ha establecido la sanción de nulidad por violación de doctrinas de expositores. Más aún: ni siquiera por violación de principios acogidos por la jurisprudencia de los más altos Tribunales del país. **Actor,** Compañía Productora de Derivados del Dulce, S. A. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** diciembre 4 de 1945 120

Actos de las Asambleas. (Autonomía municipal—La ley no puede crear empleados departamentales, ni señalarles atribuciones, ni dotaciones con cargo a los Departamentos; ni la ley ni las ordenanzas pueden crear empleados municipales, señalarles atribuciones, duración y asignaciones pagaderas por el Municipio. porque esto pugna con la garantía que el Estatuto Constitucional ha otorgado a los Departamentos y a los Municipios para la disposición de sus bienes y rentas. Tanto se atenta contra esta garantía por parte de la ley, tomando esos bienes y rentas para pagar servicios nacionales, como se atenta por parte de la ordenanza tomando el producto de los bienes y rentas municipales para cubrir asignaciones de empleados que los Concejos no han creado, ni a los cuales se les han señalado atribuciones ni dotaciones. Actor, Eugenio Giraldo. **Ponente,** Consejero doctor Ricardo Uribe Escobar. **Sentencia,** septiembre 17 de 1945 485

Actos de las Asambleas. (Estadística municipal)—Los bienes y rentas del Estado —Nación, Departamento, Municipio— no tienen otra razón de ser que la de atender con ellos al sostenimiento de una Administración Pública tan eficaz como sea posible. "No podrán ser ocupadas estas propiedades sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada", y "el Gobierno Nacional no podrá conceder exenciones de derechos departamentales ni municipales", dice el texto cons-

Páginas.

titucional. Esto es, la entidad nacional no puede apropiarse los bienes y rentas de los Departamentos ni de los Municipios, ni disponer de ellos; de igual modo que las entidades departamentales tienen que respetar los bienes y rentas municipales, porque estas propiedades son tan sagradas como las de los particulares. Pero así como puede exigirse al particular una contribución directa para el sostenimiento de la Administración Pública, en general, y para beneficio de los asociados, así puede el legislador imponer a los Municipios el sostenimiento de un servicio público de carácter local, y para beneficio de la misma sección o lugar, entendido que la provisión de los empleos necesarios corresponde a los Alcaldes, y la fijación de sus asignaciones a los Concejos. **Actor,** Engenio Giraldo. **Ponente,** Consejero doctor Ricardo Uribe Escobar. **Sentencia,** septiembre 17 de 1945.. 485

Actos de las Asambleas. (Facultad reglamentaria)—Ha sostenido el Consejo de Estado, con buen juicio, que a pesar de que no hay texto expreso de la Constitución o de la ley que confiera a los Gobernadores la potestad reglamentaria, sin embargo, la función de ejecutores de las ordenanzas, que tienen, implica necesariamente la facultad de expedir reglamentos. Y esta facultad no sólo no contraría ningún texto expreso de la Constitución o de la ley, sino que se conforma con el espíritu general de la legislación. En efecto: ya el Código de Régimen Político y Municipal hablaba de "los reglamentos de los Gobernadores", y el inciso 3º del artículo 63 del Código Contencioso Administrativo vino a disipar toda duda cuando dispuso que "serán acusables los actos de carácter particular de las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden departamental, por violación de los decretos y **reglamentos de los Gobernadores".** Si, pues, los Gobernadores tienen de suyo la potestad reglamentaria, nada impedía que la Asamblea se la reafirmara en forma expresa al de Cundinamarca. **Actor,** Compañía Productora de Derivados del Dulce, S. A. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** diciembre 4 de 1945 120

Actos de las Asambleas. (Finalidad legal)—Es principio fundamental el que ningún Organo del Estado puede realizar actos individuales que no estén previstos o autorizados por disposición general anterior; pues, salvo el caso de facultad discrecional, en ningún otro es posible hacer excepción a este principio. El agente público no puede perseguir sino un fin de interés general, ni debe perseguir una finalidad en oposición a la ley. Pero no basta que el fin perseguido sea lícito y de interés general, sino que es necesario, además, que éntre en la competencia del agente que lo realiza. Pero aun siendo lícito el fin de interés público, y dentro de la competencia del agente, no puede perseguirse sino por medio de los actos que la ley

Páginas.

ha establecido al efecto. Hay, pues, ilegalidad de los fines del acto, ilegalidad que se conoce con el nombre de desviación del poder, o abuso de autoridad, cuando las circunstancias que concurren revelan que el fin con que el acto se persigue no es la satisfacción del interés público —que es lo único que debe perseguirse por el agente administrativo—, y no un interés cualquiera, sino el interés concreto, que debe satisfacerse por medio de la competencia atribuída a cada funcionario. **Actor,** Julián Uribe Cadavid. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia,** octubre 5 de 1945 314

Actos de las Asambleas (Intervención del Estado)—El artículo 28 de la Constitución (Acto legislativo número 1 de 1936) se inspiró en reformas constitucionales de otros países, especialmente en la española de 1931, que, en su artículo 44, consagró el principio del intervencionismo de Estado en relación con la economía nacional. El constituyente colombiano de 1936 abarcó en su totalidad el problema, y no se refirió solamente a la racionalización técnica, sino también a la comercial y a la económica. Interpretar en otra forma esa disposición sería mutilar el pensamiento del constituyente, y darle a esa reforma trascendental un sentido demasiado limitado, que haría ineficaz la intervención, como autorizadamente lo expresó la Corte Suprema de Justicia. **Actor,** David Rincón Bonilla. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia,** septiembre 7 de 1945.... 183

Actos de las Asambleas. (La propiedad privada)—El artículo 26 de la Constitución (Acto legislativo número 1 de 1936) consagra el derecho de propiedad, pero subordinando su ejercicio al interés público o social. Una cosa es el derecho de propiedad y otra distinta las diversas formas en que se puede ejercitar. Lo primero, la propiedad, no puede ser desconocida mediante expropiación sino por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador mediante sentencia judicial e indemnización previa. Lo segundo, el ejercicio del derecho de propiedad, es, según el texto constitucional, una función social sujeta a obligaciones. Esta diferenciación del derecho real y de su ejercicio está consagrada en el artículo 28 de la Ley 153 de 1887. Así, pues, la Constitución consagra el derecho de propiedad y permite que la ley intervenga en la reglamentación de su ejercicio. **Actor,** David Rincón Bonilla. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia,** septiembre 7 de 1945 188

Actos de los Gobernadores. (Baja por mala conducta del empleado)—La enumeración que hace el artículo 4º de la Ordenanza 19 de 1933, de la Asamblea del Huila, que se señala como infringida, no es limitativa, desde luégo que su contexto mismo, encabezado con

Páginas.

el vocablo "se considera" equivale a "se estima", "aprecia" o "reputa", así lo indica: "Se considera como mala conducta el hecho de usar con los superiores, subalternos o compañeros, modales o tratamientos incultos, violentos, ofensivos o humillantes." Ni puede excluir otros casos de mala conducta no señalados allí, como el de la beodez habitual o frecuente. **Actor,** Arcadio Chacón. **Ponente,** Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia,** noviembre 25 de 1945 388

Actos de los Gobernadores. (Competencia jurisdiccional). En efecto: los actos que están expresamente excluídos del control contencioso-administrativo, en virtud del mandato legal transcrito (artículo 73, inciso 2º, Código Contencioso Administrativo), son los actos jurisdiccionales de Policía, que se producen para decidir sobre responsabilidad contravencional en un juicio. Estas resoluciones administrativas, dados sus fines, no están sometidas, por excepción, al control jurisdiccional del Consejo y de los Tribunales Administrativos Seccionales. Como ocurre en los juicios posesorios, en los de **amparo de marcas, etc.,** en los que sí hay juicio, sometido a tarifa de pruebas, con ritualidades de procedimiento, que ordenan disposiciones superiores. **Actor,** Alvaro Micolta. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia,** julio 5 de 1945 146

Actos de los Gobernadores. (Exclusión del Escalafón Nacional del Magisterio)—Ahora es lógico que cuando el concepto de buena o mala conducta se refiera a un maestro, encargado de dirigir y encaminar a sus alumnos, y de ser un constante buen ejemplo para ellos, tenga una rigidez mucho mayor que para referirse a quien no desempeñe tal cargo; la mala conducta, el mal carácter, falta de capacidades pedagógicas, tienen que formar muy mala impresión en los educandos, no llenando así las condiciones mínimas que a un maestro oficial debe exigirse. **Actor,** Lastenia Ramírez de Bueno. **Ponente,** Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia,** noviembre 28 de 1945 391

Actos de los Gobernadores. (Facultades de la Policía)—De conformidad con el artículo 12 del Decreto 1986 de 1927, "la Policía puede ordenar que se cierren, por el tiempo que considere conveniente, los establecimientos o expendios en donde se verifiquen tumultos o desórdenes graves". El análisis de esta disposición demuestra que la Policía tiene la facultad de ordenar el cierre, que **puede** hacerlo por razones de conveniencia pública. Pero esta facultad está íntimamente relacionada con la segunda parte del artículo, que establece los hechos que la generan, que dan lugar a su ejercicio. Esos hechos son los tumultos o desórdenes graves. Por su misma naturaleza la Policía actúa en

Páginas.

una forma rápida, toma medidas de emergencia, para prevenir o reprimir violaciones del orden. Pero precisamente como correctivo para los excesos que pueda cometer en virtud de la propia naturaleza de sus funciones, existe el control administrativo sobre sus actos y resoluciones. **Actor,** Alvaro Micolta. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia,** julio 5 de 1945 146

Actos de los Gobernadores. (Juegos prohibidos)—Si, pues, por el Decreto acusado el Gobernador, reproduciendo disposiciones legales, ha estatuído normas policivas que cobijan a los propietarios, gerentes, distribuidores o vendedores de boletas o cédulas de los juegos clandestinos de apuestas mutuas o "la bolita", para que se cumplan en el Departamento las leyes que prohiben los juegos de suerte y azar e impedir que con el nombre de rifas se establezcan juegos de esta clase, con menoscabo de la renta departamental de lotería, destinada a la asistencia pública; si esa reglamentación está de acuerdo con las leyes y ordenanzas y determina que a los infractores los cobija el Código de Policía del Atlántico; si en auxilio de la justicia que declaró, con fuerza de verdad legal, nula la disposición que permitía en el territorio del Departamento esos juegos, la acata y atempera a ella su conducta, no es posible decir que el acto acusado viole normas superiores, sino que vela por el cumplimiento de ellas. **Actor,** Samuel Peláez. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia,** septiembre 26 de 1945 303

Actos de los Gobernadores. (Medidas preventivas)—Varios expositores destacan la tesis de que la Policía tiene la función de tomar las medidas necesarias para la conservación y la seguridad del orden público, pero sin exceder jamás la graduación absolutamente necesaria, a fin de evitar que el uso abusivo de esta facultad se transforme en una limitación indebida de la libertad de los ciudadanos en el ejercicio de sus actividades profesionales. La facultad de la Policía no puede ser caprichosa a este respecto, sino que debe ser graduada, según sean graves o leves los hechos que originan su actuación. **Actor,** Alvaro Micolta. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia,** julio 5 de 1945 146

Asuntos municipales. (Impuestos).—La Sala encuentra que no es el caso de anular el artículo 29 del Acuerdo 41 de 1943, expedido por el Concejo de Barranquilla, en que dispone que el Acuerdo entre en vigencia desde su sanción, no obstante que por el artículo 20 del mismo Acuerdo se crean algunos impuestos y se aumentan otros. Lo que ocurre es que los impuestos establecidos por el mismo Acuerdo no podrán cobrarse sino seis meses después de su establecimiento. **Actor,** Ale-

Páginas.

jandro Albor Manotas. **Ponente,** Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino. **Sentencia,** agosto 21 de 1945 5

Asuntos municipales. (Tratado Comercial Colombo-Americano)—De acuerdo con el Convenio Colombo-Americano (Ley 74 de 1936), los gravámenes que pueden recaer sobre las mercancías estadounidenses serán los existentes o autorizados por las leyes que estaban en vigencia en el momento de la firma del Tratado; las mercancías norteamericanas no pueden ser gravadas con impuestos de nueva creación. Si el Acuerdo demandado menciona expresamente las mercancías norteamericanas para aplicarles el impuesto, estaría en oposición flagrante con las normas del Tratado Comercial en referencia; pero no siendo así, el régimen de excepción que dicho Convenio establece no ha sido violado, puesto que sus cláusulas se imponen a los funcionarios municipales en el momento de hacer la liquidación del impuesto; si así no lo hicieren, tales liquidaciones serían ilegales. **Actor,** Manuel Buenahora. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia,** noviembre 13 de 1945.... 218

Autoridades nacionales. (Control previo)—Dentro de la separación de poderes establecida por el constituyente, es indispensable distinguir entre el control jurídico o numérico legal que compete a la Contraloría General de la República y el control contencioso-administrativo que se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Seccionales, cuando juzgan los actos de la Administración Pública en debates contencioso-administrativos y deciden si tales actos se ajustan o nó a la ley. La Contraloría tiene una órbita propia, de carácter restringido, y en virtud del control fiscal puede analizar las operaciones aritméticas y juzgarlas en consideración a las normas legales de estricto carácter fiscal; pero cuando este control previo rebasa esas atribuciones legales y enjuicia los actos de la Administración en relación con leyes sustantivas sin contenido ni índole fiscal, invade territorio jurídico que corresponde a lo contencioso-administrativo. **Actor,** Arquimedes Granados. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia,** octubre 23 de 1945 214

Autoridades nacionales. (Sanciones)—Para que la prohibición de comprar, vender o negociar con acciones de la sociedad comprenda a un funcionario de ésta, se requiere que haga parte de la administración de la misma, y que para la época a que se contraiga el análisis o examen se halle en desempeño del cargo. Si el funcionario de la sociedad no desempeñó el cargo para el cual fue nombrado, no puede aplicársele la sanción establecida por el artículo 25 de la Ley 58 de 1931. **Actor,** Emilio Toro. **Ponente,** Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia,** octubre 25 de 1945 429

...SON VILLEGAS
DONACION

Páginas.

Autoridades nacionales. (Sociedades anónimas)—No obstante la ambigüedad de los términos del artículo 10 de la Ley 58 de 1931, lo que se extingue es el derecho para continuar ejerciendo legalmente, sin licencia de la Superintendencia, el objeto social, por la sencilla razón de que éste y no otro es el derecho que el referido plazo subordina, y que es lo acorde con el objeto que el legislador persigue por medio de tales preceptos, tendientes no a señalar una causal más de disolución de las sociedades anónimas existentes, a lo cual conduce la tesis contraria de la Superintendencia, sino a amparar los derechos de los asociados y de los terceros que con tales sociedades contratan. **Actor,** Compañía Empresaria del Camino del Carare, S. A. **Ponente,** Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia,** julio 26 de 1945 396

Autoridades nacionales. (Superintendencia de Sociedades Anónimas)—El Consejo acepta las razones alegadas para sostener que la obtención del permiso de la Superintendencia es condición indispensable para que las sociedades anónimas puedan funcionar legalmente, pero no acepta como jurídica la conclusión de que vencido el plazo que el legislador señaló a las sociedades existentes para obtener la licencia o permiso, éste ya no pueda solicitarse y obtenerse, pues el análisis detenido y sereno de las disposiciones legales pertinentes, y a la finalidad por ellas perseguida, lleva lógicamente a una conclusión distinta. **Actor,** Compañía Empresaria del Camino del Carare, S. A. **Ponente,** Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia,** julio 26 de 1945 343

Autoridades nacionales. (Venta de acciones)—A la conclusión de que son insostenibles las Resoluciones querelladas se llega también si se tiene en cuenta que con la Ley 58 de 1931 buscó el legislador como máxima finalidad el asegurar el cumplimiento de las normas del Código de Comercio, que regulan la constitución, organización y funcionamiento de las sociedades anónimas, a efecto de evitar que sus directores especulen con su posición, que les permite enterarse del movimiento real de los negocios de aquéllas, y, de consiguiente, de los momentos más oportunos para comprar o vender acciones, con perjuicio manifiesto tanto para los accionistas, que no tienen en sus manos el comando de las sociedades, como para los terceros, que negocien con ellas, y de ahí la razón de ser de la prohibición concretada en el inciso 1º del artículo 25 del estatuto citado, y de la locución empleada en el inciso 2º: **"ajenos a motivos de especulación". Actor,** Emilito Toro. **Ponente,** Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia,** octubre 25 de 1945 429

B

Páginas.

Bienes ocultos. (Suspensión provisional)—La ley no dijo que para que un bien tuviera el carácter de oculto debería ser oculto, en primer término, seguramente por no incurrir en tamaña redundancia. Oculto, conforme al Diccionario, es lo escondido, ignorado, que no se da a conocer, ni se deja ver ni sentir. Mal puede decirse que un bien que se conoce, que no se ignora, sea oculto. El legislador no podía incurrir en semejante contrasentido. **Actores,** Naviera Colombiana y otros. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** julio 13 de 1945 35

D

Decretos de los Alcaldes. (Suspensión provisional)—Desde los tiempos de la legislación española se fijó la anchura mínima que debían tener las calles y demás vías públicas, y se dispuso que dichas calles y vías eran bienes de uso público, y como tales no susceptibles de apropiación ni de prescripción. Estos mismos principios han regido bajo la legislación de la República, y disposiciones legales y de Policía vigentes previenen que los particulares que ocupen o hayan ocupado zonas correspondientes a las calles o vías públicas están obligados a desocuparlas si en las zonas respectivas no existieren edificaciones o cuando fueren demolidas las que existieren para levantar en ellas construcciones nuevas. De acuerdo con estos principios, en las principales ciudades de la República se han expedido acuerdos que obligan a los propietarios a soltar las zonas de terreno necesarias para darles a las calles la anchura que deben tener conforme a disposiciones legales y de Policía vigentes. De modo que, a **prima facie,** no ve el Consejo que tales disposiciones de los acuerdos y decretos sean violadoras de normas superiores de derecho, ni lesivas de la propiedad privada, para que fuera procedente la suspensión provisional. **Actor,** Personero Municipal de Ibagué. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** agosto 9 de 1945 44

Decretos del Gobierno. (Ascenso administrativo)—Cuando la ley habla de **mejores condiciones** aclara el concepto de ascenso en el sentido de que debe entenderse por tál la promoción a mayor dignidad, a un grado más sobre el que posee dentro de la jerarquía, teniendo en cuenta la mayor responsabilidad, las condiciones técnicas o de preparación y la antigüedad del ascendido. La mayor o menor asignación en el empleo, no fue el punto de partida ni siquiera el complemento de la Carrera Administrativa. Esta no tuvo por objeto, desde el punto de vista de la Administración, que el empleado ganara mayor o menor suma, sino que buscó una mayor eficiencia en el trabajo, y como com-

Páginas.

pensación estableció la inamovilidad y el ascenso dentro del escalafón jerárquico que ordenó. **Actores,** Julio Campo González y otros. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia,** noviembre 28 de 1945 327

Salvamento de voto de los Consejeros doctores Gonzalo Gaitán y Guillermo Hernández Rodríguez 332

Decretos del Gobierno. (Autorizaciones del Presidente de la República)—Y no se diga que el Gobierno está constitucionalmente autorizado para distribuir los negocios según sus afinidades, dentro de los Ministerios y los Departamentos Administrativos, porque esto no es lo que ha ocurrido en el caso contemplado: no es que se haya pasado, por ejemplo, una sección del ramo policivo de un Ministerio a otro —que sería el caso a que la Constitución podría aplicarse—, sino que se ha asignado competencia para el conocimiento de ciertos recursos al Departamento Nacional de Seguridad —Sección de la Policía Nacional—, cuando el señalamiento de competencias en materias jurisdiccionales es materia propia de la ley, y cuando no ha ocurrido el caso de que un negocio se haya quitado de un Ministerio para pasarlo a otro, sino que se ha pasado a una rama del Ministerio de Gobierno un negocio que fue adscrito a la Gobernación de Cundinamarca por ministerio del artículo 6º del Decreto extraordinario 2303 de 1944. **Actor,** Alfonso Uribe. **Ponente,** Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia,** septiembre 11 de 1945 423

Decretos del Gobierno. (Carrera Administrativa)—El primer considerando del Decreto 746 de 1945 entraña un ataque formal a la Ley de Carrera Administrativa, porque si **"la experiencia ha comprobado que la delicadeza especial de los negocios peculiares del Ministerio de Minas y Petróleos exige que algunos funcionarios de ese ramo puedan ser escogidos libremente por el Gobierno como sus agentes de confianza y discreción absolutas",** esto mismo se podría predicar de todos los empleados del país. Fuerza es suponer que todo empleado desempeña funciones delicadas y debe gozar de la absoluta confianza de sus superiores, y, en esas condiciones, lo procedente, lo legal, sería derogar la Ley de la Carrera Administrativa, por inconveniente. Con la misma lógica todos los Ministerios podrían dictar decretos semejantes al que es materia de la acusación, e incurriendo en lo que se llama el fraude a la ley, el estatuto que ampara al empleado, expedido por el Congreso de 1938, quedaría convertido en letra muerta. Se llegaría al grave precedente de que por medio de decretos se hicieran ineficaces las leyes. Por otra parte, por medio de un decreto no se les puede dar el carácter de "agente del Gobierno" a quienes conforme a la técnica no lo ten-

Páginas.

gan. **Actor,** Sindicato de Empleados del Ministerio de Minas y Petróleos. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** diciembre 17 de 1945 137

Decretos del Gobierno. (Consulta previa)—Como fácilmente puede verse, a excepción del Secretario General del Ministerio de Minas y Petróleos y del Secretario Privado del Ministro, todos los demás empleados que se mencionan en el Decreto transcrito figuran en el Escalafón del ramo, elaborado por el Consejo Nacional de Administración y Disciplina y aprobado por medio del Decreto del Gobierno, número 1095 de 1941. De modo que al ser excluídos estos últimos empleos del respectivo Escalafón, sin que se hubiera **consultado previamente** la medida con el mismo Consejo Nacional de Administracion y Disciplina, como lo afirma esta entidad en comprobantes que figuran en el proceso, tal circunstancia es suficiente para decretar la nulidad impetrada, pues la ausencia de dicho requisito contraviene lo establecido en los artículos 11 de la Ley 165 de 1938 y 2° del Decreto reglamentario número 2091 de 1939. La importancia de la consulta es innegable, comoquiera que el propio Gobierno la creyó necesaria para proceder a la reforma del Escalafón, y por eso, en el último de los considerandos del Decreto acusado se lee lo siguiente: "Que, según los ordinales e) de la Ley 165 de 1938 y b) del Decreto reglamentario número 2091 de 1939, **se ha consultado previamente al Consejo Nacional de Administración y Disciplina**"; pero tal aseveración resulta infirmada con los documentos que figuran en los folios 13 y 14, como ya se dijo. **Actor,** Sindicato de Empleados del Ministerio de Minas y Petróleos. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** diciembre 17 de 1945 137

Decretos del Gobierno. (Competencia del Consejo de Estado). Los artículos 214 y 216 de la Constitución estatuyen que corresponde a la Corte Suprema de Justicia conocer de las demandas de los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los numerales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121 de la Constitución, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad. No encuentra el Consejo que sea este el caso de autos, porque el Decreto número 984 de 1945 no reviste el carácter de extraordinario, ni fue expedido en uso de las autorizaciones especiales a que se refiere el ordinal 11 del artículo 76 precitado. Lejos de eso: el Gobierno, para dictarlo, no invoca en el preámbulo otra facultad que la que corresponde al Presidente de la República, conforme a la Constitución, de distribuír los negocios, según sus afinidades, dentro de los Ministerios y Departamentos Administrativos. **Actor,** Alfonso Uribe. **Ponente,** Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia,** septiembre 11 de 1945 423

Páginas.

Decretos del Gobierno. (Escalafón)—Por el hecho de ser admitido en la Carrera Administrativa e inscrito en el Escalafón respectivo, el empleado **adquiere** el derecho a ser ascendido cuando se presente la vacante de un cargo de superior categoría (artículo 12 del Decreto 2091 de 1939). El Decreto acusado arrebata a los empleados del Ministerio de Minas y Petróleos, que están inscritos en el Escalafón, un **derecho adquirido.** Por este aspecto, pues, el Decreto ejecutivo 746 de 1945, que se demanda, es ilegal. Viola lo preceptuado por el artículo 28 de la Ley 153 de 1887, que se limita a desarrollar el canon constitucional según el cual "los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores" (artículo 31 de la Constitución de 1886). Y si no lo pueden ser por mandato del legislador, mucho menos lo serán por disposición del Ejecutivo. **Actor,** Sindicato de Empleados del Ministerio de Minas y Petróleos. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** diciembre 17 de 1945 137

Decretos del Gobierno. (Nombramiento de Fiscales)—El artículo 144 de la Codificación Constitucional dice que los Fiscales de los Tribunales Superiores serán nombrados por el Presidente de la República, lo que no puede entenderse como una prohibición para que ese acto del Presidente no pueda ser refrendado por el Ministro de Gobierno, cuanto más que el artículo 57 de la misma Codificación, con la sola excepción del nombramiento y remoción de los Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos, establece que los actos del Presidente deben ser refrendados por el Ministro respectivo. De acuerdo con esta norma constitucional, el Decreto acusado, número 1378 de 1945, realmente no hace sino obedecer el mandato constitucional en referencia. **Actor,** Augusto Esparza Gómez. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia,** noviembre 3 de 1945 323

Decretos del Gobierno. (Prestaciones sociales)—Se ha considerado siempre que la base primordial para obtener la pensión es el tiempo de servicio. La ley no dice cuándo se debe haber cumplido la edad, si en el servicio o posteriormente a él, o si en ambos casos hay derecho a la pensión; y al Gobierno sí le es dado, sin salirse de la potestad reglamentaria, proveer sobre lo que implícitamente esté contenido en la ley. La ley no suele emplear las locuciones "ex-empleado", "ex-obrero", que es uno de los argumentos de la demanda, para concluir que se necesita tener el carácter de empleado u obrero al llegar a los cincuenta y cinco años. Por lo demás, y así lo dicen textos expresos, la legislación social debe interpretarse con amplitud en beneficio de los agraciados. **Actor,** Jaime Rodríguez Fonnegra. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** septiembre 19 de 1945..... 87

Páginas.

Decretos del Gobierno. (Transportes)—Aun cuando el contrato de transporte está consagrado y reglamentado en el Código de Comercio, no puede considerarse estrictamente como un contrato de derecho privado. En general, los contratos de derecho privado se refieren a un número determinado de personas, pero el de transporte opera y tiene influencia sobre un número indeterminado e indeterminable de personas. Es, comúnmente, de los llamados por Salelles contrato de adhesión o por adhesión, y por ello, por referirse a un número indeterminado de personas, por las relaciones que tiene con el público en general, ha sido, no sólo en Colombia sino en todos los países, frecuentemente intervenido por el Estado, en guarda de los derechos de la colectividad. En relación con este contrato, los principios de la libertad de las convenciones y de la autonomía de la voluntad no pueden tener la misma amplitud que en las demás convenciones relacionadas o circunscritas exclusivamente a intereses privados de personas determinadas, y por ello resulta equivocado enfocarlo con el prisma exclusivo del derecho privado. **Actor,** Eduardo Noguera S. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** septiembre 26 de 1945 95

Decretos del Gobierno. (Transportes)—"Cualquiera que sea su forma de organización, toda empresa deberá tener para la explotación de la industria un mínimo de diez vehículos" (artículo 3º, inciso d), Resolución 120 de la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas). Pudiera objetarse que esta disposición quebranta el principio de la libertad de industria consagrada en la Superley. Pero ello no es así. Tan sólo se imponen condiciones para el ejercicio o explotación de la industria, condiciones que miran al interés de los asociados y que tienen un innegable interés práctico. Sería gravemente perjudicial que un transportador no pudiera reemplazar el vehículo que sufra una avería, con la consiguiente demora de los itinerarios de salida y de llegada, tanto en el transporte de carga como en el de pasajeros. El que quiera dedicarse a esta industria tiene que tener necesariamente la capacidad económica para prestar un servicio que llene sus finalidades sociales. **Actor,** Eduardo Noguera S. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** septiembre 26 de 1945 95

Desistimiento de la apelación—La Ley 105 de 1931 no puede consagrar un procedimiento regresivo en relación con lo que estableció el artículo 95 de la Ley 105 de 1890. Por consiguiente, es preciso suponer que el legislador de 1931 no quiso dejar una caótica indeterminación de jurisdicción. Siendo así las cosas, aplicando rigurosamente el artículo 147 del mismo Código en el intervalo de la suspensión de jurisdicción, no habría ante quién hacer la solicitud de desistimiento, lo que llevaría a una situación absurda. Pero

Páginas.

una exégesis más racional permite aseverar que cuando el renunciamiento de la acción o el desistimiento del recurso se hacen, estando todavía el expediente en la primera instancia, el Juez de ésta reasume la jurisdicción para el efecto de resolver el respectivo memorial, ya que la naturaleza especial del incidente de desistimiento, cuya finalidad es terminar el juicio, significa no sólo el renunciamiento de la acción incoada, sino la terminación de todo el proceso. **Actores,** Martín Céspedes y otro. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia,** septiembre 27 de 1945 .... **303**

E

Electorales. (Admisión de la demanda)—De acuerdo con el artículo 215 de la Ley 167 de 1941, el auto admisorio de una demanda electoral se ejecutoria al día siguiente de su notificación, y aun cuando ésta no se verifique, contra ese auto no hay recurso alguno. Esta disposición no es incompatible con la de la Superley (artículo 71 del Acto legislativo 1° de 1945), aducida para que no se diera curso a la demanda. Admitida como fue ésta, no podía luégo rechazarse. Los problemas de la habilidad o inhabilidad constitucional para litigar en negocios electorales y de la oportunidad o inoportunidad de la acción no se pueden elucidar ni resolver por el sustanciador. una vez que éste ha admitido la demanda. **Actores,** Agustín Guerrero Enríquez y otro. **Ponente,** Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino. **Sentencia,** junio 19 de 1945..... 3

Electorales. (Alcance de la inclusión en terna)—Ni el individuo incluído en la terna tiene derecho a ser elegido, ni la Cámara tiene obligación de elegirlo. Así, pues, se advierte una ausencia de materia sobre que deba versar la renuncia. Se renuncian los empleos, pero no posibilidades de ser empleado. Cosa distinta sería si uno o más de los individuos de una terna, en el momento de formarla, careciesen de las condiciones legales para ser elegido, porque en este caso no habría ternas, desde luégo que, en sentido jurídico, terna no quiere decir únicamente conjunto de tres personas, sino que estas tres personas deben ser elegibles. **Actor,** Saúl Luna Gómez. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** septiembre 21 de 1945 90

Electorales. (Censo electoral)—Analizando el concepto del Jurado Electoral de Versalles, se llega a la conclusión de que como no existe o es notoriamente anómalo el censo electoral permanente, porque no hay concordancia entre el número de orden con el nombre del sufragante, las autoridades de ese lugar, para poder hacer la elección, resolvieron pasar por encima de ese requisito legal, indispensable para poder realizar el sufragio. Estas medidas estrictas han sido tomadas

Páginas.

por la ley justamente como medidas para extirpar el vicio del fraude, que ha sido tan arraigado y pertinaz en las costumbres electorales colombianas. Dentro de este propósito la exigencia del cumplimiento de las prescripciones legales es imperativo para que Parlamentos, Gobiernos y Tribunales colaboren en la tarea de sanear los procesos eleccionarios con la aplicación rigurosa de las medidas y prescripciones trazadas por el legislador. **Actor,** Luis Felipe Rosales. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** noviembre 20 de 1945 102

Electorales. (Cómputo de votos)—De conformidad con la ley electoral, para que el Consejo Electoral del Tolima pudiera computar los votos emitidos en el Municipio de Ortega, bastaba que al Consejo hubiera llegado el acta de los escrutinios practicados por el Jurado Electoral del Municipio, acta que desde un principio llegó a poder de los escrutadores, sin que éstos pudieran desecharla, a menos que ocurriera alguno de los dos casos contemplados en el artículo 14 de la Ley 96 de 1920, es decir, por comprobarse que el acta había sufrido alteración sustancial en lo escrito después de firmada por los miembros del Jurado, o por resultar que el acta era falsa o apócrifa, o falsos y apócrifos los elementos que sirvieron para su formación. **Actores,** Guillermo Peñaranda Arenas y otros. **Ponente,** Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia,** julio 3 de 1945 403

Electorales. (Consejos Electorales Departamentales)—La labor del Consejo Electoral, como la de las demás corporaciones electorales, no es otra que la de una simple contabilización de los resultados parciales, que constan en las actas respectivas, salvo en los casos especiales que la ley contempla, y en los cuales les es dado, en presencia de cuestiones de hecho, desestimar los datos que en ellas aparezcan. Conforme a esta doctrina, ya adoptada por el Consejo de Estado, los Consejos Electorales Departamentales contabilizan los votos registrados en las actas de escrutinios practicados por los Jurados Electorales Municipales, y éstos, a su vez, contabilizan los votos registrados en las actas de escrutinios practicados por los Jurados de Votación; de modo que sólo cuando la corporación escrutadora tuviere dudas sobre la exactitud de los cómputos hechos, o noticia de otras irregularidades cometidas en los escrutinios, según aparezca de los registros respectivos, se verificará lo hecho abriendo el paquete de papeletas y haciendo el escrutinio de los votos como está dispuesto para los Jurados de Votación (artículo 143, Ley 85 de 1916). **Actores,** Guillermo Peñaranda Arenas y otros. **Ponente,** Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia,** julio 3 de 1945 403

Electorales. (Corregimientos)—El Consejo de Estado ha dicho que es a los Consejos Electorales y no a los Ins-

Páginas.

pectores de Cedulación a quienes corresponde conceder permiso para la instalación de mesas de votación en los Corregimientos e Inspecciones de Policía que estén a menos de diez kilómetros de distancia de la cabecera del Municipio. Pero, con todo, los Jurados de Votación se instalaron indebidamente, y los sufragantes que en tales mesas consignaron sus votos de buena fe, en ejercicio de un pleno derecho, no pueden quedar sancionados con la anulación de sus votos, sólo porque el Jurado Electoral, en cuestiones meramente procedimentales, ordenó en forma irregular el funcionamiento de mesas de votación. Lo contrario podría llevar al peligroso extremo de que se ordenase el funcionamiento de mesas de votación en forma irregular, para en forma sorpresiva colocar a los electores en el trance de perder sus votos por causas que no les son imputables; cosa más grave, si se quiere, que la misma irregularidad en que incurrió el Jurado Electoral, de que se viene hablando. En manera alguna, ante el hecho cumplido de unas votaciones realizadas ante unos Jurados de Votación, que se instalaron y funcionaron regularmente, cabe una declaración de nulidad sobre los registros respectivos. **Actores,** Guillermo Peñaranda Arenas y otros. **Ponente,** Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia,** julio 3 de 1945 403

Electorales. (Escrutinios)—En caso de extravío o pérdida de pliegos o registros, aun cuando sobre el particular hay un vacío en la ley electoral, ello no obsta para señalar un procedimiento acorde con los principios generales que regulan la materia (artículos 127 y 171 de la Ley 85 de 1916 y artículo 2º de la Ley 31 de 1929). La circunstancia de no haberse recibido los pliegos oportunamente no modifica la situación anómala de la entidad, que no puede practicar el escrutinio por carecer de los papeles y elementos necesarios para ello. Igual impedimento afecta al que no ha recibido los registros parciales que a aquel al cual le fueron sustraídos u ocultos. Luego donde las causas son análogas, los efectos deben participar de la misma naturaleza. Según se desprende de las disposiciones citadas, no sólo sirven las copias expedidas por el Gobernador del Departamento para el efecto referido, sino también las que expidan los Tribunales Seccionales Administrativos correspondientes. **Actores,** Guillermo Peñaranda Arenas y otros. **Ponente,** Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia,** septiembre 19 de 1945 355

Electorales. (Exceso de votos)—El exceso que el ordinal 5º del artículo 196 de la Ley 85 de 1916 apunta como causal de nulidad, dice relación a las cifras que arroje el libro de cédulas inscritas o revalidadas el día de la votación, y se prueba, consiguientemente, con el certificado del respectivo Jurado Electoral, expedido con relación al día de las elecciones o al día en

Páginas.

que se cierren la inscripción o la expedición de cédulas, no con certificados de autoridades distintas a las que tales libros llevan, expedidos con respecto a fechas distintas de las indicadas ya. **Actores,** Guillermo Peñaranda Arenas y otros. **Ponente,** Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia,** septiembre 19 de 1945 355

Electorales. (Ilegalidad de nombramientos)—El Consejo de Estado ha declarado nula la elección de Contralor Municipal recaída en el Concejal suplente del Concejo de Barranquilla, por cuanto conforme al artículo 171 del Código de Régimen Político y Municipal, es prohibido a los Concejos nombrar a ninguno de sus miembros para algún destino lucrativo, agregando el artículo 2º de la Ley 5ª de 1929 que la prohibición que contiene el numeral 10 del artículo 171 precitado, subsistirá durante todo el período para que ha sido nombrado el personal de los Concejos, aun de miembros principales y suplentes que hubieren sido legalmente excusados después de haber tomado posesión del cargo de Concejales. **Actor,** Arturo Martínez Gutiérrez. **Ponente,** Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia,** agosto 8 de 1945..... 420

Electorales. (Magistrados de la Corte Suprema del Trabajo). De conformidad con el artículo 62 de la Ley 6ª de 1945, las plazas de la Corte Suprema del Trabajo se proveen, no mediante una elección simple y directa, sino mediante una elección compleja de segundo grado. La formación de la terna por el Gobierno constituye la primera etapa de este proceso electoral, y la elección o escogencia de la Cámara, la segunda. Pero todo culmina en la designación que haga la Cámara. Desde luégo el elegido para desempeñar el cargo puede renunciarlo por no ser éste uno de los empleos de forzosa aceptación. Mas, la simple inclusión o proposición en una terna no es renunciable por la muy sencilla razón de que no hay qué renunciar. **Actor,** Saúl Luna Gómez. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** septiembre 21 de 1945..... 90

Electorales. (Nulidad de la votación)—Si bien los artículos 106 y 110 de la Ley 85 de 1916 estatuyen que la votación debe durar 8 horas, el legislador no ha llegado a erigir en motivo de nulidad un exceso o un defecto de una hora o de hora y media. Es claro que si la votación en una mesa se cierra al cabo de cuatro horas o menos, a partir de su comienzo, lo que ocurre es que no ha habido propiamente tal votación, y entonces los respectivos sufragios no podrían computarse. ¿Por qué? Porque pesaría sobre el acto electoral un grave indicio de violencia, o de coacción, o de artería, tendiente a burlar en una o en otra forma el derecho del sufragio. **Actor,** Angel María Clavijo. **Ponente,** Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino. **Sentencia,** agosto 30 de 1945 3

Páginas.

Electorales. (Nulidades electorales)—Las nulidades que pueden declarar las corporaciones escrutadoras son de cuatro categorías: 1. Nulidades referentes a exceso de votaciones; 2. Alteración manifiesta en que aparezca ostensible y sustancial modificación en lo escrito en los registros, después de firmados; 3. Errores aritméticos, y 4. Registros que evidentemente o indudablemente aparezcan como apócrifos o falsos. Este contenido de la ley muestra que el legislador tuvo en cuenta las dificultades que existen para separar rígidamente el hecho del derecho, y tuvo que recurrir al concepto de lo apócrifo y lo falso, el cual se relaciona con lo incierto o lo contrario a la verdad, y entraña, por consiguiente, una apreciación subjetiva, que se roza con las aplicaciones del derecho. Por esa razón la ley empleó términos que implican cierta apreciación de medida, como los vocablos "evidentemente" o "indudablemente". Cuando el registro aparezca como falso, de manera ostensible, la nulidad puede ser decretada por las corporaciones escrutadoras. Pero cuando esa falsedad no sea ostensible, no sea evidente, la nulidad no podrá ser decretada sino previo un estudio jurídico por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. **Actores,** Guillermo Peñaranda Arenas y otros. **Ponente,** Consejero doctor Gustavo A. Valbuena. **Sentencia,** diciembre 18 de 1945 495

Electorales. (Nulidades generales)—Las nulidades de registros electorales están enumeradas en los artículos 195 y 196 del Código de lo Contencioso Administrativo. Entre esas causas de nulidad se contempla el caso en que el registro aparezca como falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación. Estos términos generales deben entenderse relacionados con las formalidades exigidas para que se verifique la elección o el escrutinio, actos que están estrictamente reglamentados por la ley. Así, por ejemplo, una elección en que los ciudadanos votaran sin cédula sería nula y nulos sus registros, aunque expresamente no se haya previsto el caso en los artículos precitados, puesto que la formalidad de la cédula es esencial, y su no presentación para el ejercicio del sufragio hace que la votación sea falsa, y falsos y apócrifos los registros que se levanten con base en ese hecho flagrantemente violador de las disposiciones sobre la materia. **Actor,** Luis Felipe Rosales. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** noviembre 20 de 1945 102

Electorales. (Nulidad por fraude)—Pero si el fraude adquiere proporciones desmesuradas y graves sería perjudicial para la purificación de las prácticas electorales que por salvar algunos votos legítimos se fueran a escrutar numerosos votos fraudulentos. El Juez no es un actor mecánico, que aplica la ley a metraje, sino al través de sus conocimientos jurídicos generales y

Páginas.

JAIME TOBÓN VILLEGAS
BIBLIOTECA

en consideración a los hechos que se le presentan. Entre la realidad y el derecho no hay una muralla feudal sino uña vinculación ineludible. En el caso de autos el fraude aparece como un acto múltiple y sistemático realizado por expertos sobre la materia, al través de todo el proceso electoral. Así se ha demostrado con abundantes pruebas, y, por lo tanto, es el caso de aplicar, con una clara y severa apreciación de las circunstancias, los preceptos legales que desde hace varios años vienen orientados por un principio general que tiende a desenraizar el fraude de las prácticas electorales del país, para que la democracia colombiana, que se gesta en las urnas, tenga en sus fuentes bautismales un origen legal y diáfano. Las leyes de las últimas décadas convergen sobre este principio, que alienta todo el proceso de la legislación contemporánea de Colombia sobre materias electorales. **Actor,** Luis Felipe Rosales. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** noviembre 20 de 1945 102

Electorales. (Presentación de la demanda)—La exigencia que hacen el Código Administrativo y la ley electoral de manera especial y expresa, de que las demandas electorales, para que sean válidas, se introduzcan ante determinado funcionario, puede ser anacrónica o exagerada, pero como es exigencia legal perentoria e inequívoca, al fallador sólo corresponde acatarla y aplicarla, sin que la benevolencia le lleve a pasar por alto que el proceso debe iniciarse en forma regular, y, por lo tanto, legítima, como la mejor garantía de acierto y de respeto por la ley. La manera, uniformemente repetida, como el Consejo ha dicho que no es legítima la demanda electoral presentada con violación del artículo 190 de la Ley 85 de 1916, disipa hasta el más mínimo escrúpulo que pudiera asaltar al juzgador, de estar sacrificando el derecho a la fórmula. **Actor,** Leonidas Gómez B. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia,** septiembre 18 de 1945..... 281

Salvamento de voto del Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez 288

Electorales. (Presentación de la demanda)—Ha entendido el Consejo que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y los Administrativos no están comprendidos en la denominación especial de Juzgado, y que, por consiguiente, la presentación ante ellos de una demanda dirigida al Consejo de Estado, no satisface el requisito de los artículos 125 y 212 del Código citado. En asuntos electorales, desde la Ley 85 de 1916 está determinado cuál es el Juez de mayor categoría del lugar, pues en el artículo 190 se establecía que el escrito de demanda debía presentarse ante el Juez de mayor categoría del Distrito, en lo Civil, aclarando en el parágrafo 1º que en los lugares donde hubiera

Páginas.

dos o más Jueces de Circuito o Municipales en lo Civil debía entenderse que la ley se refería al que llevara el número primero (1º). **Actores,** Guillermo Peñaranda Arenas y otros. **Ponente,** Consejero doctor Gustavo A. Valbuena. **Sentencia,** diciembre 18 de 1945..... 495

Electorales. (Partija mecánica)—Aun cuando en el acto respectivo consta que los candidatos se acordaron mediante el sistema vulgarmente conocido con el nombre de "partija mecánica", en que cada uno de los electores renuncia al derecho que tiene a intervenir en la selección y escogencia del personal por que sufraga, derecho irrenunciable, a cambio de hacer triunfar, para alguno de los cargos por proveer, su interés personal, que es el de asegurar determinados nombres, no siempre los mejores, el Consejo se abstiene de hacer al respecto estudio jurídico alguno, por no haberse deducido este cargo en la demanda y no poder, por consiguiente, ser objeto de la sentencia (artículos 84 de la Ley 167 de 1945 y 541 del Código Judicial). **Actor,** Pablo A. Rosas. **Ponente,** Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia,** octubre 23 de 1945 383

Electorales. (Registros electorales)—Aun admitiendo la razón alegada por la mayoría de la corporación escrutadora, de que ya el escrutinio había sido practicado, es forzoso anular la proposición número 13, por la cual el Consejo Electoral del Tolima se abstuvo de computar los votos correspondientes al Municipio de Ortega, basándose en que no existían los registros o listas de sufragantes que debían servir de base para formar el escrutinio, puesto que ya se vio que en tiempo hábil llegó a poder del Consejo el registro electoral del Municipio, que era el que la corporación escrutadora debía tomar en cuenta y que no podía anular ni dejar de computar, no mediando respecto de él ninguna de las causales taxativamente enumeradas por el artículo 14 de la Ley 96 de 1920. **Actores,** Guillermo Peñaranda Arenas y otros. **Ponente,** Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia,** julio 3 de 1945 403

Electorales. (Reglamentación ejecutiva)—Es inaceptable la tesis de que la reglamentación ejecutiva es en todo caso elemento indispensable para que la ley obligue y pueda ejecutarse, lo que no es cierto, desde luégo que entre los requisitos constitucionales que el artículo 84 de la antigua Codificación enumeraba como esenciales para que un acto legislativo tuviera el carácter de ley, y que eran: haber sido aprobado, por mayoría absoluta de votos en cada Cámara, en tres debates distintos, y haber tenido la sanción ejecutiva, no contaba o no entraba el de la aludida reglamentación, la que tiene carácter facultativo y sólo tiene cabida forzosa para llenar vacíos y regular pormenores para la cumplida ejecución de la ley, no tratándose de casos excepcionales en que el legislador

Páginas.

mismo subordine su vigencia a tal reglamentación. **Actor,** Pablo A. Rosas. **Ponente,** Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia,** octubre 23 de 1945.... 383

Electorales. (Registradores de Instrumentos Públicos y Privados)—La Ley 40 de 1932 exige para ser Registrador de Instrumentos Públicos y Privados "las mismas condiciones que para ejercer la profesión de abogado o haber desempeñado aquel cargo (el de Registrador) durante diez (10) años en la cabecera de un Distrito Judicial...." Si el nombrado Registrador cumple siquiera una de aquellas dos condiciones, es obvio que disfruta del **ius honoris,** y la respectiva designación no puede ser tachada de nulidad por tal concepto. ¿Quiénes pueden, según la ley, ejercer la profesión de abogado? Los que tienen título universitario; los que sin tenerlo completaron los estudios de jurisprudencia y han sido aceptados, y, por último, aquellos que careciendo también de título, presentaron en tiempo ante los Tribunales Superiores, el examen de que tratan las leyes reglamentarias de la abogacía. No habría por qué limitar la capacidad para el ejercicio profesional a los abogados titulados, o a éstos y a los que se sometieron airosamente a aquel examen, puesto que los otros, es decir, los aceptados, también pueden ejercer y su ejercicio es válido en todas las ramas del derecho. **Actores,** Octavio Ramírez Alvarez y otros. **Ponente,** Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino. **Sentencia,** septiembre 26 de 1945 23

Electorales. (Renuncias en las ternas)—La corporación que debe hacer el nombramiento, en caso que se presente una o más renuncias, puede, si lo tiene a bien, pedir que se reintegre la terna, pero no está obligada a ello, lo cual no le quita su facultad de escoger entre los tres, pero en ningún caso la elección recaída en uno de los individuos que hayan renunciado está viciada de nulidad, porque bien sabido es que las causales de nulidad, tanto en derecho privado como en derecho administrativo, son taxativas, y en parte alguna se ha erigido en causal de nulidad la elección o nombramiento de un individuo que ha expresado su voluntad de no aceptar. **Actor,** Saúl Luna Gómez. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** septiembre 21 de 1945 90

Salvamento de voto del Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino 94

Electorales. (Términos)—La elección de Registradores es acusable por cualquier persona dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de la "expedición" del nombramiento. Pero ¿cuándo ha de entenderse **expedido?** Lo natural es que el decreto no rige ni se considera expedido sino a partir de su publicación oficial, pues antes de eso solamente algunas personas lo conocen, y nadie **puede** demandar acto alguno sin conocerlo, ni lo puede conocer mientras no se

Páginas.

publique, A no ser así, tales nombramientos podrían, en la práctica, escapar de la acción popular contencioso-electoral, a causa de retardo, más o menos explicable, en la publicación de los respectivos decretos. **Actores,** Octavio Ramírez Alvarez y otros. **Ponente,** Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino. **Sentencia,** septiembre 26 de 1945 28

Electorales. (Términos judiciales)—Lo sustancial, para apreciar los **términos** judiciales, está en saber si el recurrente presentó en tiempo su acción. Es verdad que la demanda primitiva se refirió a dos acciones que no podían seguirse en el mismo trámite: una de nulidad contra una ordenanza, y otra contencioso-electoral. El demandante pidió al Tribunal revocar su proveído por entrañar éste implícitamente el rechazo de la demanda. Luégo, el actor, el último día hábil (a las 7 menos 15 minutos de la noche), dio cumplimiento al auto del Tribunal aclarando la demanda. Así las cosas, no se puede sostener seriamente que ésta fue instaurada fuera de tiempo, sin sacrificar el derecho sustantivo a las palabras y fórmulas del procedimiento, contrariando la regla de interpretación fijada por el artículo 2172 del Código Judicial. **Actor,** José Félix Fuenmayor. **Ponente,** Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino. **Sentencia,** septiembre 5 de 1945 16

Electorales. (Violencia)—Para que prospere la causal de nulidad de que trata el numeral 3º del artículo 195 del Código Contencioso, es necesario que la violencia que se ejercite contra los escrutadores sea en el acto en que ellos estén practicando el escrutinio, y que por causa de ella se confundan, mezclen, destruyan o pierdan las papeletas de votación, pues la nulidad está establecida en esa disposición, para el registro que practiquen los Jurados de Votación, lo que significa que la violencia debe ser coetánea con este acto, el que se realiza, de acuerdo con la ley, una vez cerradas las votaciones y no antes. **Actor,** Luis E. Wilches Blanco. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia,** septiembre 20 de 1945 291

I

Impuestos. (Características del gravamen)—Otra de las condiciones que se requieren para que las máquinas instaladas en un inmueble puedan reputarse como inmuebles, es la de que pertenezcan al dueño del suelo, condición que, por cierto, se cumple en este juicio, y según la cual no podrían gravarse con impuesto predial las fábricas o manufacturas instaladas en inmuebles pertenecientes a otros propietarios. De esto resulta que el impuesto no sería general y no quedarían en el mismo pie de igualdad ante el tributo los fabricantes dueños del suelo de sus fábricas y los que trabajan en inmuebles alquilados, circunstancia que podría aprovecharse fácilmente para bur-

Páginas.

lar el impuesto poniendo en cabeza de otra persona, natural o jurídica, la empresa o el inmueble. **Actor,** Eugenio J. Gómez. **Ponente,** Consejero doctor Ricardo Uribe Escobar. **Sentencia,** agosto 21 de 1945 455

Impuestos. (Accesorio y destinación)—Las maquinarias y enseres de una fábrica no son, por lo general, cosas destinadas al uso o al beneficio del inmueble en que se hallan instalados. Puede decirse, por el contrario, y es lo que ordinariamente ocurre, que el inmueble se destina al uso y beneficio de la fábrica. Vale decir, que lo accesorio, en estos casos de explotación fabril o manufacturera, es el inmueble, las más de las veces; por ejemplo, en las fábricas de textiles, de cigarrillos, etc. Para que puedan considerarse como inmuebles las maquinarias de un establecimiento industrial es necesario que su instalación sea lo que hace utilizable o beneficioso el predio donde se hallen colocadas. Es el caso de las minas y canteras, de los ingenios de caña de azúcar, de los tejares y lo será de los molinos cuando éstos hagan parte de la hacienda o finca donde se cultivan usualmente trigo, maíz, etc. Las circunstancias determinarán en cada caso si los objetos que se encuentran en un inmueble presentan o nó los caracteres de una verdadera destinación que les dé la calidad de inmuebles. Es una cuestión de hecho, que les corresponde a los Tribunales decidir. **Actor,** Eugenio J. Gómez. **Ponente,** Consejero doctor Ricardo Uribe Escobar. **Sentencia,** agosto 21 de 1945 455

Impuestos. (Catastro y nomenclatura)—La razón de ser de las disposiciones consignadas en el artículo 658 del Código Civil es la de fijar reglas para los casos de transmisión del dominio y otras relaciones de derecho privado, y aunque no se considere ilegal su aplicación en el campo fiscal, ello no consultaría la igualdad y la equidad en el derecho tributario, ya que no se gravan con el impuesto predial las mercancías existentes en inmuebles del mismo propietario, ni los bienes en depósito, ni los ganados de una hacienda de cría o engorde, de donde resultaría que sólo los industriales dueños del terreno en que tienen sus fábricas pagarían este gravamen, el que tomaría un carácter especial de exacción contra la industria, que ciertamente no es el objetivo del impuesto predial autorizado por la legislación fiscal. **Actor,** Eugenio J. Gómez. **Ponente,** Consejero doctor Ricardo Uribe Escobar. **Sentencia,** agosto 21 de 1945 455

Salvamento de voto del Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez 462

Impuestos. (Capacidad contributiva)—Teniendo presentes las disposiciones de la Ley 78 de 1935, Decretos 818 de 1936, 2374 de 1936 y 1691 de 1937, se puede concluir que las compañías marítimas extranjeras no domiciliadas, tengan o nó agentes o representantes en el país, que ejerzan su negocio regularmente, según de-

Páginas.

cisión del Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, son gravables en Colombia sobre la renta originada dentro del país. La obligación tributaria nace, pues, para estas compañías, por la reunión de estas condiciones, en virtud de las cuales adquieren la calidad de sujetos pasivos, por ser titulares de las relaciones económicas que el legislador ha considerado que producen una capacidad contributiva. **Actor,** Socony Vacuum Oil Company, Inc. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia,** septiembre 7 de 1945 270

Impuestos. (Compañías marítimas extranjeras)—El término de la proporción que establece el artículo 5º del Decreto 2374 de 1936 para liquidar la ganancia gravable de las compañías marítimas extranjeras, cuando se refiere a las **entradas brutas en Colombia,** no puede ser otro que el producido de los fletes percibidos por las compañías por el transporte en sus buques de los productos tomados en puertos colombianos. Sería desconocer la relación económica considerada como productora del impuesto, el limitar la imposición a lo percibido por el recorrido del mar territorial, pues ella no se manifiesta por ese recorrido únicamente, sino por la actividad regular del negocio de transporte, que es la que se ha considerado por las normas legales que por ellas se hacen partícipes las compañías extranjeras, no domiciliadas, de los beneficios que el Estado procura a los bienes, a las personas y a las relaciones jurídicas que tutela y favorece. **Actor,** Socony Vacuum Oil Company, Inc. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia,** septiembre 7 de 1945 270

Impuestos. (Derecho financiero)—El Consejo estima, teniendo para ello en cuenta los principios del derecho financiero, que siendo la única fuente de la obligación tributaria la ley, las normas que regulan esta delicada materia, y de las cuales el Fisco debe hacer aplicación para establecer a cargo del sujeto pasivo la existencia y medida de la obligación tributaria, establecen al mismo tiempo derechos a favor del contribuyente acerca de la exacta observación de las normas mismas. Al surgir un conflicto entre los órganos financieros que afirman la obligación y el contribuyente que la niega, la solución no puede imponerla siempre la voluntad de la Administración, porque ello contraría las normas jurídicas del Estado de derecho, quien éticamente está obligado a respetar las normas que él mismo establece. Aunque el Decreto 1691 citado confiere facultad especial a la Jefatura de Rentas, dicha facultad no es discrecional sino vinculada a las normas que regulan los hechos que originan la obligación tributaria. **Actor,** Socony Vacuum Oil Company, Inc. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia,** septiembre 7 de 1945 270

Páginas.

Impuestos nacionales. (Inexactitud en la declaración de renta)—Un simple error en la declaración de renta no constituye la falsedad, que es siempre inexactitud, en cuanto, a sabiendas, se emplea para defraudar ocultando maliciosamente en la respectiva declaración alguna partida o cantidad con el fin de que sobre ella no recaiga el correspondiente impuesto. El hecho de que el artículo 125 del Decreto 818 de 1936 expresó que "de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 78 de 1935, la sola inexactitud en la declaración hace incurrir en el recargo del ciento por ciento", no quiere decir que ese recargo se liquide sobre todo el impuesto que resulte al sumar todos los renglones o partidas denunciadas por el contribuyente, sino únicamente el recargo o recargos que correspondan a la partida o partidas en que se haya incurrido en ocultación o inexactitud maliciosa, porque injusto sería hacer recaer la pena aun con relación a aquello en que no se faltó a la verdad ni hubo fraude alguno al Fisco. **Actores,** Rubén Beltrán y otro. **Ponente,** Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia,** diciembre 13 de 1945 396

Impuestos nacionales. (Sociedad de hecho)—Dados los términos de los artículos 469 y 472 del Código de Comercio, resulta indiscutible que la expresada sociedad adolece de un vicio de nulidad, que afecta las relaciones de los socios entre sí. Pero si esto es cierto, no lo es menos que tal circunstancia no autorizaba al Jefe de Rentas para cargar a la cuenta de Beltrán, como no lo autoriza para cargar a la cuenta de su socio, el total del capital invertido y las utilidades obtenidas en el negocio social. ¿Por qué esto? Sencillamente porque en autos hay prueba suficiente que acredita que la sociedad colectiva de comercio que Beltrán y Becerra quisieron constituír por medio de la escritura a que el aludido certificado se refiere, pruebas que el liquidador tuvo a la vista, actuó durante todo el año de 1940, que contrajo obligaciones y celebró negocios, cuyo producido fue repartido entre los socios por iguales partes, o, en otros términos, que actuó como sociedad de hecho. **Actores,** Rubén Beltrán y otro. **Ponente,** Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia,** diciembre 13 de 1945..... 396

Indemnizaciones. (Expropiación por vías de hecho)—Los artículos 261 y siguientes del Código de lo Contencioso Administrativo se refieren a los casos de indemnizaciones por expropiaciones llevadas a cabo por el Estado con causa en trabajos públicos, sin que para la expropiación haya mediado sentencia judicial sino que se haya realizado por vías de hecho, mediante órdenes de las autoridades administrativas. **Actor,** Hernando Peña B. **Ponente,** Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia,** septiembre 26 de 1945. 425

Indemnizaciones. (Prescripción)—La prescripción principia a correr desde el momento en que el derecho para

Páginas.

ejercitar el derecho nació para el titular y éste dejó de ejercitarlo ante el Tribunal competente y en la forma prevista por la ley, de manera que implica de su parte un abandono de su derecho. **Actor,** Hernando Peña B. **Ponente,** Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia,** septiembre 26 de 1945 425

J

Jurisdicción coactiva. (Coadyuvancia)—El artículo 233 del Código Judicial dispone que todo aquel a quien, conforme a la ley, pueda aprovechar o perjudicar una sentencia, tiene derecho a intervenir en el juicio, coadyuvando o defendiendo la causa que le interesa.... Como se ve, dicho precepto se contrae al evento de la existencia de un interés jurídico vinculado precisamente al pleito de que se trate, al caso concreto en litigio, para que pueda decirse que el fallo aprovecha o perjudica al coadyuvante. No es suficiente, por tanto, un simple interés en la doctrina, en la jurisprudencia que haya de establecerse, por estimar, en abstracto, que se está en un caso similar al que va a ser objeto del fallo. De otro modo, quizás no habría proceso civil en que no se presentaran tantos coadyuvantes cuantos se creyeran en situaciones análogas a la que fuere materia de la litis. En las acciones de nulidad de un acto administrativo, verbigracia, cualquier persona puede pedir que se le tenga como parte para coadyuvar o impugnar la demanda (artículo 89, Ley 167 de 1941); y, sin embargo —agrega esta disposición— en otra clase de acciones el derecho de intervenir como parte sólo se reconoce a quien acredite un interés **directo** en las resultas del juicio. **Actor,** José del Carmen Mesa. **Ponente,** Consejero doctor Gustavo A. Valbuena. **Sentencia,** noviembre 22 de 1945 489

Jurisdicción coactiva. (Excepciones)—Los hechos en que se funda una excepción deben demostrarse. La carga de la prueba corresponde, como regla general, al actor; es jurisprudencia constante y uniforme. El reconocimiento emanado de la Recaudación de Hacienda Nacional de Campoalegre está amparado por la presunción de legalidad, y para destruír esa mejor posición de la Administración es necesario demostrar los hechos conducentes que motivan la demanda de excepciones. **Actor,** Sixto E. Tovar. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia,** septiembre 6 de 1945 266

Jurisdicción coactiva. (Exención de impuestos)—Como la providencia que concedió la exención de los impuestos predial, aseo y alumbrado, por diez años, fue debidamente dictada, con audiencia del antiguo dueño de la finca, no podía revocarse ni reformarse por la Administración, so pretexto de que no se ajustaba a la ley, por haberse ésta interpretado erróneamente. Porque es evidente que esa Resolución resolvía

Páginas.

una situación concreta e individual, en forma definitiva, y que había sido provocada por el dueño de la finca. Esos actos creadores de situaciones concretas e individuales pueden ser ineficaces en todo o en parte cuando así lo declare otra autoridad distinta de la que los dictó. La ley consagra acciones en favor de la misma Administración o de las cuales ella puede hacer uso legal, para que se declare la ineficacia del acto por error, ilegalidad, etc. **Actor,** Isabel Ballén v. de Macías. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia,** agosto 13 de 1945 252

Jurisdicción coactiva. (Exención de impuestos municipales). Ya el Consejo de Estado tiene dicho, en casos análogos, que la exención de impuestos municipales, de que trata el artículo 20 de la Ley 49 de 1927, no sólo se refiere al impuesto predial sino también al de aseo y alumbrado, impuestos estos últimos que en Bogotá se cobran como adicionales al primero, a razón de un tanto por ciento sobre el avalúo catastral; y la razón es que los impuestos de aseo y alumbrado reúnen las características de generalidad y obligatoriedad que distinguen a los impuestos propiamente dichos de las tasas de servicios, que sólo se cobran a quienes hacen uso de ellos, como es el caso de ferrocarriles, correos, telégrafos, muelles, práctico y remolque —servicios nacionales—, acueductos, energía eléctrica, teléfonos municipales, etc. **Actor,** Personero Municipal de Bogotá. **Ponente,** Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia,** diciembre 7 de 1945. 446

Jurisdicción coactiva. (Citaciones)—La falta de citación y emplazamiento o el anuncio de la primera tercería ha dejado vigente el derecho del ejecutante y terceros acreedores, que no figuran en autos, para pedir acumulaciones y proponer tercerías, las que deben tramitarse porque está vigente el término para hacerlo; y con respecto a los nuevos, también está vivo el derecho del deudor para excepcionar, pues la citación para sentencia sólo surte efectos con respecto a los juicios acumulados; si se acepta la tramitación y fallo de excepciones antes de que se cumplan los requisitos de citación y emplazamiento de terceros, se llegaría a hacer interminables los juicios, pues podrían seguirse proponiendo acumulaciones y tercerías indefinidamente, y el deudor tendría en sus manos un arma dilatoria permanente, violando también la disposición que le da solamente por una vez derecho de proponer excepciones. **Actores,** Guillermo Angarita Pardo y otros. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia,** julio 12 de 1945..... 249

Jurisdicción coactiva. (Excepciones)—El Consejo estima que no estando preparada la actuación para que se pronuncie la sentencia que mande o nó llevar adelante la ejecución, que es el resultado natural y lógico del fallo de las excepciones, debe retrotraerse la actuación a antes de dictarse el auto de citación para sen-

Páginas.

tencia, a efecto de que se cumpla por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales la citación y emplazamiento de que trata el artículo 1065 del Código Judicial y se puedan agotar así los términos para decretar acumulaciones e introducir tercerías; y, por consiguiente, se pueda ejercitar en oportunidad el derecho del ejecutado de proponer, por una sola vez, las excepciones que crea tener contra todos los créditos que se le cobran y todos los acreedores que hubiere puedan saber de una vez cómo se van a cubrir sus acreencias. **Actores,** Guillermo Angarita Pardo y otros. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia,** julio 12 de 1945 249

Jurisdicción coactiva. (Impuesto de valorización)—El procedimiento del Concejo de Medellín, de derramar y percibir el impuesto de valorización, una vez hechos los planos y presupuestos de las obras proyectadas por el Municipio, antes de ser ejecutadas total o parcialmente, no está prohibido por las leyes, y, por el contrario, la facultad de disponerlo así se deduce rectamente de la autorización conferida al Municipio de Bogotá y a los demás Municipios capitales de Departamento (artículo 2°, Ley 89 de 1936, en relación con el 6° de la 72 de 1926), para organizar libremente sus rentas, percepción y cobro, y para crear los impuestos y contribuciones que estimen necesarios, dentro de la Constitución y las leyes. **Actor,** Carlos Gaviria Molina. **Ponente,** Consejero doctor Ricardo Uribe Escobar. **Sentencia,** agosto 21 de 1945..... 450

Jurisdicción coactiva. (Incompetencias)—La Administración Pública deduce un alcance contra un empleado por razón del manejo de sus haberes; ese reconocimiento que hace es el título ejecutivo que sirve de fundamento para que el funcionario Recaudador ejercite la acción ejecutiva por jurisdicción coactiva. La nulidad, por incompetencia del Juez ejecutor, sólo es viable cuando el funcionario que la ejercita no está investido por la ley de esa facultad, es decir, porque no puede y no debe hacerlo, pues no está limitada su aptitud legal para conocer de los negocios sino por la naturaleza de ellos, ya que la jurisdicción coactiva es un privilegio concedido a las entidades de derecho público, que se ha considerado necesaria para que puedan subsistir. **Actor,** Carlos M. Céspedes. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia,** julio 11 de 1945 245

Jurisdicción coactiva. (Términos)—Como la notificación hecha al doctor Carlos López Narváez, con fecha 20 de junio de 1945, contiene la afirmación de que se le hizo como apoderado del señor Camilo Gutiérrez A., es preciso tener tal diligencia, salvo prueba en contrario, como el aviso a que se contrae el ordinal 1°, parte final, del artículo 15 de la Ley 81 de 1931. Por esta razón, desde la indicada fecha era debida por el contribuyente la suma en cuestión; pero el presente

...ICA DE COLOMBIA ...BLIOTECA ...ENA DE AUSTRIA

Páginas.

juicio no podía iniciarse antes de sesenta días, contados desde el mencionado 20 de junio, de conformidad con el artículo 20 de la misma Ley 81. Establece la ley una clara distinción entre la exigibilidad de la obligación y el derecho por parte del Fisco para proceder ejecutivamente en uso de la jurisdicción coactiva. Es decir, que aquélla es debida tan pronto se dé el aviso de que trata el artículo 15, pero que éste no puede ejecutarse sino vencido el término señalado en el artículo 20. **Actor,** Camilo Gutiérrez A. **Ponente,** Consejero doctor Gustavo A. Valbuena. **Sentencia,** noviembre 26 de 1945 490

Jurisdicción coactiva. (Título ejecutivo)—El título ejecutivo tiene en su favor la presunción de legalidad; como el actor no ha demostrado lo contrario, sus pretensiones no pueden prosperar. Por otra parte, la jurisprudencia constante del Consejo sobre ineficacia del título ejecutivo, tiene establecido que existe dicha excepción cuando el título adolece de algún vicio en su formación, y, en general, cuando contraría la ley. **Actor,** Carlos M. Céspedes. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia,** julio 11 de 1945 245

P

Pensiones y recompensas. (Apelación)—La hoja de servicios confeccionada por el Departamento de Personal del Ministerio de Guerra y aprobada por el Ministro es el documento auténtico, la prueba específica que demuestra los servicios militares prestados por un individuo en el Ejército Nacional, prueba que a su vez lo habilita para exigir los derechos que surjan en su favor del hecho mismo de la prestación de los servicios (artículos 31 y 32, Ley 71 de 1915, y 9º del Decreto 1187 de 1917). Siendo, por otra parte, la aprobación de la hoja de servicios de un militar un acto de una autoridad administrativa, como es el Ministerio de Guerra, tal acto puede ser atacado oportunamente para que sea reformado o anulado, mediante las vías que la misma ley establece para ir contra los actos de la Administración. Pero mientras ello no ocurra, ese acto oficial tiene en su favor la presunción de legalidad que ampara todos los actos administrativos. **Actor,** Wenceslao Bolaños. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** julio 27 de 1945 41

Pensiones y recompensas. (Hoja de servicios)—La corporación ha sostenido en repetidas oportunidades que el tiempo de tres meses que se concede a los miembros de las fuerzas armadas para la formación de su respectiva hoja de servicios debe considerarse como tiempo de actividad, y que la hoja de servicios es el documento que debe tomarse como base para liqui-

Páginas.

dar el tiempo de servicio sin que este tiempo pueda ser aumentado o disminuído sino mediante la previa modificación de la respectiva hoja. Como el retiro del peticionario sólo tuvo lugar cuando ya había entrado en vigencia la Ley 2ª de 1945, en relación a la cuantía de la recompensa debe darse aplicación al artículo 40 de la citada Ley 2ª, no obstante no haber aún el Gobierno reglamentado el artículo 42 de dicha Ley, pues esto no es razón para que el Consejo deje de reconocer el derecho del Cabo Rojas a la recompensa que reclama. **Actor,** Serafín Rojas Niño. **Ponente,** Magistrado doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia,** agosto 30 de 1945 352

Pensiones y recompensas. (Invalideces)—El Consejo ha sido de opinión que el artículo 40 de la Ley 2ª de 1945, al otorgar una compensación en dinero, que variará entre el valor de 18 a 36 meses del último sueldo devengado cuando el Suboficial sea retirado por invalidez para la vida militar, subordinó este reconocimiento al artículo 42 de la misma Ley, que reza: "Para efectos de la compensación, el Gobierno, en reglamento especial y dentro de los límites señalados en la presente Ley, fijará la cuantía que corresponda en cada caso, de acuerdo con el grado de invalidez del Oficial o del Suboficial." El Gobierno, en cumplimiento de este mandato del legislador, expidió el Decreto 1822 de 1945, y en el artículo 34 dispuso que no había lugar a compensación del 10% al 14% de disminución de capacidad. No sería posible que el Ministerio hubiera reconocido una compensación con desconocimiento del Decreto 1822 citado. Cualquier compensación que el Consejo reconociera sería arbitraria e ilegal en cuanto no se ceñiría al Reglamento de Invalideces que la misma ley mandó establecer. **Actor,** Uriel Flórez. **Ponente,** Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia,** noviembre 15 de 1945 443

R

Resoluciones ministeriales. (Acto administrativo)—Una cosa es el acto administrativo del Gobierno, por medio del cual se dispone el retiro de un empleado, y otra muy distinta los efectos legales de ese mismo retiro. El primero se basa en la facultad constitucional de libre nombramiento y remoción que tiene el Gobierno, y los segundos se producen por ministerio de la ley, ya sea que se contemplen o nó en el texto del acto administrativo que los origina. **Actor,** Jorge Isaacs. **Ponente,** Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino. **Sentencia,** septiembre 21 de 1945 21

Resoluciones ministeriales. (Aguas de dominio particular). Es claro, de toda claridad, que el Gobierno sólo puede reglamentar y conceder mercedes respecto de las aguas de uso público, y demostrado, como lo está, que las aguas de que ahora se trata nacen y mueren dentro de la hacienda **El Cedro,** de propiedad del

Páginas.

señor Francisco Fernández, tienen el carácter de aguas de dominio particular, y, de consiguiente, la Resolución acusada, por medio de la cual se concedió una merced de estas aguas, está viciada de nulidad, por contravenir a los principios que gobiernan el régimen de la propiedad privada. **Actor,** Francisco J. Fernández. **Ponente,** Consejero doctor Ricardo Uribe Escobar. **Sentencia,** septiembre 10 de 1945 465

Resoluciones ministeriales. (Aguas que mueren)—El significado que debe darse al verbo **morir,** empleado en el artículo 677 del Código Civil, es el figurado de cesar las aguas en su curso natural, bien para confundirse con otras de caudal superior y perder de esta manera su propia individualidad, bien para consumirse en la tierra o desaparecer por evaporación, y no el de extinción, por sustracción de materia, porque en este sentido no se puede hablar de muerte del agua, y carecería de sentido el verbo empleado por el legislador, lo cual es inadmisible: el sentido en que una disposición legal pueda producir algún efecto debe preferirse a aquel incapaz de producir efecto alguno, porque se supone que el legislador no da reglas inútiles, conforme a un principio de hermenéutica de aceptación universal. Es consecuencia de todo lo dicho que un río o una corriente de agua cualquiera muere cuando se confunde con otra de mayor caudal. **Actor,** Francisco J. Fernández. **Ponente,** Consejero doctor Ricardo Uribe Escobar. **Sentencia,** septiembre 10 de 1945 465

Salvamento de voto de los Consejeros doctores Guillermo Hernández Rodríguez y Tulio Enrique Tascón..... 474

Resoluciones ministeriales. (Aumento del capital social). Dice el artículo 568 del Código de Comercio: "El capital social será fijado de una manera precisa e invariable, y no podrá ser disminuído durante la sociedad", y el artículo 500 de la misma obra, en concordancia con el inciso 2° del 568 citado, dice: "Ningún socio podrá ser obligado a aumentar su aporte, o a reponerlo si se perdiere durante la sociedad, salvo el caso de estipulación en contrario." Los dos textos están diciendo que el capital no puede ser disminuído, pero sí aumentado, subsistiendo la precisión y la invariabilidad en cuanto a la manera de fijar ese capital. Esa manera no puede ser distinta de las formalidades solemnes que se exigen para la constitución primitiva que entraña también el justiprecio de los aportes en especie. La aumentación a que se refiere el inciso 2° del artículo 568 citado es la que tiene lugar por suscripción de nuevas acciones-capital, y no a la que pudiera provenir de una repreciación de activos ya existentes. **Actor,** Fábrica de Bebidas Fermentadas, S. A. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia,** agosto 28 de 1945 158

Páginas.

Resoluciones ministeriales. (Capital y beneficio de las sociedades anónimas)—Lo que propiamente se llama beneficio tiene su origen en la aparición de nuevos valores como resultado del proceso de producción, fenómeno que adquiere toda claridad en las ramas de transformación industrial. La sociedad se constituye inicialmente con el aporte de capitales bajo la forma de dinero, lo cual no constituye un fin en sí mismo, pues bien pronto se transforman en medios de producción y en fuerza de trabajo. El capital original figura en los balances de las sociedades en el pasivo como una especie de deuda para con los accionistas. Pero la sociedad propiamente dicha no conserva ese dinero en sus arcas sino que lo invierte para realizar de la mejor manera posible su objeto social. De su forma estática en dinero el capital pasa, al través de una metamorfosis, a transfigurarse en capital productivo mediante su inversión en inmuebles e instalaciones, maquinarias, materias primas y fuerza de trabajo. Todos estos elementos figuran en el activo y constituyen la estructura orgánica de la sociedad al través de la cual funciona y toma vida. Los haberes de la sociedad, que constituyen la forma activa del capital primitivo, no pueden distribuírse como dividendos, porque al hacerlo indefinidamente periclitaría la sociedad por sustracción de activos y desaparición del capital. **Actor,** Fábrica de Bebidas Fermentadas, S. A. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia,** agosto 28 de 1945 158

Resoluciones ministeriales. (Características del "good will"). El **good will,** debido a su carácter intangible y relativamente incierto, carece de una existencia permanente, no es susceptible de realización sino al través de una transacción, como lo dice la Superintendencia de Sociedades Anónimas. Determinados factores económicos no pueden apreciarse sino a través de ciertas modalidades de expresión, como el valor al través del precio. El **good will** formado en el proceso de una sociedad tiene una existencia precaria, una vida incierta, que existe hoy pero que puede desaparecer mañana, y que no lo hace apto para servir de base a un aumento de capital en una sana organización financiera. Cuando el **good will** se adquiere por compra es motivo de una inversión, y como parte del capital de la compañía, sin dejar de figurar en el pasivo, pasa a figurar en el activo bajo la rúbrica de **good will.** Este proceso, al través de la compraventa, es lo que lo torna en representativo de una inversión de capital. En otros términos: el capital puede invertirse en **good will;** pero el **good will** no puede transformarse en capital. **Actor,** Fábrica de Bebidas Fermentadas, S. A. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia,** agosto 28 de 1945 158

Páginas.

Resoluciones ministeriales. (Carácter fiscal del "good will"). Una ley fiscal que grava determinada institución no debe ser interpretada como un reconocimiento legal de esa institución, cuando una ley orgánica decide lo contrario. Esta teoría general delimita el ámbito en que actúan las leyes financieras. La ley fiscal considera que el **good will** constituye un patrimonio gravable, pero eso no implica su reconocimiento como base para emitir nuevas acciones y elevar el capital social. El Código de Comercio no puede ser reformado por las leyes fiscales sino cuando expresa e inequívocamente así se declare. Esta tesis permite al legislador, en materias fiscales, una gran libertad de movimiento en beneficio del Tesoro de la Nación, porque lo exime de preocupaciones por las repercusiones que sus decisiones tengan en otras ramas del derecho. El objetivo fiscal se alcanza sin adherencias en otras zonas, bajo el imperio de leyes especiales. **Actor,** Fábrica de Bebidas Fermentadas, S. A. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia,** agosto 28 de 1945 158

Resoluciones ministeriales. (El "good will")—De los textos legales (Decretos 818 de 1936, 554 de 1942 y 503 de 1945, Ley 78 de 1935) se deducen las siguientes conclusiones: 1ª El derecho fiscal colombiano reconoce la existencia, como un elemento del patrimonio, de bienes intangibles o **good will;** 2ª El **good will** en el derecho fiscal supone la existencia de superutilidades; 3ª Las superutilidades deben obedecer a condiciones especiales de la persona o entidad y no a la acción del Estado o a otras causas sociales; 4ª La valuación del **good will,** cuando no ha sido adquirido por compra se hace con la intervención y control de órganos del Estado, como la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales; 5ª El período de actividades que debe analizarse no puede ser inferior en ningún caso a cinco años, y la tasa de capitalización contemplará el período en el cual se espera que seguirá produciéndose un exceso de utilidades, sin que este período pueda ser superior a cinco años, y 6ª Para constatar si existen superutilidades debe calcularse primero el interés normal para relacionarlo con el tipo medio de rentabilidad en industrias e inversiones de la misma naturaleza en el país, teniendo en cuenta el mayor o menor riesgo de la inversión estudiada, etc. **Actor,** Fábrica de Bebidas Fermentadas, S. A. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia,** agosto 28 de 1945 153

Resoluciones ministeriales (Cierre y despido de obreros). El ordinal 2º de la Resolución de 16 de diciembre de 1944, originaria del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, en cuanto ordena que doce horas después de notificarse esa providencia Berta de Valero debe pagar a sus trabajadores, como lo ordena el artículo 10 de la Ley 78 de 1919, el valor correspon-

Páginas.

diente a treinta días de jornal, viola, **prima facie,** por aplicación indebida, el citado artículo 10, que dice relación a cierre y despido indebidos decretados por el empresario mismo, que era lo contemplado en esa Ley, despidos y cierres prohibidos, mientras dure el estado de sitio, por el artículo 6º del Decreto 1778 de 1944, que sólo permite clausurar o disminuir actividades industriales con autorización expresa de las autoridades del Trabajo, caso éste no contemplado en la Ley 78, y a que no es, ni puede ser aplicable el referido artículo 10. **Actor,** Bertha de Valero. **Ponente,** Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia,** agosto 21 de 1945 348

Resoluciones ministeriales. (Efectos legales)—Una ley derogada o que ha dejado de regir por cualquier causa no puede considerarse muerta, puesto que si bien no es aplicable a eventos ocurridos después de la derogación, sin embargo sigue gobernando los hechos cumplidos cuando ella estaba aún en vigor. **Actor,** Jorge Isaacs. **Ponente,** Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino. **Sentencia,** septiembre 21 de 1945.. 21

Resoluciones ministeriales. (Ejercicio del cargo)—Es norma legal que para que el empleado devengue el sueldo debe trabajar de acuerdo con las funciones del empleo; también lo es que las licencias concedidas a los trabajadores son renunciables, pudiendo en cualquier momento el titular reasumir sus funciones. Mientras no se reasuman las funciones, el sueldo lo devenga quien esté reemplazándolo, y si el cargo no hubiere sido provisto durante la licencia, esos dineros corresponden al Estado. La prueba de que se ha reasumido un cargo consiste en los actos que se ejecuten y que sean propios del empleo, de acuerdo con las funciones que detalla la ley o el reglamento. Mientras esto no suceda, es ilógico considerar que se pueda devengar un sueldo o salario. Tan así es, que la posesión de un empleo no es siempre elemento fundamental para probar el ejercicio del cargo. La posesión es un simple acto formal, que tiene por objeto demostrar que se ha prometido el cumplimiento de los deberes, de acuerdo con la ley, y que se han llenado determinadas exigencias legales que autorizan el ejercicio del cargo. Pero el sueldo no se percibe por el solo hecho del nombramiento y posesión, sino principalmente **por el ejercicio. Actor,** Juan de D. Amador. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia,** agosto 31 de 1945 260

Salvamento de voto de los Consejeros doctores Gonzalo Gaitán, Guillermo Hernández Rodríguez y Gabriel Carreño Mallarino 264

Resoluciones ministeriales. (Estatuto del maestro)—Por el estatuto del maestro, cuyas normas legales se dejan citadas (Ley 37 de 1935, Ley 91 de 1938, Decretos 1602

Páginas.

de 1936 y 1829 de 1938), esos empleados sólo podrán ser cambiados, removidos o suspendidos de sus cargos cuando incurran en algunas de las causales determinadas en reglas legales, previamente comprobadas. Para la comprobación de la causal o causales para inclusión o exclusión de un maestro en el Escalafón, ordena expresamente el Decreto 1829 citado, el Director de Educación reunirá los documentos legales que comprueben la causal correspondiente. Una vez que la documentación haya sido reunida se notificará de ella al maestro, para que éste, dentro de un término que no excederá de quince días, presente sus descargos ante la respectiva Dirección de Educación. La providencia que se dicte con base de dicha documentación es nula si **previamente** no se ha oído al maestro. **Actor,** Alvaro Astudillo. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia,** agosto 28 de 1945 255

Resoluciones ministeriales. (Exámenes obligatorios)—Del texto y del contexto de las disposiciones legales vigentes (Ley 67 de 1935, Decretos 2736 de 1936 y 27 de 1938) se deduce: a) Que los profesionales extranjeros, graduados en universidades extranjeras y que no se hallen en los casos del inciso c) del artículo 1° de la Ley 67 de 1935, para poder obtener licencia de ejercer la profesión en Colombia deben presentar y aprobar el examen de que trata el parágrafo 1° del mismo artículo. Esta es la regla general. El examen es condición indispensable, esencial, **sine qua non,** para poder obtener la licencia correspondiente. Sólo por excepción —y las excepciones son de estricta interpretación— se puede eximir del examen, pero sólo en los casos expresamente contemplados en el inciso final del artículo 5° de la Ley citada, es decir, cuando se trata de **"profesores eminentes"** que vengan al país en **"misión oficial del Gobierno colombiano o con propósitos de investigación y divulgación científica". Actor,** Federación Médica Colombiana. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** agosto 17 de 1945.... 48

Resoluciones ministeriales. (Exceso de utilidades)—De conformidad con el espíritu de la Ley 78 de 1935, el impuesto sobre exceso de utilidades tiene su base en una apreciación de las facultades tributarias del contribuyente y en el propósito de que el Estado sea retribuído por el amparo que otorga a este proceso creativo de superutilidades. El impuesto sobre exceso de utilidades es considerado por la misma ley orgánica como parte de un todo indivisible, que es el impuesto sobre la renta. Y este gravamen no es un castigo sino una prestación debida al Estado por el simple hecho de que los contribuyentes pertenecen a una comunidad política organizada, y la tarifa con que se liquida tiene un carácter progresivo, que consulta las facultades de quienes deben pagarlo. Estas mismas características gravitan en el impuesto sobre exceso de utilidades, y le dan fisonomía y peculiaridades, pues-

Páginas.

to que según la ley forma un todo indivisible con el impuesto sobre la renta, del cual no es más que un factor adicional o complementario. **Actor,** Fábrica de Bebidas Fermentadas, S. A. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia,** agosto 28 de 1945 158

Resoluciones ministeriales. (Explotación de terrenos petrolíferos)—El artículo 16 de la Ley 37 de 1931 dice en lo pertinente: "En el caso de que varias personas presenten propuestas para contratar la exploración y explotación de un mismo terreno, el Gobierno escogerá entre las que acrediten tener capacidad financiera suficiente", sujetándose al orden que establece este mismo artículo, el cual contempla cuatro casos que escalona en importancia y enumera claramente. En primer lugar, el simple hecho de ser presentadas propuestas por los particulares obliga a la Administración a tramitarlas y escoger entre ellas. Se establece un derecho subjetivo del administrado para que se tramite la propuesta, se considere su importancia y prelación con las otras, aplicando el orden establecido en el artículo citado, disposición que emplea el imperativo "el Gobierno escogerá" entre las propuestas que se le hayan presentado. **Actores,** Gustavo Gómez y otro. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia,** octubre 2 de 1945 196

Resoluciones ministeriales (Invariabilidad del capital social) El artículo 151 del Código de Comercio obliga a las compañías anónimas a expresar claramente la cuantía y composición de su capital. La regla de la invariabilidad, o, mejor dicho, de la precisión del capital, cobra mayor importancia en los tiempos modernos, dado el intenso desarrollo que han adquirido las sociedades anónimas, hasta llegar en los países civilizados a dominar el mecanismo general de la vida económica. En el Estado moderno, en que las actividades económicas suelen ser frecuentemente reguladas por el Estado, para beneficio de la colectividad, no es concebible que estas gigantescas compañías anónimas funcionen sueltamente con libertad de dejar en una zona elástica y penumbrosa la magnitud de su capital social, que es la base estructural de su existencia. **Actor,** Fábrica de Bebidas Fermentadas, S. A. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia,** agosto 28 de 1945 158

Resoluciones ministeriales. (Interventoría de Precios)—De acuerdo con las normas reguladoras de la materia, los Inspectores Delegados podían poner las sanciones a los infractores de las disposiciones de la Interventoría sobre control de precios, que no eran otras que multas de cinco a veinte mil pesos, pero la restitución del mayor precio exigido sobre el señalado por la Interventoría, que dispone el artículo 17 del Decreto 928, sólo podía demandarse ante el Juez

Páginas.

de Precios, y este funcionario era el único competente para conocer de este juicio. Por lo tanto, el no proceder el Ministerio en las Resoluciones acusadas sobre el particular, no violó las normas superiores, tanto más si se considera que por virtud del mismo Decreto 928 se atribuye a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer en segunda instancia de los fallos del Juez de la Interventoría, y el Ministerio no es competente para conocer sino de las apelaciones de las providencias del Interventor, como lo dice expresamente el artículo 19 del Decreto citado. **Actores,** Francisco Cadavid y otro. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia,** diciembre 18 de 1945 334

Resoluciones ministeriales. (Navegabilidad de los ríos)—El legislador estableció dos conceptos de navegabilidad, ya se trate del transporte fluvial o determinar la reserva nacional de minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en las riberas de los ríos. El legislador quiso reservar para la Nación la propiedad de las minas de aluvión situadas en una extensión perpendicular de un kilómetro a cada lado del cauce normal de las corrientes de agua; pero con el propósito de no comprender las pequeñas corrientes y riachuelos, la ley señaló un criterio de navegabilidad a fin de establecer una distinción en materia de minas y en materia de transporte fluvial comercial. En relación con minas de aluvión, río navegable es todo trayecto no menor de quince kilómetros que en ambos sentidos sirva o pueda servir habitualmente de vía de comunicación con embarcaciones de tracción mecánica, criterio diferente al que impera para determinar los ríos navegables con miras a establecer servicio de transporte en escala importante. **Actores,** Arturo Trujillo y otro. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia,** noviembre 30 de 1945 226

Resoluciones ministeriales. (Potestad discrecional)—La característica de la potestad discrecional consiste en la facultad de la Administración para decidir si debe o nó actuar, pero una vez que se resuelva a obrar, sus actos pueden llegar a infringir preceptos legales o a ocasionar perjuicios a particulares, siendo, por lo tanto, susceptibles del recurso contencioso-administrativo. Esa norma jurídica no da a la Administración un poder discrecional para proceder, sino que le confiere una potestad reglada, de manera expresa, dentro de un orden que la misma ley establece. Aun en casos de actuaciones administrativas por poder discrecional, existe en Colombia el recurso contencioso-administrativo. **Actores,** Gustavo Gómez y otro. Ponente, Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia,** octubre 2 de 1945 196

Resoluciones ministeriales. (Régimen contractual)—El artículo 73 del Código Contencioso Administrativo esta-

Páginas.

tuye: "No son acusables ante la jurisdicción contencioso-administrativa: 1º Las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo, que tengan origen en un contrato...." Es innegable que la Resolución acusada se roza íntimamente con un contrato: es la autorización para celebrarlo. Si el Consejo de Estado avocara el conocimiento del negocio, forzosamente tendría que resolver cuestiones relativas a la validez o invalidez del contrato, porque, como dicen los expositores, las formalidades fiscales y administrativas que se exigen a los funcionarios para contratar, equivalen al consentimiento que prestan las personas naturales al obligarse. Y el consentimiento es uno de los elementos intrínsecos y sustanciales en las contrataciones. Pronunciarse el Consejo sobre esas materias sería invadir campos ajenos, con manifiesta usurpación de jurisdicción y provocando conflictos de jurisdicciones, lo cual le está ostensiblemente vedado. **Actor,** Avelino Manotas. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** septiembre 12 de 1945 75

Salvamento de voto del Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino 78

Resoluciones ministeriales. (Reglamento de aguas)—Queda establecido que el propietario del predio inferior, inclusive, en ciertas ocasiones, el no riberano, tiene contra el pueblo, población o caserío una acción de indemnización de perjuicios inmediatos cuando demuestre que realmente los sufre con la privación de las aguas, pero que no tiene acción para oponerse al uso que necesita el Municipio, pues el derecho de éste es preferencial. **Actor,** Municipio de Duitama. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** septiembre 6 de 1945 60

Resoluciones ministeriales. (Remoción de empleados)—Las súplicas de la demanda no pueden prosperar porque lejos de haberse probado la **remoción** o **destitución** del actor resulta claro que con el acto ministerial, materia de la demanda, se quiso, por el contrario, **promoverlo ascendiéndolo** a un cargo no ya de sexta sino de cuarta categoría en el Escalafón correspondiente. Así las cosas, no se ve cómo pudo el Ministerio quebrantar, en modo alguno, la única norma superior señalada como infringida por el demandante. Esa norma se refiere a **remoción** y no a **promoción** del empleado. La Resolución acusada continúa, pues, bajo el amparo de la presunción de legalidad, que se aplica a los actos administrativos. **Actor,** Samuel E. Gómez P. **Ponente,** Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino. **Sentencia,** octubre 5 de 1945..... 33

Resoluciones ministeriales. (Responsabilidad "sui generis"). La sociedad anónima, como persona jurídica, tiene una responsabilidad **sui generis,** que gravita sobre todo su patrimonio, comprendido el capital original y los bienes que llegare a adquirir en el curso de su

Páginas.

existencia. Pero esta responsabilidad no se extiende a sus socios, que son personas distintas de la sociedad y que sólo arriesgan el aporte que hubieren hecho. La sociedad, al constituirse, hace constar en la escritura el capital social y la forma de su aportación. Este capital es la garantía inmediata de los terceros que entrarán en relaciones con la empresa. La sociedad no puede alterar su capital inicial a no ser con las mismas formalidades que han sido necesarias para constituirlo. Esta regla es la que constituye el llamado principio de la invariabilidad del capital, regla que cumple la doble tarea de garantizar a los terceros y a los propios accionistas. **Actor,** Fábrica de Bebidas Fermentadas, S. A. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia,** agosto 28 de 1945 158

Resoluciones ministeriales. (Riberanos y no riberanos).—Aun cuando la riberanía es la base principal del derecho de usar las aguas de propiedad nacional, no es la única. La diferencia, conforme a los últimos decretos, estriba en que el riberano no ha menester de permiso del Gobierno para servirse de las aguas, y el no riberano sí necesita de ese permiso, conforme al artículo 12 del Decreto 1381 de 1940, así concebido: "Los dueños de heredades no riberanas necesitan permiso para utilizar aguas de uso público." Mas este requisito, impuesto hoy a los no riberanos, no era de rigor en los remotos tiempos en que se construyó el molino a que se refieren los autos. **Actor,** Municipio de Duitama. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** septiembre 6 de 1945 60

Resoluciones ministeriales. (Sociedades anónimas)—Nuestras disposiciones legales y reglamentarias tienden cada vez más a darle a la sociedad anónima un carácter institucional orgánico, en cuyo interior de fronteras no impera de manera absoluta el principio de una desarreglada libertad contractual. Al través de la Superintendencia de Sociedades Anónimas el Gobierno supervigila estrechamente esas entidades para la adecuada ejecución de las leyes y cumplimiento de los decretos que se relacionen con ellas. Al no autorizar la Superintendencia el aumento de capital con base en revalorización de activos, no ha hecho cosa distinta que hacer cumplir las disposiciones del artículo 568 del Código de Comercio, que prohibe la disminución del capital de la sociedad, y que en determinadas condiciones y con ciertas formalidades permite su aumento, siempre que se trate de una operación real, por medio de la cual se traigan capitales nuevos y forasteros al círculo de vida de la sociedad, o se reincorporen a capital utilidades líquidas destinadas a entregarse a los accionistas en forma de dividendos. **Actor,** Fábrica de Bebidas Fermentadas, S. A. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia,** agosto 28 de 1945 158

Páginas.

Resoluciones ministeriales. (Superintendencia de Sociedades Anónimas)—La Ley 58 de 1931, orgánica de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, establece el control del Estado sobre tales instituciones, con el objeto de preservar al público, en relación con ellas, y asegurar la estabilidad y diafanidad de los negocios sociales. Si la ley estableció que las sociedades anónimas no podían dar a la venta sus acciones sin previa autorización de la Superintendencia, precisa entender que con mayor razón es indispensable dicha autorización cuando se trata de emitir nuevos títulos de manera gratuita. Esta operación se basa en la emisión de acciones sobre repreciación de activos y avalúo del **good will,** lo que hace desaparecer su condición de gratuidad: los accionistas dejaron a la compañía esos valores que les pertenecen, y en cambio reciben los nuevos títulos, con la posibilidad de darlos a la venta posteriormente. **Actor,** Fábrica de Bebidas Fermentadas, S. A. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernásdez Rodríguez. **Sentencia,** agosto 28 de 1945 158

Resoluciones ministeriales. (Títulos académicos extranjeros). Se arguye que en el temario que debe proponerse al aspirante no está incluída la cardiología, que es la especialidad del doctor Pinés. Este temario lo da la ley, y a lo sumo querría decir que la ley es incompleta. Pero no lo es en realidad, desde luégo que entre los cuatro temas que deben someter los examinadores, conforme al parágrafo del artículo 2º de la Ley 67 de 1935, puede incluírse uno relacionado con la especialidad del aspirante. De otro lado, lo que la ley busca es que el aspirante tenga una cultura general en su profesión, porque la licencia no se otorga para ejercer en una rama única de la medicina, sino para ejercer la medicina en general. Por lo demás, para llegar a una especialización se requiere conocer las bases de la ciencia, dada la relación íntima que existe entre todas las partes del organismo humano. **Actor,** Federación Médica Colombiana. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** agosto 17 de 1945 48

Salvamento de voto de los Consejeros doctores Guillermo Hernández Rodríguez y Tulio Enrique Tascón 55

Resoluciones ministeriales. (Usufructo de aguas)—El uso que de las aguas pueden hacer los propietarios de predios riberanos, además de sufrir restricciones en cuanto a las personas y en cuanto a la extensión del mismo uso, está limitado por las necesidades de los habitantes de un pueblo vecino. Es una ejemplar subordinación del interés privado al interés general, que tiene su origen, antes que en el ordinal 3º del artículo 893 del Código Civil, en la Carta Fundamental de la República, y si, como toda excepción, es de estricta interpretación, como norma es de preferente

Páginas.

y no eludible aplicación. **Actor,** Municipio de Duitama. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** septiembre 6 de 1945 60

S

Suspensiones provisionales. (Condonación de deudas)—No es exacto que la facultad de condonar que se señala en el artículo 97 de la Ley 4ª de 1913, en el ordinal 33, sea una consecuencia de la autonomía patrimonial que se consagra en el artículo 182 de la Constitución, porque es claro que si esa autonomía fuera absoluta, no sería precisa la facultad legal para poder efectuar condonaciones. Para que proceda la remisión de una deuda departamental es necesario atender los conceptos que emitan la Secretaría de Hacienda, la Contraloría General del Departamento y el Agente del Ministerio Público, y si estos conceptos son desfavorables a las pretensiones del deudor del Fisco, la condonación no puede decretarse válidamente, porque la Asamblea no puede en este caso obrar discrecionalmente, verdad sabida y buena fe guardada. **Actor,** Gobernador del Departamento de Santander. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia,** noviembre 30 de 1945 238

Suspensión provisional. (Contraloría Departamental)—La disposición constitucional vigente, al referirse a la facultad de las Asambleas para elegir al Contralor Departamental, no tenía otros antecedentes ilustrativos distintos de la organización que rige en materia de Contraloría Nacional, sin hacer abstracción de las experiencias que se le habían presentado en las distintas secciones administrativas del país. Al hablar de las Contralorías Departamentales y del Contralor, la Constitución entiende un sistema semejante al que existe a la escala nacional, y que tiene en su tope un jefe supremo responsable, quien la dirige y nombra y remueve sus empleados. Anteriormente las Asambleas tenían la facultad de organizar en plural las Contadurías o Tribunales de Cuentas y hacer los nombramientos correspondientes. Con la reforma constitucional de 1945, este anticuado sistema ha sido sustituído por el de Contralor único. De conformidad con esta reforma, el control fiscal del país ha sido organizado en forma similar. En consecuencia, **prima facie,** existe una discrepancia entre el sistema de control fiscal unitario, que rige para los Departamentos en la Constitución, y la organización plural, con base en el artículo 4º de la Ordenanza 19 de 1945, expedida por la Asamblea del Atlántico. **Actor,** Clemente Salazar M. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia,** julio 25 de 1945 155

Suspensiones provisionales. (Finalidad del tributo)—Los tributos o contribuciones no son medios adecuados legalmente para eliminar industrias que se consideran

Páginas.

perjudiciales o no satisfactorias; el impuesto a que se contrae la demanda (aparatos musicales de mecanismo automático) tiene carácter prohibitivo, acaba con el negocio o comercio a que se refiere, no produce renta y no llena, por consiguiente, la finalidad que todo tributo debe llenar, por lo cual es de rigor concluir, también, hoy por hoy, y mientras la fuerza probatoría de los documentos aducidos no haya sido anulada o destruída, que la violación legal de los preceptos señalados (artículo 6º, Ley 72 de 1929; artículo 2º, Ley 89 de 1936; artículo 99, Ley 167 de 1941), como infringidos, es ostensible, y, consiguientemente, que el acto acusado debe suspenderse provisionalmente, a fin de evitar al demandante un grave perjuicio. **Actores,** Raúl Botero Restrepo y otro. **Ponente,** Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia,** septiembre 26 de 1945 367

Salvamento de voto de los Consejeros doctores Tulio Enrique Tascón, Ricardo Uribe Escobar y Guillermo Hernández Rodríguez 380

Suspensión provisional. (Flagrante oposición)—Ha dicho el Consejo, en múltiples jurisprudencias, que la benéfica institución de la suspensión provisional sólo procede cuando, en tratándose de la acción pública, popular o ciudadana, aparece un choque manifiesto, claro, patente, ostensible, entre el acto acusado y una norma de carácter superior, que deba respetarse. Los actos administrativos llevan en sí implícita una presunción de legalidad. Debe suponérseles conformes con las disposiciones superiores en la jerarquía de la legislación. Unicamente cuando es flagrante la oposición es procedente la suspensión provisional, porque de lo contrario podría paralizarse la acción administrativa con argumentos de mayor o menor fuerza en un simple auto, dictado sin que se hayan producido pruebas, sin que hayan oído alegatos de las partes, etc., etc. **Actor,** Jaime Rodríguez Fonnegra. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** septiembre 19 de 1945 87

Suspensión provisional. (Impedimentos)—El libelo de demanda sostiene que la Resolución acusada (dictada por el Ministerio de Obras Públicas el 24 de marzo de 1945), violó los artículos 8º de la Ley 63 de 1923 y 2º del Decreto extraordinario 968 de 1940, puesto que no aparece en autos la decisión del Consejo de Ministros sobre la calificación de la causal de impedimento manifestada por el Ministro de Minas y Petróleos, impedimento por el cual se le adscribió el conocimiento al Ministro de Obras Públicas. Empero, sobre el particular cabe advertir que a primera vista no aparece esa violación, puesto que los actos administrativos deben presumirse legales mientras no se demuestre lo contrario, y en virtud de ello, hay que suponer, en el estado actual de las cosas, que dicho

Páginas.

impedimento se tramitó y decidió de acuerdo con las normas legales. **Actores,** Naviera Colombiana y otros. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia,** julio 13 de 1945 35

Suspensiones provisionales. (Juegos permitidos)—En la vida social hay muchas actividades que se pueden ejercitar, pero mediante reglamentación, pues de no ser así, de lícitas en principio, podrían tornarse en nocivas y hasta perniciosas, de suerte que quien pretenda hacerse empresario de ellas, habrá de someterse previamente a los reglamentos ya establecidos. Tal sucede con los juegos de suerte, que por su naturaleza no pueden recibir el mismo tratamiento que se dispensa, por parte del Estado, a las industrias o negocios u ocupaciones que por la suya sean fuente de riqueza nacional. De ahí que la autoridad, en su previsión, se haya propuesto someterlos a ordenamiento especial, para prevenir consecuencias antisociales. Es un error pretender que el derecho de reunión para fines de juegos de suerte, constituye una actividad que merezca tánta garantía de las autoridades, como si se tratara de proteger a las personas en su vida, honra y bienes. Los juegos no están garantizados sino apenas tolerados. **Actor,** Estanislao Pardo Gálvez. **Ponente,** Consejero doctor Gustavo A. Valbuena. Sentencia, diciembre 7 de 1945 492

Suspensiones provisionales. (Servicio de Policía)—Evidentemente, el servicio de Policía es un servicio público de cargo del Estado, y su sostenimiento uno de los objetivos de las contribuciones, que se exigen a los ciudadanos. Los gastos del servicio público son de cargo de la Nación, de los Departamentos y los Municipios (artículo 200 de la Constitución Nacional, Ley 4ª de 1913). Mas, como también es evidente que los establecimientos de expendio de licores y centros a la vez de jolgorios, exigen un servicio mayor de Policía de vigilancia que los demás establecimientos de industria y comercio, y los impuestos pueden graduarse en atención al mayor o menor servicio que los contribuyentes requieran del Estado, entre otras circunstancias, los Concejos sí pueden tomar en consideración ese mayor servicio de Policía al fijar la cuantía del impuesto de industria y comercio, a los establecimientos de diversión, en lugar de cobrar directamente este servicio. **Actor,** Estanislao Pardo Gálvez. **Ponente,** Consejero doctor Gustavo A. Valbuena. **Sentencia,** diciembre 7 de 1945 492

INDICE

DE LOS FALLOS Y CONSULTAS DE ESTE TOMO

ACUERDOS

Págs.

Barranquilla—Demanda de nulidad de los artículos 4º, 18, 20, 21, 26, 27 y 29 del Acuerdo 45 de 1943, que crea unos impuestos y aumenta otros, expedido por el Concejo de esa ciudad. **Actor,** Alejandro Albor Manotas. **Ponente,** Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino. **Sentencia** que niega las peticiones de la demanda, agosto 21 de 1945 5

Barranquilla—Demanda del acto del Concejo, del 2 de junio de 1944, que destituye al Contralor Municipal. **Actor,** Arturo Martínez G. **Ponente,** Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia** que confirma la del Tribunal **a quo,** que negó las peticiones de la demanda, agosto 8 de 1945 420

Cúcuta—Demanda de nulidad del Acuerdo 38 de 1944, expedido por el Concejo, reformatorio del impuesto de consumo de mercancía extranjera. **Actor,** Manuel Buenahora. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia** que confirma la de primera instancia, que negó las peticiones de la demanda, noviembre 13 de 1945 218

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS

Antioquia—Demanda de nulidad de los artículos 1º, 3º, 9º y 23, inciso 1º, de la Ordenanza 15 de 1943, originaria de la Asamblea de ese Departamento, que crea una Inspección de Policía y se dictan otras medidas. **Actor,** Julián Uribe Cadavid. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia** que anula la primera parte del artículo 23 de la Ordenanza y confirma en lo demás la sentencia apelada, octubre 5 de 1945 314

Bolívar—Demanda de nulidad de los artículos 3º a 8º de la Ordenanza 2 de 1944, expedida por la Asamblea Departamental, sobre Oficinas Municipales de Estadística. **Actor,** Eugenio Giraldo. **Ponente,** Consejero doctor Ricardo Uribe Escobar. **Sentencia** que declara parcialmente nulos los artículos 3º y 6º y totalmente los números 4º, 5º, 6º y 7º demandados, septiembre 17 de 1945..... 485

Cundinamarca—Demanda de nulidad del parágrafo 1º del artículo 1º, y la de los artículos 2º y 3º de la Ordenanza 26 de 1943, expedida por la Asamblea, y el Decreto 1007 de 1943, expedido por el Gobernador, sobre impuesto a las bebidas fermentadas. **Actor,** Compañía Productora de Derivados del Dulce. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia** que revoca la de primera instancia y declara que no son nulos ni el parágrafo ni los artículos de la Ordenanza y el Decreto demandados, diciembre 4 de 1945 120

Tolima—Demanda de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º 5º, 6º y 7º de la Ordenanza 41 de 1941, expedida por la Asamblea Departamental, sobre degüello de ganado mayor. **Actor,** David Rincón Bonilla. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia** que confirma la del Tribunal **a quo,** que niega las peticiones de la demanda, septiembre 7 de 1945 188

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

Págs.

Atlántico—Demanda de nulidad del Decreto 408 de 1943, dictado por el Gobernador del Departamento, sobre juegos prohibidos. **Actor,** Samuel Peláez. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia** que revoca la de primera instancia y niega las peticiones de la demanda, septiembre 26 de 1945 303

Cundinamarca—Demanda de nulidad del Decreto 633 de 1943, dictado por el Gobernador del Departamento, sobre insubsistencia de un nombramiento de maestro, y pidiendo la expulsión del Escalafón Nacional del Magisterio. **Actora,** Lastenia Ramírez de Bueno. **Ponente,** Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia** que confirma la de primera instancia, que niega las peticiones de la demanda, noviembre 28 de 1945 391

Huila—Demanda de nulidad del Decreto 720 de 1944, dictado por el Gobernador del Departamento, que da de baja a un músico solista. **Actor,** Arcadio Chacón. **Ponente,** Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia** que confirma la de primera instancia, que niega las peticiones de la demanda, noviembre 25 de 1945.. 388

Valle—Demanda de nulidad de las Resoluciones 875 de 1942 y 56 de 1945, proferidas por el Gobernador del Departamento, sobre cierre del establecimiento de recreo **El Patio. Actor,** Alvaro Micolta. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia** que confirma el fallo recurrido, que declaró nulas las Resoluciones demandadas, julio 4 de 1945 146

AUTORIDADES NACIONALES

Contraloría General de la República—Demanda de nulidad del oficio 12723, agosto 1º de 1944, con el cual devuelve el Contralor, sin refrendar, una orden definitiva de pago (auxilio de cesantía), girada por el Ministerio de Guerra. **Actor,** Arquimedes Granados. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia** que declara nula la providencia contenida en el oficio de la Contraloría, materia de la demanda, octubre 23 de 1945.... 214

Jefatura de Rentas Nacionales—Demanda de nulidad de las Resoluciones R-730-H de 1942 y R-980-H de 1943, que aumenta una liquidación para cobro del impuesto de renta, patrimonio y exceso de utilidades, proferida por la Administración de Rentas de Cundinamarca. **Actores,** Rubén Beltrán y otro. **Ponente,** Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia** que modifica la de primera instancia y fija nueva cuota del impuesto, diciembre 3 de 1945 396

Superintendencia de Sociedades Anónimas—Demanda de nulidad de las Resoluciones 436 y 454 de 1944, originarias de esa entidad, que niega el permiso para continuar ejerciendo el objeto social de una compañía. **Actor,** Compañía Empresaria del Camino del Carare. **Ponente,** Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia** que declara nulas las Resoluciones acusadas y ordena examinar y resolver sobre la documentación presentada por la Compañía actora, julio 27 de 1945 343

Superintendencia de Sociedades Anónimas—Demanda de nulidad de las Resoluciones 168 de 1944 y 356 de 1944, originarias de esa autoridad, que decretan la pérdida de unas acciones de Regalías Petrolíferas Colombianas. **Actor,** Emilio Toro. **Ponente,** Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia** que declara nula la Resolución 168, que decide sobre la pérdida de unas acciones, y la 356 que la confirma, octubre 25 de 1945 429

Salvamento de voto de los Consejeros doctores Gabriel Carreño Mallarino y Guillermo Hernández Rodríguez 442

BIENES OCULTOS

Obras Públicas—Demanda de nulidad de la Resolución de fecha 24 de marzo de 1945, dictada por ese Ministerio —Dirección General de Navegación y Puertos—, que declara un bien oculto del Estado (derechos de muellaje). **Actor,** Sociedad Naviera Colombiana. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia** que decreta la suspensión provisional de la Resolución acusada, julio 13 de 1945 35

CONSULTAS DE LOS MINISTERIOS

Págs.

Correos y Telégrafos—Consulta formulada por el Ministro del ramo sobre facultad que para fijar prima de fin de año pueda tener la Empresa Nacional de Radiocomunicaciones a favor de sus empleados, con base en la Ley 167 de 1941. Resolución afirmativa, aprobada por el Consejo de Estado, con ponencia del Consejero doctor Gustavo A. Valbuena, diciembre 12 de 1945..... 525

Guerra—Consulta formulada por el Ministro del ramo, sobre cesantía de los empleados y obreros de esa dependencia, según el artículo 58 de la Ley 2ª de 1945. Resolución afirmativa, aprobada por el Consejo de Estado, con ponencia del Consejero doctor Gonzalo Gaitán, agosto 1º de 1945 516

Hacienda y Crédito Público—Consulta formulada por el Contralor General de la República, coadyuvada por el Ministro de Hacienda, sobre aplicación del artículo 25 de la Ley 42 de 1923. Resolución afirmativa aprobada por el Consejo de Estado, con ponencia del Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez, julio 24 de 1945 511

Minas y Petróleos—Consulta formulada por el Ministro del ramo, sobre si los ingenieros del Ministerio son afiliados forzosos de la Caja de Previsión Social. Resolución afirmativa aprobada por el Consejo de Estado, con ponencia del Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez, noviembre 30 de 1945 522

Obras Públicas—Consulta formulada por el Ministro del ramo, sobre las nuevas disposiciones orgánicas de la Caja de Sueldos de Retiro de los Ingenieros (Ley 6ª de 1945, Decreto 1600 de 1945). Resolución aprobada por el Consejo de Estado, con ponencia del Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez, octubre 2 de 1945 518

DECRETOS DE LOS ALCALDES

Ibagué—Demanda de nulidad del Decreto 53 de 1945, sobre ensanche de una calle, proferido por el Alcalde Municipal. **Actores,** Enrique Mejía Henao y otro. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia** que revoca el auto del Tribunal a **quo,** que concede la suspensión provisional y niega ésta, agosto 7 de 1945.... 44

DECRETOS DEL GOBIERNO

Gobierno—Demanda de nulidad del Decreto ejecutivo 1378 de 1945, originario de ese Ministerio, reglamentario del artículo 45 del Acto legislativo de 1945. **Actor,** Augusto Esparza Gómez. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia** que niega las peticiones de la demanda, noviembre 13 de 1945 323

Gobierno—Demanda de nulidad del Decreto extraordinario 984 de 1945, que adscribe una función al Departamento Nacional de Seguridad. **Actor,** Alfonso Uribe. **Ponente,** Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia** que declara nulo el Decreto demandado, septiembre 11 de 1945 423

Minas y Petróleos—Demanda de nulidad del Decreto 746 de 1945, originario de ese Ministerio y del de Trabajo, Higiene y Previsión Social, modificativo del artículo 8º del Decreto 1095 de 1941, sobre Escalafón de Empleados del Ministerio de Minas y Petróleos. **Actor,** Sindicato de Empleados del Ministerio de Minas y Petróleos. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia** que declara nulo el Decreto acusado, diciembre 17 de 1945 137

Minas y Petróleos—Demanda de nulidad de los Decretos ejecutivos 138, 304 y 305 de 1945, originarios de ese Ministerio, que proveen algunos cargos de su dependencia. **Actores,** Julio Campo González y otros. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia** que niega las peticiones de la demanda, noviembre 28 de 1945.. 327

Obras Públicas—Demanda de nulidad del primer inciso y del parágrafo 1º del artículo 6º del Decreto 1471 de 1932, originario de ese Ministerio y reglamentario de la Ley 1ª de 1932, sobre prestaciones sociales a empleados y obreros de los Ferrocarriles. **Actor,** Jaime Rodríguez Fonnegra. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia** que niega la suspensión provisional y se reserva dictar fallo de fondo, septiembre 19 de 1945 87

Págs.

Obras Públicas—Demanda de nulidad del Decreto 2313 de 1943 (artículos 2º, 5º y 6º), originario de ese Ministerio, y la Resolución 120 de 1945, de la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas. **Actor,** Eduardo Noguera S. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia** que resuelve no admitir la demanda y niega la suspensión provisional de la Resolución 120, septiembre 26 de 1945 95

DESISTIMIENTO DE LA APELACION

Cundinamarca—En el incidente de excepciones en el ejecutivo del Municipio de Sutatausa, contra Martín Céspedes y otro, la parte demandada apeló y luégo desistió del recurso. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia** que ordena vuelva el asunto al Tribunal de origen para que se decida sobre el desistimiento, septiembre 27 de 1945 312

ELECTORALES

Antioquia—Demanda de nulidad de los escrutinios verificados por el Consejo Electoral del Departamento el 18 de marzo de 1945, de los comicios para Diputados y Representantes al Congreso. **Actor,** Leonidas Gómez. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia** que declara no ser el caso de fallar sobre el pedimento, septiembre 18 de 1945 281

Salvamento de voto del Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez 288

Antioquia—Demanda de nulidad del nombramiento de Registradores de Instrumentos Públicos y Privados, para el período que comienza el 1º de enero de 1944. **Actores,** Octavio Ramírez Alvarez y otro. **Ponente,** Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino. **Sentencia** que confirma la de primera instancia, que negó las peticiones de la demanda, septiembre 26 de 1945 28

Atlántico—Demanda de nulidad de la elección de Contralor del Departamento, verificada por la Asamblea el 15 de junio de 1945. **Actor,** José Félix Fuenmayor. **Ponente,** Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino. **Sentencia** que revoca el auto del Tribunal a **quo** y admite la demanda de nulidad de la elección de Contralor Departamental, septiembre 5 de 1945 16

Cámara de Representantes—Demanda de nulidad de la elección de Magistrados de la Corte Suprema del Trabajo, verificada por la corporación el 18 de julio de 1945. **Actor,** Saúl Luna Gómez. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia** que niega las peticiones de la demanda, septiembre 21 de 1945 90

Salvamento de voto del Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino.... 94

Cundinamarca—Demanda de nulidad de los escrutinios hechos por el Consejo Electoral para Representantes a la Cámara por ese Departamento los días 12, 13, 14 y 15 de abril de 1945. **Actor,** Angel Mª Clavijo. **Ponente,** Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino. **Sentencia** que niega las peticiones de la demanda, agosto 30 de 1945 8

Boyacá—Demanda de nulidad de los escrutinios verificados por el Consejo Electoral de ese Departamento el 18 de marzo de 1945, de los comicios para Diputados y Representantes a la Cámara. **Actor,** Luis E. Wilches. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia** que niega las peticiones de la demanda, y ordena remitir a los Jueces en lo Penal los registros de Viracachá, Paipa y Duitama, septiembre 20 de 1945 291

Nariño—Demanda de nulidad de los escrutinios verificados por el Consejo Electoral en abril de 1945. de los comicios para Representantes a la Cámara por ese Departamento. **Actores,** Agustín Guerrero E. y otro. **Ponente,** Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino. **Sentencia** que revocó el auto suplicado, que negó la admisión de la demanda y dispone que continúe la tramitación del negocio, julio 10 de 1945 3

Nariño—Demanda de nulidad de los escrutinios practicados los días 16 a 18 de abril de 1945 por el Consejo Electoral, en los comicios para

Págs.

Representantes a la Cámara por ese Departamento. **Actores,** Guillermo Peñaranda Arenas y otros. **Ponente,** Consejero doctor Gustavo A. Valbuena. **Sentencia** que niega las peticiones de la demanda, diciembre 18 de 1945 495

Salvamento de voto del Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez..... 506

Santander—Demanda de nulidad de los escrutinios verificados en los días 10 a 12 de abril de 1945 por el Consejo Electoral, de los comicios para Diputados y Representantes a la Cámara por ese Departamento. **Actores,** Guillermo Peñaranda Arenas y otro. **Ponente,** Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia** que anula lo resuelto por el Consejo Electoral sobre votos y escrutinios de los Municipios de Puente Nacional, Molagavita, Oiba, San Miguel, Carcasí, Barrancabermeja, Tona, etc., y declara no ser el caso de nuevo escrutinio, septiembre 19 de 1945 355

Santander—Demanda de nulidad de la elección de Jueces Superiores y de Circuito, del Distrito Judicial de Pamplona, verificada por el Tribunal Superior de ese Departamento el 6 de julio de 1945. **Actor,** Pablo A. Rosas. **Ponente,** Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia** que declara no ser el caso de anular la elección demandada, octubre 23 de 1945 383

Tolima—Demanda de nulidad de los escrutinios verificados por el Consejo Electoral en los comicios para Representantes a la Cámara en la Legislatura 1945-1947. **Actores,** Guillermo Peñaranda Arenas y otros. **Ponente,** Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia** que ordena verificar los escrutinios acusados y abrir investigación de hechos dolosos, julio 3 de 1945 403

Valle del Cauca—Demanda de nulidad de los escrutinios del Consejo Electoral de ese Departamento en cuanto declaran elegidos Representantes a la Cámara para la Legislatura 1945-1947 a los señores Roberto Quintero Tascón y Raúl Hoyos, principal y suplente. **Actor,** Luis Felipe Rosales. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia** que confirma la de primera instancia, que niega las peticiones de la demanda, noviembre 20 de 1945. 102

IMPUESTOS

Bogotá—Demanda de revisión y nulidad de operaciones administrativas de liquidación del impuesto sobre la renta, exceso de utilidades y patrimonio, deducidos por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales en Resoluciones R-1097-H de 1942 y R-384-H de 1943, y devolución de la cantidad de $ 52.220.70. **Actor,** Socony Vacuum Oil Company, Inc. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia** que confirma la de primera instancia, que niega las peticiones de la demanda, septiembre 7 de 1945 270

Bogotá—Demanda de revisión de las Resoluciones 176 y 243 de 1943, originarias de la Junta Municipal de Hacienda, sobre aforo de una maquinaria instalada en un inmueble. **Actor,** Eugenio J. Gómez. **Ponente,** Consejero doctor Ricardo Uribe Escobar. **Sentencia** que confirma la de primera instancia, que exceptúa la maquinaria del pago de impuesto predial, agosto 21 de 1945 455

Salvamento de voto del Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez 462

INDEMNIZACIONES

Cundinamarca—Demanda de indemnización de perjuicios instaurada contra el Departamento el 29 de septiembre de 1943, por ocupación de hecho de una zona de terreno de propiedad particular. **Actor,** Hernando Peña B. **Ponente,** Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia** que confirma la de primera instancia, que declara probada la acción de prescripción, septiembre 26 de 1945 425

JURISDICCION COACTIVA

Págs.

Bogotá—Demanda de excepciones propuestas en el ejecutivo seguido por el Juzgado de Ejecuciones Fiscales contra el Contador-Pagador de los batallones de infantería **Bárbula** y **Bomboná. Actor,** Guillermo Angarita Pardo. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia** que declara nula la actuación y ordena retrotraer el procedimiento para citaciones de tercerías y sentencia, julio 13 de 1945 224

Bogotá—Demanda de excepciones en el ejecutivo de la Recaudación 1ª, por concepto de aseo y alumbrado. **Actora,** Isabel Ballén viuda de Macías. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia** que declara probadas las excepciones, agosto 13 de 1945..... 252

Bogotá—Demanda de excepciones en el ejecutivo de la Recaudación 2ª, contra la sucesión de Ramón Tamayo. **Actores,** Jorge Tamayo L. y otros. **Ponente,** Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia** que confirma la de primera instancia, diciembre 7 de 1945 446

Bogotá—Demanda de coadyuvancia intentada por los Hermanos Maristas de la Enseñanza y otro, en un juicio seguido por jurisdicción coactiva. **Ponente,** Consejero doctor Gustavo A. Valbuena. **Sentencia** que no reconoce la personería del apoderado, doctor José del C. Mesa, noviembre 22 de 1945 489

Campoalegre (Huila)—Demanda de excepciones en el ejecutivo que sigue la Recaudación de Hacienda Nacional de ese Municipio contra Sixto E. Tovar, quien es **actor. Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia** que declara no probadas las excepciones, septiembre 6 de 1945 266

Medellín—Demanda de excepciones del ejecutivo del Municipio, por concepto de impuesto de valorización. **Actor,** Carlos Gaviria Molina. **Ponente,** Consejero doctor Ricardo Uribe Escobar. **Sentencia** que declara no probadas las excepciones y revoca la de primera instancia, agosto 21 de 1945 450

Pereira—Apelación de la Resolución 1318 de 1940, de la Jefatura de Rentas, que aumentó el valor de las liquidaciones de la Administración de Hacienda, sobre impuestos. **Actor,** Camilo Gutiérrez A. **Ponente,** Consejero doctor Gustavo A. Valbuena. **Sentencia** que revoca la Resolución apelada, noviembre 26 de 1945 490

Quibdó—Demanda de excepciones en el ejecutivo del Juzgado de Ejecuciones contra el Agente Fiscal de la Intendencia en Cartagena. **Actor,** Carlos M. Céspedes. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia** que declara no probadas las excepciones, julio 11 de 1945 245

PENSIONES Y RECOMPENSAS

Guerra—Apelación de la Resolución 1712, originaria de la Comisión de Sueldos y Retiro de ese Ministerio. **Actor,** Wenceslao Bolaños. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia** que revoca la Resolución apelada, julio 27 de 1945 41

Guerra—Apelación de la Resolución 1001, originaria de ese Ministerio, que decreta una recompensa de retiro. **Actor,** Serafín Rojas Niño. **Ponente,** Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia** que reforma la Resolución apelada en favor del peticionario, agosto 30 de 1945 352

Guerra—Apelación de la Resolución 1763 de 1945, originaria de ese Ministerio, que confirma la 1850 de la Comisión de Sueldos de Retiro. **Actor,** Uriel Flórez Mesa. **Ponente,** Consejero doctor Tulio Enrique Tascón. **Sentencia** que confirma la Resolución apelada, noviembre 15 de 1945 443

RESOLUCIONES DE LOS MINISTERIOS

Economía Nacional—Demanda de nulidad parcial de las Resoluciones 48 de 1943 y 4 de 1944, originarias del Departamento de Aguas y Meteorología, Sección de Concesiones, y la nulidad total de la Resolución 37 de 1944, del mismo origen: Ministerio de la Economía

TULIO TASCON VILLEGAS DONACION

Págs.

Nacional. **Actor,** Municipio de Duitama. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia** que declara no ser nulas las Resoluciones demandadas, septiembre 6 de 1945 60

Economía Nacional—Demanda de nulidad de las Resoluciones originarias de ese Ministerio, fechadas el 10 y el 25 de julio de 1944, que confirmaron la número 39 de 11 de febrero de 1943, proferida por la Superintendencia de Sociedades Anónimas, que niega la autorización para colocar nuevas acciones provenientes de la repreciación de los bienes sociales. y de la incorporación al capital social del **good will. Actor,** Fábrica Nacional de Bebidas Fermentadas **La Triunfadora. Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia** que confirma las Resoluciones acusadas y da una autorización sobre aumento efectivo del capital social, agosto 28 de 1945 158

Economía Nacional—Demanda de nulidad de las Resoluciones 554 y 681 de 1944, que confirma la proferida por la Interventoría de Precios de Medellín, de fecha 20 de marzo de 1944. **Actores,** Francisco Cadavid y otro. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia** que niega las peticiones de la demanda, diciembre 18 de 1945 334

Economía Nacional—Demanda de nulidad de la Resolución 25 de 1944, originaria de ese Ministerio, que concede permiso al Municipio de Usaquén para derivar agua de la quebrada El Cedro. **Actor,** Francisco J. Fernández. **Ponente,** Consejero doctor Ricardo Uribe Escobar. **Sentencia** que declara nula la Resolución 25 de 1944 acusada, septiembre 10 de 1945 465

Salvamento de voto de los Consejeros doctores Guillermo Hernández Rodríguez y Tulio Enrique Tascón 474

Educación Nacional—Demanda de nulidad de la Resolución 1338 de 1943, originaria de ese Ministerio, que concedió al médico polonés Ignacy Pinés licencia para ejercer su profesión. **Actor,** Federación Médica Colombiana. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia** que declara nula la Resolución acusada, agosto 17 de 1945 48

Salvamento de voto de los Consejeros doctores Guillermo Hernández Rodríguez y Tulio Enrique Tascón 55

Educación Nacional—Demanda de nulidad de la Resolución 848 de 1944, originaria de ese Ministerio, por la cual se excluye del Escalafón Nacional a un maestro del Departamento del Cauca. **Actor,** Alvaro Astudillo. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia** que anula la Resolución acusada y ordena al Gobernador del Cauca restablecer en su empleo al demandante, agosto 28 de 1945 255

Guerra—Demanda de nulidad de las Resoluciones 505 y 756 de 1945, originarias de ese Ministerio, para que se amplíe una hoja de servicios. **Actor,** Jorge Isaacs. **Ponente,** Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino. **Sentencia** que declara nulas las Resoluciones acusadas y ordena pagar al actor dos meses de sueldo, en la cuantía últimamente devengada, septiembre 21 de 1945..... 21

Minas y Petróleos—Demandas de nulidad acumuladas, de las Resoluciones de fechas 17 de febrero y de 9 de agosto de 1944, originarias de ese Ministerio, por las cuales no se admiten las propuestas números 169, 180 y 195, para contratar la exploración y explotación de terrenos petrolíferos. **Actores,** Gustavo Gómez y Alberto Collins. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia** que declara nulas las Resoluciones acusadas y admite la propuesta 169 para explorar y explotar 35.816.38 hectáreas; manda suspender la tramitación de la propuesta 180 y niega las peticiones del demandante Collins y de la Compañía de Petróleos del Pacífico, octubre 2 de 1945 196

Minas y Petróleos—Demanda de nulidad de las Resoluciones 289, 290 y 291 de 1944, que confirman las dictadas por ese mismo Ministerio, que ordenan adelantar la titulación de las minas **El Yarumo, Opirama** y **La Providencia,** ubicadas en los Municipios de Quinchía y Anserma, en el Departamento de Caldas. **Actores,** Arturo

Págs.

Trujillo T. y otros. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez Sentencia que declara no son nulas las Resoluciones demandadas, noviembre 30 de 1945 226

Obras Públicas—Demanda de nulidad de la Resolución 40 de 1943, originaria de ese Ministerio, que autoriza modificar la dirección de vías públicas de Bogotá. **Actor,** Avelino Manotas. **Ponente,** Consejero doctor Gonzalo Gaitán. **Sentencia** que declara que el Consejo de Estado no es competente para conocer del negocio y se abstiene de hacer las declaraciones pedidas, septiembre 12 de 1945 75

Salvamento de voto del Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino.. 78

Obras Públicas—Demanda de nulidad de las Resoluciones de fecha 21 de septiembre y 21 de noviembre de 1944, originarias de ese Ministerio, por las cuales se niega el reconocimiento de unos sueldos al Jefe de Tráfico Fluvial en el Terminal Marítimo de Barranquilla. **Actor,** Juan de Dios Amador. **Ponente,** Consejero doctor Jorge Lamus Girón. **Sentencia** que niega las peticiones de la demanda, agosto 31 de 1945 260

Salvamento de voto de los Consejeros doctores Gonzalo Gaitán, Guillermo Hernández Rodríguez y Gabriel Carreño Mallarino..... 264

Trabajo, Higiene y Previsión Social—Demanda de nulidad de la Resolución 75, originaria de ese Ministerio, de fecha enero 23 de 1945, que promueve a un empleado de esa dependencia. **Actor,** Samuel E. Gómez P. **Ponente,** Consejero doctor Gabriel Carreño Mallarino. **Sentencia** que niega las peticiones de la demanda, octubre 5 de 1945 33

Trabajo, Higiene y Previsión Social—Demanda de nulidad de las Resoluciones 1304 de 1944 y la sin número de 16 de diciembre del mismo año, originarias de ese Ministerio, sobre el cierre de una fábrica. **Actora,** Bertha Alba de Valero. **Ponente,** Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia** que declara nulo el ordinal 2º de la Resolución de 16 de diciembre, pone en vigencia el ordinal 1º de la Resolución 312 de 1944 y desestima las demás peticiones, agosto 21 de 1945 348

SUSPENSIONES PROVISIONALES

Antioquia—Solicitud de suspensión provisional del Acuerdo 86 de 1944, dictado por el Concejo de Medellín, sobre impuesto a aparatos musicales. **Actores,** Raúl Botero Restrepo y otro. **Ponente,** Consejero doctor Carlos Rivadeneira G. **Sentencia** que accede a lo solicitado, noviembre 30 de 1945 367

Salvamento de voto de los Consejeros doctores Tulio Enrique Tascón, Ricardo Uribe Escobar y Guillermo Hernández Rodríguez 380

Atlántico—Demanda de nulidad del artículo 4º de la Ordenanza 19 de 1945, expedida por la Asamblea de ese Departamento y en primer término la suspensión provisional del acto acusado. **Actor,** Clemente Salazar M **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia** que revoca el auto del Tribunal **a quo,** que niega la suspensión provisional y se decreta ésta, julio 25 de 1945 155

Santander—Solicitud de suspensión provisional de la Ordenanza 96 de 1944, expedida por la Asamblea de ese Departamento, sobre condonación de un alcance a Ciro Antonio García. **Actor,** Gobernador de Santander. **Ponente,** Consejero doctor Guillermo Hernández Rodríguez. **Sentencia** que revoca el auto del Tribunal a **quo,** que niega la suspensión provisional y decreta ésta, noviembre 30 de 1945 238

Tolima—Solicitud de suspensión provisional del Decreto 545 de 1945, expedido por el Gobernador de ese Departamento, sobre permisos para juegos permitidos. **Actor,** Estanislao Pardo Gálvez. **Ponente,** Consejero doctor Gustavo A. Valbuena. **Sentencia** que confirma la de primera instancia, que niega la suspensión provisional pedida, diciembre 7 de 1945 492