REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES
DEL CONSEJO DE ESTADO

Relator y Director de los Anales,

Enrique Córdoba Ojeda

AÑO XXXIV - TOMO LXI

NUMEROS 382 a 386

1955

BOGOTA

IMPRENTA PENITENCIARIA CENTRAL

1956

CONSEJO DE ESTADO

Segundo Semestre de 1.955

SALA PLENA

PRESIDENTE:

Doctor Ildefonso Méndez

VICEPRESIDENTE:

Doctor Rafael Rueda Briceño

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

PRESIDENTE:

Doctor José Enrique Arboleda Valencia

CONSEJEROS:

Doctor Daniel Anzola Escobar

Doctor Manuel Buenahora

Doctor Ildefonso Méndez

Doctor Rafael Marriaga

Doctor Antonio José Prieto

Doctor Rafael Rueda Briceño

SECRETARIO:

Guillermo Novoa Rodríguez

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PRESIDENTE:

Doctor Guillermo Acosta Acosta

CONSEJEROS:

Doctor Manuel Dangond Daza

Doctor José Urbano Múnera

SECRETARIO:

Alfonso Gómez Hernández

RELATOR:

Enrique Córdoba Ojeda

FICALIAS

PRIMERA:

Doctor Justo Franco V.

SEGUNDA:

Doctor Nicolás Torres Niño

CONSEJO DE ESTADO 1.956

SALA PLENA

PRESIDENTE:

Dr. Rafael Marriaga

VICEPRESIDENTE:

Dr. Guillermo Acosta Acosta

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

PRESIDENTE:

Dr. Antonio José Prieto

CONSEJEROS:

Doctor Luis Buenahora

Doctor Ricardo Gutiérrez Mejía

Doctor Rafael Marriaga

Doctor Ildefonso Méndez

Doctor Gonzalo Rodríguez Suárez

Doctor Rafael Rueda Briceño

SECRETARIO:

Francisco A. Gómez G.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PRESIDENTE:

Doctor José Urbano Múnera

CONSEJEROS:

Doctor Guillermo Acosta Acosta

Doctor Manuel A. Dangond Daza

SECRETARIO:

José Antonio Guzmán Alandete

FISCAL 1º.:

Doctor Justo Franco V.

FISCAL 2º.:

Doctor Nicolás Torres Niño

Relator, Director de los "Anales":

Enrique Córdoba Ojeda.

INDICE ALFABETICO–ANALITICO.

A

Páginas

Acciones contra los actos o hechos de la Administración. Pueden ser ejercitados según que ellos sean lesivos del derecho objetivo simplemente, o del derecho objetivo y del subjetivo a la vez, o simplemente del derecho subjetivo. El acto que se intenta anular -en este caso- procede de un Agente de la Administración producido con pretexto del ejercicio de sus funciones. Véase: ASUNTOS MUNICIPALES. 123

Acción de Revisiòn. La ley 167 de 1.941 no establece el recurso extraordinario de revisión de las sentencias proferidas en los juicios ordinarios ventilados ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, fuera de la revisión taxativamente consagrada en los artículos 167 y 186 de la citada ley. Véase: INCOMPETENCIA DE JURISDICCION 381/385

Actos complejos de la Administración. Prestaciones sociales. Casos en que no hay necesidad de acusar todos los actos de la operación jurídico-administrativa. Véase: ASUNTOS MUNICIPALES. 69

Actos incompletos o imperfectos. Sus efectos jurídicos. Véase: ACTOS DE LOS GOBERNADORES 50

Acto simple o complejo. El actor debe señalar las disposiciones de orden superior que estima han sido violadas. Casos de Oficiales retirados del ejército. Véase: DECRETOS DEL GOBIERNO 287

Acuerdos. Suspensión de acuerdos creadores de Empresas Directivas de Empresas Municipales. Al Alcalde como Jefe de la Administración Municipal corresponde nombrar los empleados municipales cuya designación no esté especialmente atribuída por la ley o la Constitución a otra autoridad. Véase: ASUNTOS MUNICIPALES 110

Acumulaciòn de acciones. Acción de plena jurisdicción. Excepción de ineptitud sustantiva de la demanda. Véase;

Páginas

Actos de los Gobernadores..... 42

B

Baldíos. Concesión otorgada para la extracción de corteza de de mangle. Los litigios a traves de los cuales se alegue propiedad, dominio y posesión compete resolverlos a los jueces ordinarios. Véase: Incompetencia de Jurisdicción 375

Bienes Ocultos. Inadmisión de la demanda por falta de personería del apoderado de la parte demandante. Véase: Resoluciones Ministeriales. 706

C

Carrera Administrativa. Requisitos, condiciones y categorías. Vèase: Asuntos Municipales 96

Carrera Administrativa. La Carrera Administrativa *no es un estatuto personal* del trabajador, sino *un estatuto real de los empleos* de cada Ministerio o ramo administrativo. Véase: Resoluciones Ministeriales 700

Cesantía. Resoluciones de la Caja Nacional de Previsión Social. Liquidación del auxilio de cesantía y los requisitos que deben llenar las *notificaciones* Vèase: Autoridades Nacionales 185

Cesantía de los Notarios. Es necesaria la afiliación correspondiente para tener derecho a gozar de las prestaciones respectivas. Véase: Resoluciones Ministeriales 696

Competencia de los Tribunales Administrativos. Conocer de los juicios de nulidad incoados contra los actos, resoluciones o providencias de las autoridades, funcionarios o corporaciones administrativas del orden municipal. Articulación de nulidad por incompetencia de jurisdicción. Clasificación de los actos de la Administación. Véase: Asuntos Municipales 117

Competencia del Consejo de Estado para conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los Decretos del Gobierno. Vèase: Decretos del Gobierno. 260

Copia Hábil. Es esencial traer a los autos copia hàbil capaz de hacer plena prueba. Vèase: Asuntos Municipales. 105

Consultas del Gobierno. Règimen especial de administración fiduciaria. Marcas, patentes y demás modalidades de la propiedad industrial. Véase: 193

Consultas del Gobierno. Cuando cesa la prestación so-

Páginas

cial de invalidez. Casos en que no se admite la aplicación de las disposiciones por interpretación analógica. Véase: 204

D

Desinvestidura automática. Los empleados quedan desinvestidos al vencimiento de su período (Con salvamentos de voto). Véase: **Decretos del Gobierno.** 226

E

Electorales. Actos del Tribunal Supremo del Trabajo. Nulidad por violación legal en la elección de un Magistrado. Véase: **Electorales.** 297

Electorales. Actos de la Rama Jurisdiccional. Suspensión provisional. Caso en que no es admisible. Vèase: **Electorales...** 313

Excepción de petición de modo indebido. Retiro y reintegro en el Ejército. Efectos concretos que pueden otorgarse a una sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia sobre reintegro de oficiales del Ejército. Véase: **Autoridades Nacionales.....** 127

Excepciones de incompetencia de jurisdicción, ilegitimidad de la personería sustantiva, e inexigibilidad de la obligación. Véase: **Jurisdicción Coactiva.** 459

F

Falsa Motivación. Nulidad de las resoluciones del Registrador Nacional del Estado Civil y de los Acuerdos de la Corte Electoral. Véase: **Autoridades Nacionales.** 181

Falsa Motivación. No todo desacuerdo con la verdad debe sancionarse. La sanción a la Administración por un hecho inexacto debe graduarse en concierto con el perjuicio realmente recibido. Casos en que no hay perjuicios indemnizables en la destitución de un funcionario. (Con salvamentos de voto). Véase:. 600

I

Impuestos. Normas sobre determinación de la renta líquida de

Páginas

todo contribuyente que se dedique a la compra y venta de mercancías de cualquier género. Véase: 316

Impuestos. Condiciones para deducir si las COMISIONES causan gravamen. Exceso de utilidades. Multas. Sanción al contribuyente por inexactitud en la denuncia. Véase: 330

Impuestos. Utilidades causadas y no recibidas por el contribuyente en un determinado año gravable. Véase: 340

Impuestos. Condiciones esenciales para que se configure la renta de trabajo. Véase: 346

Impuestos. El titular del derecho de usufructo, padre o madre, es quien debe responder del pago del impuesto que gravita sobre los bienes del hijo de familia. Véase: 362

Impuestos. Distingos y subdistingos del tributo. Prohibiciones legales al Municipio de Bogotá para cobrar impuesto de mercancía extranjera. Véase: 369

Incompetencia de Jurisdicción. Baldíos. Concesión otorgada para extracción de corteza de mangle. Los litigios a través de los cuales se alegue propiedad, dominio y posesión compete resolverlos a los jueces ordinarios. Véase:... 375

Incompetencia de Jurisdicción. ACCION DE REVISION. La ley 167 de 1.941, no establece el recurso extraordinario de revisión de las sentencias proferidas en los juicios ordinarios, ventilados ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, fuera de la revisión taxativamente consagrada en los arts. 167 y 186 de la citada ley. Véase: ..... 381 y 385

Incompetencia de Jurisdicción. Incompetencia del Consejo de Estado para conocer de la inconstitucionalidad de los decretos reglamentarios de leyes, cuando su acusación se basa en la transgresión del ordinal 3º del artículo 120 de la Carta, -esto es, la extralimitación de la ley que dice reglamentar- sino otra disposición distinta que se oponga a su operancia. La potestad reglamentaria es limitada. Véase: 391

Incompetencia de Jurisdicción. Las cuestiones referentes a litigios entre el Estado y los particulares que tengan origen en contratos bilaterales, no son competencia del Consejo de Estado. Véase: **Indemnización de Perjuicios.** 397

Indemnización por Destitución. Personero Municipal. Véase: **Asuntos Municipales.** 65

Indemnización de Perjuicios. Providencias y salvamentos de votos referentes a la demanda sobre indemnización de perjuicios a la Empresa Editorial "El SIGLO, S. A.".

Páginas

Véase: **Autoridades Nacionales.** . . . . . 140 y ss

Indemnización de perjuicios por razón del perjuicio indirecto oeasionado por el Reitch Alemán en la Guerra Mundial de 1.939 a 1.945. Véase: **Resoluciones Ministeriales** 625

Indemnización por trabajos públicos. Municipio de Bogotá. Véase: 441

Invalidez. Cuando cesa esta prestación. Casos en que se admite la aplicación de las disposiciones por interpretación analógica. Véase: **Consultas del Gobierno** 204

J

Jurisdicción Coactiva. La sentencia sobre reconocimiento de "bienes ocultos" no tiene fuerza compulsiva para decretar un mandamiento de pago. Véase: 416

Jurisdicción Coactiva. Proveído que niega la reposición del auto de 27 de abril de 1.955, que precede. Vèase: 448

Jurisdicción Coactiva. Excepciones de incompetencia de jurisdicción, ilegitimidad de la personería sustantiva, e inexigibilidad de la obligaciòn. Véase: 459

Jurisdicción Coactiva. Ilegitimidad de la personería de la parte ejecutada. El juzgador debe observar "la plenitud de las formas propias de cada juicio". Pendiente el recurso de apelación contra el auto aprobatorio del remate no puede el juez obrar en el sentido de ordenar la inscripción del remate en el Registro de Instrumentos Públicos y Privados. Competencia del Consejo de Estado para conocer de esta clase de asuntos. Nulidades. Véase: 471

Jurisdicción Coactiva. Competencia del Consejo de Estado. Extralimitación de funciones del funcionario comisionado. Manera como se procede en los casos en que se concede o reconoce el derecho de retención. Véase 492

Jurisdicción Coactiva. No es el caso de reponer el auto de fecha 13 de octubre de 1.955 y se declara improcedente la nulidad impetrada contra dicha providencia. Véase: 500

M

Marcas, Patentes y demás modalidades de la propiedad industrial. Régimen especial de administración fiduciaria. Véase: **Consultas Del Gobierno**..... 193

Páginas

N

Notificaciones. Resoluciones de la Caja Nacional de Previsión Social. Liquidación del auxilio de cesantía y requisitos que deben llenar las notificaciones. Véase: **Autoridades Nacionales** 185

P

Pensión de Jubilación. El legislador colombiano consagró separadamente el derecho a la pensión de jubilación por parte de los empleados civiles y de los servidores del ramo docente. Casos en que no son acumulables los servicios. Véase 507

Pensión de Jubilación. (Notarios) Para tener derecho a la pensión vitalicia de jubilación es necesario estar afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social. Véase: 519

Pensión de Jubilación. (Ferrocarriles Nacionales). Casos en que no es competente el Consejo de Estado para conocer de las consultas y apelaciones sobre reconocimiento de prestaciones sociales. Véase 527

Pensión de Jubilación. Revisión de las Resoluciones de la Caja Nacional de Previsión Social. Competencia del Consejo de Estado. Véase: 532

Pensión de Jubilación. Revisión. Oficiales retirados de las Fuerzas Militares. Aplicación retrospectiva de la ley en materia de prestaciones sociales. Véase. 542

Pensión de Jubilación. Resoluciones de la Caja Nacional de Previsión Social. Criterio para fijar la competencia de una reclamación sobre prestaciones sociales. Fecha desde la cual debe cubrirse la pensión de jubilación. Prescripción de las *"acciones que emanan de las leyes sociales"*. Deben acusarse no sólo las disposiciones de la Caja sino todas las provenientes de entidades obligadas al pago de las cuotas correspondientes. Véase: 558

Pensión de Jubilación. No son de cargo de la Nación las prestaciones para los empleados y obreros de aquellos municipios que por ministerio de la ley están exentos de pagarlas. Véase. 578

Posesión de Empleados. Su responsabilidad La *reintegración* no requiere nueva posesión. Véase: **Asuntos Municipales** 579

Principios que gobiernan la Tecnica Procesal Contecioso Ad-

Páginas

ministrativa. Ineptitud sustantiva de la demanda. Veáse: **Asuntos Municipales**..... 75

R

Ramo de Educación. Los rectores de los establecimientos oficiales no se hallan amparados por la inamovilidad relativa. Véase: **Actos de los Gobernadores**. 20

Ramo de Educación. Designación transitoria o interina de profesores. Escalafón. Véase **Actos de los Gobernadores**..... 33

Ramo de Educación. Escalafón de Enseñanza Secundaria. Prueba incompleta. Véase: **Actos de los Gobernadores**..... 38

Ramo de Educación. Los profesores escalafonados pueden ser nombrados en establecimiento docente distinto de aquel en que estén regentando cátedras de su especialidad. Véase: **Actos de los Gobernadores** 47

Ramo de Educación. Maestros. La pensión jubilatoria liberta a la Administración de la obligación de mantenerlos a su servicio. Véase **Actos de los Gobernadores** 60

Ramo de Educación. El escalafón en la Carrera Administrativa y la inamovilidad relativa. Véase **Decretos delGobierno**... 206

Ramo de Guerra. Retiro y reintegro en el ejército. Efectos concretos que pueden otorgarse a una sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia sobre reintegro de oficiales del ejército. Véase **Autoridades Nacionales** 127

Ramo de Guerra Retiro y ascensos de oficiales del ejército. Consecuencia de las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia Véase: **Decretos del Gobierno** 217

Ramo de Guerra. Acto simple o complejo. El actor debe señalar las disposiciones de orden superior que estima han sido violadas. Casos de oficiales retirados del ejército. Véase **Decretos del Gobierno** 287

Ramo del Trabajo. El escalafón en un ramo de la Administración Pública no ampara a empleados que trabajan en otro ramo de la misma. Véase **Decretos del Gobierno**..... 256

Ramo del Trabajo. Actos del Tribunal Supremo del Trabajo. Nulidad por violación legal en la elección de un magistrado. Véase: **Electorales** 297

Resoluciones Ministeriales. El retiro "en forma absoluta" de un Suboficial Mecánico de la Fuerza Aérea no le priva de prestaciones sociales sin que haya mediado declaración por sentencia ejecutoriada. Derechos sucesorales. véase:.. 586

Páginas

Resoluciones Ministeriales. Falsa Motivación. No todo desacuerdo con la verdad debe sancionarse. La sanción a la Administración por un hecho inexacto debe graduarse en concierto con el perjuicio realmente recibido. Casos en que no hay perjuicios indemnizables en la destitución de un funcionario. (Con salvamentos de votos). Véase:. . . . . .600 y ss

Resoluciones Ministeriales. Status que ampara el personal que después de retirado del servicio activo entra a formar parte del Ramo Territorial y Movilización. Suboficiales de las Fuerzas Militares. Véase:. 616

Resoluciones Ministeriales. No tienen el carácter de prestación social los sueldos que durante los tres meses de su retiro siguen pagándose al ex-empleado civil del Ramo de Guerra (artículos 67 del Decreto 2332 de 1.946 y 66 de la Ley 2a. de 1.945). Véase: 621

Resoluciones Ministeriales. Indemnización de perjuicios por razón del perjuicio indirecto ocasionado por el Reitch Alemán Nazi en la Guerra Mundial de 1.939 a 1.945, consistente en deterioros materiales causados por bombardeos aéreos de las Fuerzas Aliadas a una mansión de propiedad del General Luís Suárez Castillo, situada en la ciudad alemana de Hamburgo. Véase: 625

Resoluciones Ministeriales. Sanción -multa- impuesta por transgresión de las disposiciones sobre Campaña Antiaftosa. Véase: 682

Resoluciones Ministeriales. Escalafón de Profesores de Segunda Enseñanza y retiro del cargo de Director de Grupo. Véase: 690

Resoluciones Ministeriales. Cesantía adicional de los Notarios. Es necesaria la afiliación correspondiente para tener derecho a gozar de las prestaciones respectivas. Véase: 696

Resoluciones Ministeriales. La Carrera Administrativa *no es un estatuto personal* del trabajador, sino *un estatuto real de los empleos* de cada Ministerio o ramo administrativo. Véase: 700

Resoluciones Ministeriales. Bienes ocultos. Inadmisión de la demanda por falta de personería del apoderado de la parte demandante. Véase: 706

S

Suspensión Provisional. Caso en que no es admisible. Actos de la Rama Jurisdiccional. Véase: **Electorales.** 313

Suspensóin Provisional. Clausura de tejares en la parte orien-

Páginas

tal de la ciudad de Bogotá. Solamente los actos ilegales pueden ocasionar perjuicios. Véase: 734

Sustitución de la norma señalada como violada. Véase: **Actos de las Asambleas.** 1

T

Traslados. Personal Docente. En los traslados del personal docente de enseñenza secundaria sólo hay que respetar el sueldo mínimo asignado o cada categoría del Escalafón; y deben ser obedecidos hasta que la justicia contencioso administrativa decida de su injuricidad, salvo casos de fuerza mayor, de dificultad extraordinaria, o de aquellos cuyo cumplimiento implica la lesión de uno de los derechos fundamentales y superiores de la persona humana, debidamente alegados. Véase: **Actos de los Gobernadores.** 7

Titulos Odontológicos y Farmancéuticos. " Licenciados o permitidos Véase: **Decretos del Gobierno.** 275

V

Vía Gubernativa. El agotamiento de la vía gubernativa mediante el ejercicio exhaustivo de los recursos procedentes es un presupuesto necesario para acusar ante esta jurisdicción un acto administrativo. Véase: **Actos de los Gobernadores.** 26

Anales del Consejo de Estado

Relator y Director de los Anales:

ENRIQUE CORDOBA OJEDA

AÑO XXXIV · TOMO LXI · NUMEROS 382 A 386 · BOGOTA 1955

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS

SUSTITUCION DE LA NORMA SEÑALADA COMO VIOLADA

(Consejero Ponente: Dr. Manuel Buenahora)

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

Referencia: Nulidad parcial de la Ordenanza Número 12 de 11 de Junio de 1.945, expedida por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca.
Actor: Hernán Cruz Riascos.

El Dr. Hernán Cruz Riascos, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad, solicitó del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca la anulación de los arts. 9 y 10 de la Ordenanza Nº. 12 de 1.945, expedida por la Asamblea de dicho departamento.

Solicitó igualmente la suspensión provisional de los actos acusados. Esta solicitud le fué negada y como la providencia en que tal cosa se hizo llegara al Consejo de Estado en apelación, esta entidad confirmó lo resuelto por el inferior.

El Tribunal puso término al negocio por sentencia de fecha tres de agosto de mil novecientos cincuenta y uno (1.951) por la cual se niegan las súplicas de la demanda.

Apelada ante el Consejo, debe hoy la Sala decidir sobre ella.

Se considera:

Dicen así los actos acusados:

"Art. 9º. La Universidad Industrial estará bajo la dirección de un consejo directivo compuesto por el director de educación, que será su presidente; el director o rector de la universidad, que será el vicepresidente, y de los decanos de las varias facultades que la integran. Esta junta directiva elaborará el reglamento interno, conforme a las normas del Ministerio de Educación Nacional.

Art. 10. La Universidad Industrial del Valle del Cauca tendrá un rector de libre nombramiento y remoción del gobernador del departamento, quien fijará su asignación. Los directores y profesores de las otras secciones de la Universidad Industrial serán nombrados por el consejo directivo."

El actor señala como disposiciones violadas el art. 30 de la Ley 68 de 1.935 y el art. 187 de la Constitución Nacional. El concepto de la violación que el demandante expresa puede sintetizarse en la forma siguiente:

Por medio de la Ord. 12 de 1.945 se ordena la fundación de la llamada Universidad Industrial del Valle del Cauca, pero al disponer, en su art. 90, que dicha Universidad estará bajo la dirección de un Consejo Directivo y la forma cómo éste se integra, dejó de dar representación en dicho Consejo a los dos profesores y a los dos alumnos que conforme al art. 30 de la ley 68 de 1.935 deben formar parte de él.

La ilegalidad del art. 10 de la Ordenanza demandada la hace consistir en que dicho artículo otorga al Gobernador del Departamento la facultad de nombrar y remover libremente al Rector de la Universidad en tanto que la ley mencionada solamente faculta a los Gobernadores para nombrar rectores sin concederles facultad de removerlos.

La violación del numeral 1º. del art. 187 de la C. N. la hace consistir en que, conforme a esta disposición, las facultades de las asambleas en relación con la enseñanza deben ejercitarse siempre "de acuerdo con los preceptos constitucionales y legales," de suerte que al violarse el art. 30 de la ley 68 citada, se ha violado igualmente aquella disposición constitucional.

Como puede verse, la tacha de ilegalidad se reduce a la violación del art. 30 de la ley 68, ya que la tacha constitucional que formula el demandante es consecuencia de aquélla. En estas condiciones bastará con estudiar la primera para deducir las consecuencias que sean del caso.

Pero ocurre que estando pendiente el presente juicio y antes de proferirse la sentencia de primera instancia, el referido artículo 30 fué sustituido por el art. 1º. del Decreto-Ley 0364 bis de 1.951. Esta norma se encuentra hoy en plena vigencia y por ello el Tribunal concluyó por negar las peticiones de la demanda argumentando que, como la finalidad de la acción de anulación no era sino la de

mantener el imperio del orden jurídico, en el presente caso no podría hablarse de que dicho orden estuviera quebrantado por la sencilla razón de que las normas que lo constituyen han dejado de existir. Dice así el Tribunal:

«CUESTION FUNDAMENTAL

Estando pendiente el presente juicio, ha sido expedido el Decreto Legislativo No. 0364 Bis de 1951 (Febrero 15), por el cual se modifican los Consejos Directivos de las Universidades Departamentales.

"Decreto Numero 0364 BIS de 1951- (Febrero 15).

Por el cual se modifican los Consejos Directivos de las Universidades Departamentales.

El Presidente de la Repúblicа de Colombia, en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, y

CONSIDERANDO: Que por Decreto número 3518 de 9 de noviembre de 1949 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República, y -Que es necesario unificar el régimen directivo de la Universidad Nacional y de las Universidades Departamentales,

DECRETA:

Artículo 1º. El artículo 30 de la Ley 68 de 1935 quedará así:

"Artículo 30. Los Rectores de las Universidades oficiales que funcionan en los Departamentos, y los Decanos de las facultades e institutos que las integran, serán nombrados por el respectivo Gobernador. Los Consejos Directivos de dichas Universidades se integrarán así: por el Director de Educación Pública, el Rector de la Universidad, el Decano de cada una de las Facultades de Derecho, Medicina e Ingeniería, se elegirán hasta completar el número de tres los Decanos de Odontología, Veterinaria y Química. El estudiante miembro del Consejo Directivo será aquél del último año de estudios que haya obtenido las mejores calificaciones en el curso de su carrera. La representación estudiantil coresponderá a cada facultad en el siguiente orden: Derecho, Medicina, Ingeniería, Odontología, Veterinaria, Agronomía, Arquitectura, Ciencias Económicas y Química."

Artículo 2º. La representación de profesores y estudiantes en el Consejo Directivo de las Universidades de que trata este Decreto, será de un (1) año.

Artículo 3º. El presente Decreto regirá desde la fecha de su expedición y quedan suspendidas las disposiciones legales que le sean contrarias y en especial el artículo 30 de la Ley 68 de 1935.

Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá a 15 de febrero de 1951.

LAUREANO GOMEZ.

Siguen las firmas de los Ministros del Despacho»

(Diario Oficial Nº. 27545)

Es bien sabido que la acción contenciosa de anulación tiene por finalidad obtener el restablecimiento del orden jurídico quebrantado y, consecuencialmente, mantener el imperio de la legalidad. Ahora bien, esa guarda del orden jurídico está condicionada a la existencia o vigencia de las normas jurídicas quebrantadas. En tal virtud, si ya no existe o ha desaparecido la norma jurídica violada, no podrá hablarse de quebrantamiento de esa regla inexistente, sino de la violación de otra norma jurídica, como en el caso de que sobrevenga la sustitución de un precepto jurídico por otro, como en el presente negocio.

En el caso de autos, el artículo 30 indicado en la demanda como violado por los actos acusados, ya no está vigente, pues ha sido sustituido por el Decreto Legislativo Nº. 0364 Bis de 1951. En estas condiciones, los actos demandados no pueden estar quebrantando hoy día esa disposición superior, porque ya no existe la norma que se estimaba violada. En consecuencia, por este aspecto no podrá accederse a las súplicas de la demanda, sin necesidad de hacer un mayor estudio que, entre otras cosas, carecería de objeto. En otras palabras, hoy día los actos acusados no quebrantan el orden jurídico preexistente por el aspecto en que fueron acusados.

El actor ha indicado, además, como violado el ordinal 1º. del artículo 187 de la Constitución Nacional. Se considera:

Dice la disposición en referencia:

«Corresponde a las Asambleas:

1º. Reglamentar, por medio de ordenanzas y de acuer-

do con los preceptos constitucionales y legales, los establecimientos de educación primaria y secundaria y los de beneficencia cuando fueren costeados con fondos del Departamento.»

Como aparece de la letra de la disposición constitucional transcrita, las Asambleas Departamentales pueden legislar sujetándose a la Constitución y a las leyes vigentes.

Ahora bien, el actor ha considerado que la Asamblea del Valle del Cauca al expedir los artículos acusados, no se ajustó a lo dispuesto en el artículo 30 de la ley 68 de 1935, de donde infiere que, por esa circunstancia, se ha violado el artículo 187 de la Constitución Nacional.

Pero ya se ha visto que el artículo 30 en referencia ha desaparecido, por sustitución que ha hecho el Gobierno Nacional de tal norma por el Decreto Legislativo Nº. 0364 Bis y, en consecuencia, actualmente no puede concebirse que se esté violando el orden jurídico en relación con esa disposición inexistente; siendo de advertir, por otra parte, que la norma constitucional se refiere a la reglamentación de los establecimientos de educación primaria y secundaria, y que los artículos de la memorada Ordenanza contemplan la creación y organización de una Universidad Industrial, que entraña la creación de profesiones liberales, cosa distinta de la enseñanza primaria y secundaria.

Considera el Tribunal que si los artículos acusados están en vigencia todavía, lo único que podrían violar hoy día, sería el Decreto citado, por la sustitución que se hizo del artículo 30 en referencia, más no este artículo de la ley 68 de 1935. En tal evento, le queda a salvo al demandante el derecho de atacar nuevamente tales artículos, por la relación o contradicción que puedan tener con el nuevo estatuto dictado por el Gobierno Nacional.»

La Sala, de acuerdo con el concepto del Señor Fiscal del Consejo, comparte el anterior razonamiento, entre otras razones, porque la técnica contencioso-administrativa le impone la obligación de estudiar los actos acusados solamente a la luz de las disposiciones que expresamente hayan sido señaladas como violadas, de suerte que si éstas han sido sustituidas por otras, como en el caso presente, la Sala no podría hacer la comparación necesaria para deducir la violación. Lo anterior, porque aquí se trata de un contencioso de anulación en el cual se persigue solamente el imperio de la legalidad, sin consideración a los intereses de los particulares como ocurre en la acción de plena jurisdicción, en cuyo caso no podría sostenerse la misma tesis porque en ésta la anulación del acto es tan solo el camino para obtener el restablecimiento de un derecho patrimonial que ha sido afectado y que tampoco queda res-

tablecido por la simple sustitución de la norma que consagra el bien patrimonial. Por ejemplo: la ley o la ordenanza condicionan las facultades del jefe de la administración para destituir a un empleado de carrera administrativa a pesar de lo cual el jefe lo destituye sin el previo cumplimiento de los requisitos que aquèllas le imponen. El agravio se produce y el interesado puede promover la acción de plena jurisdicción. Pero si antes de proferirse la sentencia se expide una nueva norma de igual o superior categoría que faculte al jefe para nombrar y suprimir libremente a dicho empleado, no por eso podría dejarse de ordenar el restablecimiento del derecho de éste por lo menos hasta la vigencia de la nueva norma. No ocurre lo mismo en la acción de simple nulidad en donde el fin primordial que se persigue es el sostenimiento del orden jurídico, representado en normas positivas de derecho.

No se considera necesario detenerse, como lo hizo el Tribunal, en el estudio de si hubo o nó violación del art. 194 de la Carta porque esta norma no figura entre las señaladas por el actor en su demanda.

En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, y oído el concepto de su Fiscal colaborador y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Rafael Rueda Briceño, Manuel Buenahora, Daniel Anzola Escobar, José Enrique Arboleda V., Rafael Marriaga, Ildefonso Méndez, Antonio José Prieto.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

EN LOS TRASLADOS DEL PERSONAL DOCENTE DE ENSEÑANZA SECUNDARIA SOLO HAY QUE RESPETAR EL SUELDO MINIMO ASIGNADO A CADA CATEGORIA DEL ESCALAFON; Y DEBEN SER OBEDECIDOS HASTA QUE LA JUSTICIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DECIDA SU INJURICIDAD, SALVO CASOS DE FUERZA MAYOR, DE DIFICULTAD EXTRAORDINARIA, O DE AQUELLOS CUYO CUMPLIMIENTO IMPLICA LA LESION DE UNO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUPERIORES DE LA PERSONA HUMANA DEBIDAMENTE ALEGADOS.

(Consejero Ponente: Dr. Ildefonso Méndez)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotà, Marzo diez y seis de mil novecientos cincuenta y cinco.

Por recurso de apelación interpuesto por el representante de la Gobernación del Departamento de Antioquia, procede revisar la sentencia del Tribunal Administrativo de ese Departamento, de fecha 14 de Julio de 1954, en la que se accede a las súplicas de la demanda, dictada en el juicio de plena jurisdicción adelantado por la señorita MARINA JIMENEZ VILLEGAS, por conducto de apoderado, con el objeto de conseguir: la nulidad del Decreto 91 de fecha 7 de Febrero de 1951, expedido por la referida Gobernación, en virtud del cual se nombró Profesora Interna del Instituto Central Femenino de Medellín, para reemplazarla, a la señorita Angélica Ramírez y se decretó su traslado al Liceo Departamental de Bachillerato "Braulio Mejía", en el Municipio de Sonsón, en ese mismo Departamento, como Profesora Permanente; el pago de todos los sueldos dejados de percibir hasta su reintegro en el primer cargo, por considerar que no estaba obligada a acatar la orden; y la declaración de que no se considere interrumpido el servicio para ninguno de los efectos legales.

Tal providencia tiene, en lo esencial, la siguiente motivación:

> "Las leyes orgánicas del escalafón en la enseñanza secundaria, autorizan a los Gobernadores de los Departamentos para efectuar los traslados convenientes para la buena marcha de la educación, pero al hacer éstos deberán conservar igual categoria y sueldo al maestro trasla-

dado, conforme a lo preceptuado por el art. 36 del Decreto No. 30 de 1948, reglamentario de la Ley 43 de 1945. Resulta, por consiguiente, la facultad de los Gobernadores, como jefes de la administración departamental, para dirigir la educación en su respectivo Departamento, nombrando y trasladando los maestros, con miras a la buena marcha de la educación, pero al hacer uso de la citada facultad legal, deben ceñirse a las normas y procedimientos previstos en las leyes sobre el escalafón.

Tres son los requisitos señalados por la Ley 43 de 1945 para que opere el traslado de un maestro escalafonado de un plantel a otro, a saber: 1º. Que a quien se traslada se le conserve igual categoría en el escalafón; 2º. Que igualmente se le conserve el mismo sueldo correspondiente a la categoría; y 3º. Que el profesor designado como reemplazo, esté inscrito en el escalafón de la enseñanza secundaria.

La Gobernación del Departamento de Antioquia, al dictar el Decreto No. 91 de 7 de Febrero de 1.951, por medio del cual se trasladó a la señorita Marina Jiménez del Instituto Central Femenino al Liceo Departamental de Sonsón, sólo le conservó la categoría al efectuar el traslado, desmejorándola notoriamente el trasladarla a un Liceo de varones; igualmente, se le desmejoró en el sueldo devengado, pues éste era de $360.oo en el Instituto Central Femenino y de sólo $250.oo en el Liceo Departamental de Sonsón. Donde sí aparece manifiesta la violación de la ley, fué en el reemplazo que se le nombró, pues la reemplazante no está inscrita en el escalafón de enseñanza secundaria.

La ley establece que cada categoría en el escalafón, debe corresponder a un sueldo. En cumplimiento de este precepto, al efectuarse los traslados se debe conservar el mismo sueldo y categoría, pues si èste fuere menor la medida resultará, además de injusta, contraria a la ley.

El Decreto acusado resulta manifiestamente violatorio del Art. 7º. de la Ley 43 de 1945, disposición que exige estar inscrito en el escalafón de la enseñanza secundaria para ser profesor de establecimientos oficiales, condición no llenada por la reemplazante de la señorita Marina Jiménez. Las leyes sobre el escalafón tienen como fin primordial el de amparar los derechos de los profesores escalafonados, en forma tal que no puede reemplazárseles sino por personas inscritas en él. La disposición contenida en la Ley 43, sin duda alguna, tuvo por objeto dar estabilidad al gremio de maestros, para que no fueran reem-

plazados en forma inconsulta y por personas no idóneas para desempeñar la función docente.

«..... ....

El Tribunal, en una reiterada jurisprudencia, ha sustentado la tesis según la cual los actos administrativos están amparados por una presunción de legalidad y por lo tanto deben obedecerse, hasta tanto la justicia contencioso-administrativa resuelva de su juridicidad. La anterior exègesis es cierta, pero no puede ampliarse en forma absoluta en todos los casos, pues en algunos su obedecimiento implicaría a la persona un perjuicio notoriamente grave. Si el acto administrativo va en mengua de la persona, mal podría a èsta exigírsele la obediencia a un acto contrario a su dignidad y lesivo de su persona. Como muy bien lo ha dicho el H. Consejo de Estado, citando al Dr. José Vicente Concha, «El individuo tiene derechos superiores y anteriores a los del Estado que éste debe, en consecuencia, respetar y proteger».

A la señorita Marina Jiménez se le trasladó a un Liceo en donde todo el profesorado era de varones al igual que los educandos y no podría afirmarse con un criterio desprevenido e imparcial su obediencia al citado mandato, pues resulta incómodo a una señorita digna y recatada convivir permanentemente con jóvenes entrados en pubertad. El propio Rector del Colegio de Sonsón, no obstante su dependencia de la Dirección de Educación Pùblica, consideró impropia la medida. El acto administrativo para ser obedecido, no sólo tiene que ser legal sino moral.

En un caso similar el Consejo de Estado dijo al respecto lo siguiente:

"Es más: la señorita Yepes era en Medellín profesora interna o permanente del Instituto Central de Bachillerato para señoritas y como tal, entre lás funciones anexas al cargo, correspondíale vigilar a las alumnas en sus dormitorios precisamente a la hora de acostarse y levantarse. Y se la traslado a Yolombó como profesora interna de un establecimiento de segunda enseñanza para varones, en donde entre otras funciones, le correspondía vigilar, como dice el Rector del plantel, "la levantada y la acostada de los alumnos" (fl. 9 vto. del cdno. 2), función, oficio o actividad que la Administración no debió confiar nunca a una mujer, menos a una dama como la demandante que, según declaraciones y certificados oficiales, "era y es una de las más brillantes unidades del magisterio del Departamento de Antioquia".

Irrisorio e inconveniente el nombramiento que hubiè-

rase hecho de un varón para profesor interno o permanente del Instituto Central Femenino de Medellín, con la función, entre otras, de presenciar "la acostada y levantada" de las futuras bachilleres. Como el caso inverso es el de la señorita Yepes, ello legalmente excusábala de aceptar el traslado de que se viene hablando. Consideraciones obvias justifican su conducta."

El Fiscal de la Corporación, en su vista de fondo, solicita que se revoque la sentencia y que en su lugar se nieguen las peticiones de la demanda. Dice al respecto:

"El Tribunal fundamenta su fallo en la comparación de las probanzas allegadas al proceso y a las normas legales indicadas en la demanda como infringidas, concluyendo en que "El Decreto acusado resulta manifiestamente violatorio de la Ley 43 de 1945" y de las demás leyes y disposiciones que rigen el Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria.

Por su parte, el señor apoderado del Departamento de Antioquia, al sustentar el recurso de apelación, ataca el fallo del Tribunal, arguyendo que el Decreto anulado es perfectamente legal ya que el traslado de la señorita Marina Jiménez Villegas se efectuó dentro de dos establecimientos docentes de la misma categoría, para lo cual considera que "en la categoría no influye, ni un cambio de sitio ni el sueldo". Dice que la Ley no habla de igualdad de sueldos, sino de igualdad de categorías; que ni la Ley 43 de 1945 ni el Decreto 30 de 1948 -señalados en la demanda como fundamentos de derecho,- exigen en parte alguna que para efectuar traslados se deba conservar en igual categoría y sueldo a un maestro.

En sentir de la Fiscalía, no está en lo cierto el señor apoderado del Departamento de Antioquia. Tampoco lo está exactamente el Tribunal fallador.

En efecto, la Ley 43 de 1945, orgánica del Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria, sí habla de sueldos respecto de las categorías dentro del Escalafón, al decir en su artículo 2º, que "El Escalafón en referencia tendrá por objeto clasificar a los profesores en grupos.....; servir de base para regular los ascensos anotados; *e igualmente, servir de base para FIJAR LOS SUELDOS de los profesores oficiales, correspondientes a las distintas categorías y formas de trabajo.*" (Subrayado y Mayúsculas de la Fiscalía)

Al tratar la misma Ley sobre profesores de establecimientos privados, en su artículo 14 dispuso lo siguiente: "El Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, *fi-*

jarà los sueldos y salarios mìnimos de los profesores de establecimientos privados, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 6ª. de 1.945, *sobre la base de las categorìas que determine el Escalafón.*"

Precisamente, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 2º. arriba transcrito, fué que, mediante el Decreto reglamentario Nº. 30 de 12 de enero de 1.948, artículo 29, *fijó los sueldos mínimos para el profesorado oficial* el Gobierno Nacional, habiendo fijado para la segunda categoría, - Profesores de Tiempo Completo - un sueldo mínimo de $ 240.00 mensuales. Debe advertirse que, aun cuando esta fijación de sueldos mínimos se hizo para la vigencia de 1.948, según lo expresa el artículo citado, es claro que al no haberse decretado en años posteriores nuevas asignaciones mínimas, la tasa entonces fijada tiene plena vigencia en la actualidad y ella debe servir de base pare calificar si en el caso de autos a la demandante, señorita Jiménez Villegas, se le desmejoró en el sueldo correspondiente a su categoría o nó.

Según reza la certificación expedida por el Secretario de la Contraloría Departamental de Antioquia, visible al folio 11 vuelto del cuaderno de pruebas, hasta la fecha de su traslado la profesora Marina Jiménez Villegas, como Profesora Interna del Instituto Central Femenino de Medellín, devengó un sueldo mensual de $ 360.00 y, en el Decreto de traslado Nº. 91 de 1.951, se le fijó una asignación de $ 250.00 mensuales como Profesora Permanente del Liceo Departamental de Sonsón.

En el informe rendido por la Dirección de Educación Pública de Antioquia, visible al folio 18 del cuaderno de pruebas, se certifica que la profesora Marina Jiménez Villegas está escalafonada en Segunda Categoría del Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria, especialidad en "Ciencias Sociales".

Correspondiendo a la Segunda Categoría un sueldo mensual mínimo de $240.00, como se vió antes, mal puede considerarse desmejorada en el sueldo que legalmente le pertenece dentro de su categoría la profesora Marina Jiménez Villegas, si se tiene en cuenta que al ser trasladada a Sonsón se le fijó una asignación mensual de $ 250.00, o sea, $ 10.00 más del sueldo mínimo señalado a su categoría.

Así las cosas, por este aspecto el Decreto sub-júdice es perfectamente legal, como queda demostrado con los razonamientos anteriores, ya que no lesionó derecho alguno de la profesora Jiménez Villegas relacionado con su categoría dentro del Escalafón y, por tanto, no pueden con-

siderarse infringidos ni la Ley 43 de 1.945 ni el Decreto 30 de 1.948, señalados en el concepto de la violación.

Ahora bien. En lo que atañe a que la sucesora o, mejor, reemplazo de la demandante, señorita Angélica Ramírez, no figura inscrita en el Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria, por lo cual se tilda también de ilegal el Decreto 91 acusado, este Despacho observa lo siguiente:

En primer lugar, debe ponerse de presente que lo que la Gobernación de Antioquia dispuso por medio del Decreto 91, fué el *traslado* y no la *remoción* de la profesora Marina Jiménez Villegas, cuestión que impide aplicar para el caso la norma contenida en el artículo 8º. de la Ley 43 de 1.945 "sobre mejor derecho para seguir ocupando el cargo de Profesora Interna del Instituto Central Femenino de Medellín" de la actora, respecto de la señorita Angélica Ramírez, pues gozando de facultad legal el Gobernador para efectuar traslados dentro del profesorado oficial de su Departamento, ninguna profesora en particular puede sentirse lesionada en sus derechos personales de escalafonada por causa del traslado o nombramiento de cualquiera otra institutora, razòn por la cual no tendría personería para demandar en acción de plena jurisdicción, sino únicamente en acción contenciosa de simple nulidad, porque al carecer de interés personal sólo podría obrar en guarda de la legalidad como lo ha dicho en múltiples ocasiones el Consejo de Estado.

De otro lado, hay una razón incontrovertible para negar las peticiones de la demanda, y es la de que la señorita Marina Jiménez Villegas se colocó en rebeldía contra la Administración, calificando de antemano, por sí y ante sí, el decreto de traslado, negándose a aceptarlo, renunciando así tácitamente a las prerrogativas del Escalafón y posponiendo el interés general de la educación a sus conveniencias personales.»

Para fallar la Sala considera:

1. En los autos se hallan demostrados los siguientes hechos:

a) Informe de la Dirección de Educación Pública, en el cual se hace constar que la señorita Marina Jiménez está escalafonada en la Segunda Categoría del Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria por Resolución Nº. 2768 de abril 5 de 1.951, especialidad en ciencias sociales. En el mismo certificado se informa que, tanto el Instituto Central Femenino como el Liceo de Bachillerato de Sonsón, expiden diploma de bachillerato reconocido por el Ministerio de Educación Nacional;

b) Copia de las Resoluciones Nos. 1367 de 28 de octubre de 1.952 y 1062 de 22 de julio de 1.948, proferidas por el Ministerio dc Educación Nacional, por medio de las cuales se aprobaron los estudios secundarios del Instituto Central Femenino de Medellin y del Liceo Departamental de Sonsón, respectivamente;

c) Informe del Secretario General de la Junta Nacional del Escalafón de enseñanza secundaria, en el que se afirma que la Dirección de Educación Pública para decretar traslados en el personal docente de enseñanza secundaria, no tiene por qué solicitar ningún concepto del Ministerio de Educación Nacional, sino que atiende con los traslados a garantizar la buena marcha del plantel. Igualmente, acompañó al informe una lista de las profesoras internas del Central Femenino que no están inscritas en el escalafón de enseñanza secundaria, entre las cuales figura la señorita Angélica Ramírez, quien reemplazó a la señorita Marina Villegas en dicho cargo;

d) Certificado de la Contraloría sobre el sueldo devengado por la señorita Marina Jimènez, en los tres últimos meses de servicio en el Instituto Central Femenino, a razón de $ 360.00 mensuales;

e) Acta de la visita efectuada al Instituto Central Femenino por el Inspector Nacional de Educación Técnica en el año de 1.950, en la que se hace constar que la profesora Jiménez Villegas posee buena preparación sobre la materia y revela que es pedagoga de carrera;

f) Copia de la nota dirigida por la señorita Marina Jiménez al Dirèctor de Educación Pública, por la cual se negó a aceptar el traslado decretado, en virtud de las siguientes razones, que se sintetizan:

"Por otra parte, la profesora que me reemplaza no está inscrita en una categoría superior a la mía y la circunstancia de haber estado yo ocupando el puesto, me confiere un mejor derecho para permanecer en él, al tenor del decreto 1487 de 1.946. Además, la asignación de que disfrutaba en el Instituto, de trescientos sesenta pesos ($360.oo) mensuales, es muy superior a la que ahora se me fija. En consecuencia y, con fundamento en las consideraciones anteriores, declaro que el traslado que se me comunica es lesivo de mis derechos y de la ley. Por lo tanto, espero que se me conserve en el puesto que tenía. De lo contrario expreso que no acepto la nueva designación. Señor Director, — Medellín febrero 16 de 1951—Marina Jiménez Villegas."

g) Informe del Jefe de Enseñanza Primaria y Secun-

daria del Departamento de Antioquia, sobre los motivos del traslado expuestos en la siguiente forma:

«La señorita Marina Jiménez Villegas fué trasladada del Instituto Central Femenino de esta ciudad al cargo de profesora permanente del Liceo Departamental de Bachillerato de Sonsón, por su espíritu eminentemente disociador que asumió durante el año próximo pasado y en forma por demás notoria en los últimos meses del mismo año. Por haber llevado su acción disociadora hasta el estudiantado y por su espíritu de rebeldía a los mandatos de la Dirección de Educación.

La conducta observada por la señorita Jiménez Villegas en relación con el Instituto Central Femenino, fué de rebeldía a las normas del plantel cuando estuvo de directora encargada la señorita Gabriela Amaya y, por lo tanto, durante este mismo tiempo, el cumplimiento de sus deberes como profesora interna lo hizo dentro de inconformidad y resistencia pasiva.—Félix Montoya M.».

h) Certificado del Rector del Liceo Departamental de Sonsón, quien hace constatar los siguientes hechos: que el Liceo es un establecimiento exclusivo para varones, con internado y con enseñanza para los seis años de bachillerato; a la vez conceptúa, «que le resulta muy impropio que dentro del profesorado permanente se encuentre una señorita»;

i) Por último, se presentó declaración jurada del Dr. José Manuel Mora Vásquez, ex-director de Educación Pública del Departamento, y de la señorita Lola González, ex-directora del Instituto Central Femenino, en las cuales se acreditan la preparación y habilidad pedagógica de la señorita Marina Jiménez, su conducta intachable en todo sentido y su estricto cumplimiento de sus deberes. Las anteriores declaraciones proceden de personas de acrisolada honorabilidad y, por lo tanto, pueden considerarse como testigos de mayor excepción".

Deben, pues, estudiarse, en primer término, los siguientes aspectos del orden jurídico:

a) Si el artículo 36 del Decreto 30 de 1.948, que da facultad discrecional al Ministerio de Educación Nacional para efectuar traslados de los profesores nacionales de Enseñanza Secundaria cuando a su juicio dicho cambio redunde en beneficio de la educación, también rige para los traslados de los profesores departamentales y municipales;

b) Si para que sean válidos tales traslados se requiere que a quien se traslada se le conserve igual categoría en el Escalafón e igual sueldo; y

c) Si es requisito necesario para tener acción para demandar un acto administrativo de la naturaleza del acusado acatar previamente la orden de traslado.

---

aa) Estando a cargo de los Gobernadores y Alcaldes la responsabilidad de la educación costeada por los erarios de los Departamentos y Municipios y no existiendo ninguna disposición legal en contrario, no se ve por qué tengan ellos que consultar los referidos traslados con el Ministerio de Educación Nacional y más todavía, que el artículo 36 del Decreto Nº. 30 de 1.948 refuerza las tesis expuestas por aplicación analògica del principio que lo informa.

bb) Tampoco existe ninguna norma jurídica que establezca la intangibilidad del sueldo de ningún empleado público, excepto por disposición constitucional para los Magistrados y Jueces durante su periodo, y si ella existiera sería inexequible, porque limitaría al Congreso, Asambleas y Consejos la facultad privativa que les da la Carta de votar anualmente la Ley de Asignaciones Civiles.

Las únicas disposiciones que inciden sobre el particular son las siguientes:

«LEY 43 DE 1.945

«..... ....

Artículo 2º. El Escalafòn en referencia tendrá por objeto clasificar a los profesores en grupos, de acuerdo con sus especialidades científicas y técnicas, las que se determinarán de acuerdo con sus títulos o su actual ejercicio profesional y en categorías, según su certificado de estudio, títulos profesionales y años de servicio docente; servir de base para regular los ascensos anotados; e igualmente, servir de base para fijar los sueldos de los profesores oficiales, correspondientes a las distintas categorías y formas de trabajo.

....

Artículo 6º. Los ascensos de una a otra categoría, serán automáticos al cumplir el profesor los años de servicio que se determinen para cada categoría.

Parágrafo.- Quedan prohibidos los descensos."

* * *

«DECRETO NUMERO 00165 de 1.948. (22 de enero)

«por el cual se modifica el artículo 29 del Decreto número 30 de 1.948.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades legales,

DECRETA:

Artículo único. El artículo 29 del Decreto número 30 de 1.948 quedará así: Fíjanse los siguientes sueldos mínimos para el profesorado oficial, en el presente año:

Primera categoría. Profesores de tiempo completo, $ 3.600 anuales, $ 300 mensuales. Profesores externos, $156 anuales; por hora semanal de clase, a $ 3 la hora.

Segunda categoría. Profesores de tiempo completo, $ 2.880 anuales, $ 240 mensuales. Profesores externos, $130 anuales; por hora semanal de clase, a $ 2.50 la hora.

Tercera categoría. Profesores de tiempo completo, $ 2.400 anuales, $ 200 mensuales. Profesores externos, $ 104 anuales; por hora semanal de clase, a $ 2 la hora.

Cuarta categoría. Profesores de tiempo completo, $ 2.040 anuales, $170 mensuales. Profesores externos, $93.60 anuales; por hora semanal de clase, a $ 1.80 la hora.

Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá a veintidós de enero de mil novecientos cuarenta y ocho.

(Fdo.) MARIANO OSPINA PEREZ

El Ministro de Educación Nacional,

Joaquín Estrada Monsalve.»

De manera que lo que prohibe el artículo 6º. de la Ley 43 de 1.945 son los descensos de categoría; el amparo del sueldo se halla consagrado por el artículo 2º. ibídem, en relación con el Decreto Nº. 00165 de 1.948 (que tiene plena vigencia al no haberse modificado en años posteriores esas tasas), pero en forma relativa, es decir, por el mínimo señalado a cada categoría.

cc) Los actos administrativos están amparados por una presunción de legalidad y, por lo tanto -salvo casos de fuerza mayor, de dificultad extraordinaria, o de aquéllos cuyo cumplimiento implica la lesión de uno de los derechos fundamentales y superiores de la persona humana, debida y oportunamente alegados- deben obedecerse hasta tanto la justicia contencioso administrativa decida de su injuridicidad, pues en todo régimen administrativo organizado debe existir subordinación jerárquica. Esta ha sido la tesis invariable del Consejo; se transcriben dos providencias sobre el particular:

«..... Siendo la justicia contencioso administrativa la única encargada en el país de juzgar y de-

finir sobre la legalidad o la ilegalidad de los actos administrativos, la señora Rojas v. de Arias, sin perder su derecho para iniciar en la oportunidad debida la demanda correspondiente, ha debido obedecer, en cuanto a ella se refería, el traslado que se le ordenó por medio del Decreto 38 de 1938, mientras la jurisdicción contencioso administrativa, por medio de sus Tribunales competentes, le definían los motivos de su inconformidad, pues como dice el expositor Bielsa citando a Orlando, "no basta que la orden por sí misma contenga una ilegalidad para que el subordinado pueda desobedecerla, pues es necesario, además, que él esté facultado para *juzgar esa ilegalidad*". Y más adelante agrega: "Si el acto ordenador es por sí mismo ilegal, pero esta ilegalidad no concierne a la esfera propia de la competencia atribuida al inferior, éste no podrá dejar de cumplir lo ordenado, porque auncuando fuera ilegal le falta entonces la *competencia* para examinar y juzgar la legitimidad de la orden". Conforme a la legislación colombiana, el escalafón del magisterio no atribuye a los maestros inscritos en él, la facultad para juzgar la ilegalidad de los actos administrativos, los cuales, como tantas veces se ha dicho, están amparados con la presunción de legalidad y hay que obedecerlos hasta cuando la jurisdicción correspondiente no se pronuncie en definitiva sobre su ilegalidad, si es el caso.

En todo régimen administrativo debe existir organización y subordinación jerárquica y es en acatamiento a esta última por lo que un maestro oficial está en la obligación de obedecer la orden de un traslado, por ilegal que le parezca, salvo fuerza mayor comprobada, porque antes que su propio derecho, el cual puede defender por las vías legales, están los derechos de la administración pública y de los asociados en general, los cuales no pueden paralizarse, ni perjudicarse, por el solo hecho de que un maestro, en un momento dado, juzgue, por su propia cuenta, que el mandato del superior es ilegal». (Sentencia de 1º. de septiembre de 1950; actor: María E. Rojas de Arias; ponente: Dr. Galán Rodríguez. Anales 267, págs. 302 a 303).

* * *

«..... ....

Esta Sala del Consejo en repetidas oportunidades ha venido sosteniendo que como al empleado, en su condición de tal, no le es lícito examinar motu proprio y de plano, la razón, la conveniencia, inconveniencia, legalidad o ilegalidad de los actos de la administración, menos los de na-

turaleza meramente reglamentaria, está obligado a obedecer el mandato superior como que él conlleva siempre la presunción de legalidad, mas sin perjuicio, claro está, de que por las vías legales haga uso del derecho de demandar ante las autoridades competentes lo relacionado con la vigencia del acto, si estima que le causa perjuicio o le vulnera algún derecho.» (Sentencia de 23 de mayo de 1951; actor: Miguel A. Fandiño; ponente: Dr. Anzola Escobar; Tomo de Sentencias Nº. 21., pág. 274).

En este orden de ideas, la demanda de la señorita Jiménez Villegas no puede prosperar, por las siguientes razones:

1. El Gobernador de Antioquia tenìa facultad para hacer el traslado contenido en el decreto acusado.

2. Si bien ella devengaba como Profesora del Instituto Central Femenino de Medellín un sueldo mensual de $ 360.00 y sólo le fijaron $250.00 como asignación en el Liceo de Sonsón, el salario mínimo de los profesores de segunda categoría de Enseñanza Secundaria está fijado en $240.00 mensuales para los profesores de tiempo completo y $130.00 anuales, por hora semanal de clase, a $2.50 la hora. Es decir, que al asignársele a la señorita Jiménez un sueldo mensual de $250.00 en el nuevo cargo se le señaló un sueldo superior al mínimo.

3. Es inaceptable el concepto del Tribunal a quo: que la señorita Jiménez Villegas no tenía la obligación de obedecer la orden de traslado porque ello implicaba un perjuicio notoriamente grave para su persona. El caso de autoridad traído por él en su sentencia contempla otro supuesto, pues allí se trataba del traslado de una señorita a un establecimiento para varones en donde, entre otras funciones, le correspondía vigilar, según certificación del Rector del plantel, la levantada y acostada de los alumnos, en tanto que, si bien es cierto que a la demandante se le pasó a un establecimiento de varones, esto sólo se hizo como profesora externa, lo que es perfectamente compatible con su condición de mujer. Se llega a esta conclusión, por las siguientes razones:

a) Idiomàticamente, profesor permanente no significa profesor interno.

b) El Gobierno de Antioquia sostiene que el nombramiento fué para profesora externa. (Véase pág. 27 C. P.).

c) Si bien el abogado de la demandante dice que la afirmación de la Gobernación es inexacta, no demostró lo contrario, y sólo se limitó a alegar que a los profesores permanentes o de tiempo completo les corresponde dictar un número determinado de clases y, además, cumplir las funciones de directores de grupo, lo que es exacto, mas de allí no se concluye que ellos deben ser siempre internos.

d) El artículo 33 del Decreto Nº. 30 de 1948 distingue claramente las funciones de los profesores de tiempo completo, internos y externos:

«Los profesores de tiempo completo sólo estarán obligados a dictar un máximun de veinte (20) horas semanales de clase y a cumplir las funciones de directores de grupo. Los profesores de tiempo completo encargados de los internados, únicamente estarán obligados a dictar ocho (8) horas semanales de clase.»

Resta definir si, por el hecho de habérsele designado a la señorita Jiménez Villegas como reemplazo una profesora no escalafonada en la Enseñanza Secundaria, el acto es nulo: en primer lugar, gozando la Administración de la facultad legal de efectuar traslados dentro del profesorado oficial, ningún profesor en particular puede sentirse lesionado en sus derechos personales por causa de un acto de esta naturaleza; y, en segundo, si bien es cierto que, de conformidad con el artículo 7º. de la ley 43 de 1945, es indispensable estar inscrito en el Escalafón para ser profesor de los establecimientos oficiales de Enseñanza Secundaria, una declaración de nulidad de esta naturaleza no es procedente hacerla en este juicio, ya que no se está en presencia de una acciòn pública de nulidad de un nombramiento -de carácter electoral-, sino de uno de plena jurisdicción, en donde la nulidad del acto acusado es un medio para conseguir el fin pretendido; de manera que si no procede el extremo principal de la demanda, como en los autos, no es del caso hacer ninguna declaración.

Por las razones anteriores, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto fiscal y de acuerdo con él, REVOCA la sentencia apelada y en su lugar NIEGA las súplicas de la demanda.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Rafael Rueda Briceño, Ildefonso Méndez, Daniel Anzola Escobar, José Enrique Arboleda V., Manuel Buenahora, Rafael Marriaga, Antonio José Prieto.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

RAMO DE EDUCACION. LOS RECTORES DE LOS ESTABLECIMIENTOS OFICIALES NO SE HALLAN AMPARADOS POR LA INAMOVILIDAD RELATIVA.

(Consejero Ponente: Dr. Rafael Rueda Briceño)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotà, Diciembre quince de mil novecientos cincuenta y cinco.

Referencia: Expediente No. 6139.
Contenido: Nulidad del Decreto No. 65 (Art. 2o.) de la Gobernación de Caldas—Dirección de Educación.—
Actor: Rafael Ramirez Valencia.

El día 31 de mayo de 1.954, por intermedio de apoderado, el señor Rafael Ramírez Valencia solicitó del Tribunal Administrativo de Caldas que se declare nulo el artículo 2º. del Decreto No. 65 de fecha 18 de febrero de 1.954, expedido por la Gobernación de Caldas, por cuanto por el artículo en mención se nombra Rector del Colegio Oficial de Varones "Deogracias Cardona", de Pereira, al Presbítero Dr. Luis Muñoz Berrío, en reemplazo del señor Rafael Ramírez Valencia.

Solicita, además, el demandante, el restablecimiento del derecho violado, en la forma siguiente:

> «SEGUNDO: Que, como consecuencia, el Departamento de Caldas, representado por su Gobernador, que lo es en la actualidad el Coronel Gustavo Sierra Ochoa, está en la obligación de restituir, y en efecto restituirá, necesariamente, a mi representado, señor Rafael Ramírez Valencia, al cargo que ocupaba como Rector del Colegio Oficial de Varones "Deogracias Cardona", de Pereira, o a otro cargo de igual o superior categoría.
>
> TERCERO: Que el Departamento de Caldas está en la obligación de pagar, y en efecto pagarà, a mi mandante, señor RAFAEL RAMIREZ VALENCIA, el total de los sueldos o salarios dejados de percibir, como Rector y Catedrático del Colegio Departamental "Deogracias Cardona," de Pereira, desde la fecha en que fue privado de

dicho cargo hasta la fecha en que sea reintegrado al mismo o a otro cargo de igual o superior categoría.- Lo que hará 3 días después de ejecutoriada la sentencia.-

CUARTO: Que, por no ser culpable el señor Ramírez Valencia de su retiro de la educación del Departamento de Caldas, para el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales no se considerará interrumpido su servicio, por el tiempo que dure su ausencia, como consecuencia de lo dispuesto por el Decreto departamental No. 65 de 1.954.

QUINTO: Que el Departamento de Caldas está en la obligación de cubrir lo correspondiente a las costas del juicio que mi mandante se ha visto precisado a instaurar, contra su voluntad, por los perjuicios que le ha causado el acto gubernamental que se acusa.»

Como disposiciones violadas señala el señor apoderado las siguientes: Arts. 16, 17, 62 y 76 de la Constitución y 9 de la Ley 43 de 1.945.

La demanda fué admitida por auto de fecha 8 de junio de 1.954; surtido el trámite de rigor, el Tribunal profirió sentencia que en su parte resolutiva dice así:

«1º. Declárase nulo el Artículo 2º. del Decreto número 65 de fecha 18 de febrero de 1.954, expedido por la Gobernación del Departamento—Dirección de Educación,—mediante el cual se nombra Rector del Colegio Oficial de Varones "Deogracias Cardona", de Pereira, al presbítero doctor Luis Muñoz Berrío, en reemplazo del señor Rafael Ramírez Valencia.

2º. En consecuencia, la Dirección de Educación Pública del Departamento queda en la obligación de restituír y restituirá al señor Ramírez V. al cargo de Rector que desempeñaba o a otro de igual o mejor categoría.

3º. El tesorero departamental pagará al señor Rafael Ramírez Valencia los sueldos que haya dejado de percibir en razón del cargo de Rector que desempeñaba, desde el día en que fué reemplazado hasta la fecha en que sea restituído, tal como se dice en el numeral anterior. -Dicho pago deberá hacerse tres (3) días después de la ejecutoria de esta providencia.-

Al citado señor Ramírez Valencia, se le descontarán las sumas que hubiere percibido por cualquier asignación "proveniente del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes". (Artículo 64 de la Constitución Nacional).

4º. El señor Ramírez Valencia tiene derecho a que el tiempo durante el cual estuvo cesante, le sea tenido en cuenta para efecto de las prestaciones sociales.

5º. No hay lugar a hacer la declaración solicitada en el punto 5º. de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.»

Del fallo anterior apelaron el apoderado del señor Gobernador y el Fiscal del Tribunal; concedido el recurso y rituado legalmente como se halla en esta Corporación, es la oportunidad de resolverlo, y a ello se procede, considerando:

Como hechos de la demanda se expusieron los siguientes:

«1º. El señor Ramírez Valencia mencionado prestó sus servicios durante varios años, como Catedrático y Director de Grupo del Colegio Departamental "Deogracias Cardona", de la ciudad de Pereira;

2º. Por haber llenado los requisitos legales, mi representado, señor Ramírez Valencia, fue ESCALAFONADO como profesor de Enseñanza Secundaria;

3º. Estando desempeñando el referido cargo, fue designado el señor Ramírez Valencia para ocupar el cargo de Rector del mismo Colegio, nombramiento que le hizo en PROPIEDAD la Gobernación de Caldas, según decreto No. 402 de fecha 3 de junio de 1.953;

4º. Mi mandante, señor RAFAEL RAMIREZ VALENCIA, tomo posesión, EN PROPIEDAD, del cargo de Rector del Colegio Departamental "Deogracias Cardona", de Pereira, el día 9 de junio de 1.953, según consta en el acta respectiva, distinguida con el Nº. 348, suscrita en el despacho de la Alcaldía de dicha ciudad.

5º. Mi mandante, señor Ramírez Valencia, fué destituído del cargo de Rector del sobredicho Colegio, por medio del Decreto Nº. 65, de febrero 1º. de 1.954, expedido por la Gobernación de Caldas; el cual, dispuso.....» (copiado anteriormente).

El señor Fiscal del Consejo se opuso a las pretensiones de la demanda, pidiendo revocar el fallo apelado; se expresa así:

«..... Por medio del Decreto acusado, número 65 de 1º. de Febrero de 1.954, de la Gobernación del Departamento de Caldas, el señor Rafael Ramírez, quien venía ejerciendo el cargo de Rector del Colegio Oficial de Varones "Deogracias Cardona", de Pereira, fuè reemplazado por el Presbítero Dr. Luis Muñoz Berrío.

Y es de tener en cuenta que en múltiples ocasiones el H. Consejo de Estado ha dicho que el cargo de Rector de establecimientos oficiales, como el que ejercía el demandante Ramírez Valencia, son empleos de carácter administrativo con funciones de dirección, debiéndoseles considerar, por lo tanto, como agentes del Presidente de la República y del Gobernador en su respectivo Departamento, en orden a reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública, de conformidad con lo estatuído en el artículo 120 de la Constitución Nacional, siendo, en consecuencia, el referido empleo, de libre nombramiento y remoción, en concordancia con el inciso 2º. del numeral 3º. del mismo precepto superior.

Agrega dicha doctrina que si bien la ley 43 de 1.945 en su artículo 7º. establece que, para ser Rector o Vicerrector de institutos oficiales, "se requerirá pertenecer a la primera categoría del Escalafón", sin embargo, "tal formalidad es condición para el ejercicio del cargo, pero no es una garantía de inamovilidad relativa a un fuero o privilegio del funcionario." (Sentencia de 2 de octubre de 1.953, asunto de la señora Clementina Hoyos de Vernaza y muchas otras.)

Por el aspecto estudiado, el Decreto acusado no ofrece, pues, motivo alguno de ilegalidad. De un lado, porque el cargo que el señor Ramírez Valencia ejercía y en el cual fué reemplazado por el Presbítero doctor Luis Muñoz Berrío, es de los de libre nombramiento y remoción; y de otro, porque el señor Ramírez Valencia ni siquiera aparece inscrito en la primera categoría del Escalafón de Enseñanza Secundaria, para que pudiera desempeñar válidamente el cargo de Rector del Colegio Oficial de Varones "Deogracias Cardona", de la ciudad de Pereira.»

La Sala procede, para fallar el presente negocio, a estudiar y establecer si de acuerdo con la legislación vigente sobre la materia, los rectores de los establecimientos oficiales se hallan amparados o nó por la inamovilidad relativa.

Para resolver se considera:

Dice el artículo 194 de la Constitución Nacional:

«Son atribuciones del Gobernador.....

....

2º. Dirigir la acción administrativa en el Departamento, *nombrando y separando libremente sus agentes,* reformando o revocando los actos de éstos y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración.....»

Bien puede decirse que son agentes de los gobernadores todos los empleados departamentales que no tienen funciones representativas y que obran, como obran los Rectores, simples empleados con funciones de dirección encargados de supervigilancia, bajo el control de ellos.

El profesor Leon Duguit, dice, respecto de los agentes, lo siguiente:

> «Los *agentes* están colocados bajo la autoridad y el control de los órganos de representación; no tienen ningún carácter representativo, es decir, no expresan en manera alguna la voluntad de la Naciòn. Esto no significa, sin embargo, que los agentes no sean sino meros ejecutores de la voluntad nacional; esto es, que sus actos sean actos materiales de ejecución; pueden realizar también actos jurídicos, pero no pueden hacerlo más que dentro de los límites fijados por la voluntad nacional, expresada por los órganos de representación.- La voluntad del agente no es voluntad de la Nación; de hecho es, y permanece siendo jurídicamente, la voluntad del agente, al cual la ley confiere el poder de crear un determinado efecto de derecho cuando se ejercita y actúa en un campo así mismo determinado por la ley.
>
> No siendo esta voluntad del agente la voluntad de la Nación, es, por lo tanto, una voluntad subordinada, controlada y vigilada por los órganos de representación, pudiendo los agentes ser también controlados y vigilados por otros agentes, lo cual da origen al sistema de jerarquías de los agentes, de control jurisdiccional y de distribución de las competencias.....»

Todo esto lleva a la Sala a la conclusión lògica e indiscutible de que el Rector de un establecemiento departamental es un típico *agente* del Gobernador y, por tanto, de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, al folio 5v y 6 del cuaderno de pruebas No. 3 aparece que el señor Rafael Ramírez Valencia se halla inscrito en el Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria, en CUARTA CATEGORIA, especialidad en CIENCIAS SOCIALES e IDIOMAS, según Resolución N°. 1868 de octubre 1°. de 1.949, emanada de la Junta Central del Escalafón de Enseñanza Secundaria. Y si esto es así, como en realidad lo es, es claro, también, que el demandante no estaba cumpliendo con la formalidad, para que pudiera estar desempeñando válidamente el cargo de Rector, de acuerdo con lo estatuído por el artículo 7°. de la Ley 43 de 1.945 que dice: "para ser Director o Subdirector de las ....,—Rector o Vicerrector de institutos oficiales, se re-

querirá pertenecer a la PRIMERA categoría del Escalafón." Los términos en que está concebido tal precepto no dejan duda a la Sala acerca de la legalidad del acto acusado.

Como queda dicho, el actor estaba inscrito en la cuarta categoría, especialidad en ciencias sociales e idiomas; por tanto, tenía la inamovilidad que da el Escalafón en la especialidad y estando en el ejercicio activo de las cátedras, pero no en cargos de dirección, como el que ocupaba de Rector del Colegio "Deogracias Cardona", pues, el Rector, como tal, no está amparado por el Escalafón de Enseñanza Secundaria. Lo está en cuanto a las cátedras que dicte dentro de su especialidad. Si el artículo 7 de la ley 43 de 1.945, exige estar inscrito en el Escalafón, esta inscripción es una condición, no una garantía de inamovilidad.

La Sala ha dicho que existe una notable diferencia entre un profesor y un cargo como el de Rector; èstos por estar ejerciendo funciones administrativas no están clasificados dentro de ninguna especialidad científica o técnica, mientras los primeros sí tienen una especialidad y al estar inscritos en el Escalafón conllevan la inamovilidad relativa.

Por último, se observa que, estando vigente la inscripción del señor Ramírez Valencia en el Escalafón de Enseñanza Secundaria, le asiste el derecho a gestionar ante la Administración su inclusión en el servicio docente oficial.

Por lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA la sentencia apelada y en su lugar NIEGA las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, devuélvase. Revalídese el papel común.

Josè Enrique Arboleda V., Daniel Anzola Escobar, Manuel Buenahora, Rafael Marriaga, Ildefonso Ménaez, Antonio Josê Prieto, Rafael Ruéda Briceño.- Guillermo Novoa Rodrìguez, Secretario.

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

EL AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA MEDIANTE EL EJERCICIO EXHAUSTIVO DE LOS RECURSOS PROCEDENTES ES UN PRESUPUESTO NECESARIO PARA ACUSAR ANTE ESTA JURISDICCION UN ACTO ADMINISTRATIVO.

(Magistrado Ponente: Dr. Ildefonso Méndez.)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, Diciembre quince de mil novecientos cincuenta y cinco.

Por recurso de apelación interpuesto oportunamente por el Fiscal del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, procede revisar la sentencia dictada por la citada entidad con fecha 25 de agosto de 1.954, en el juicio seguido por el abogado Humberto Benítez Ramírez, a nombre de la señora Etelvina Guzmán viuda de Muñoz, para que por esta jurisdicción se hagan las siguientes declaraciones:

> «a) Que es nula en su totalidad la Resolución No. 2.893 de noviembre 30 de 1.953, proferida por el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca y mediante la cual negó a mi poderdante, señora Etelvina Guzmán vda. de Muñoz, en su calidad de beneficiaria legal como esposa legítima del asegurado, el valor correspondiente al seguro de vida del trabajador Miguel Muñoz Guzmán, fallecido al servicio de dicha entidad cuando ejercía el cargo de maestro de escuela; y
>
> b) Que, como consecuencia de lo anterior, el Departamento del Valle del Cauca pagará a mi poderdante, señora Etelvina Guzmán vda. de Muñoz, una vez ejecutoriada la sentencia, la cantidad de $ 4.367.84 por concepto del seguro de vida de su esposo, señor Miguel Muñoz Guzmán, cantidad que representa la cesantía del mismo y que fué liquidada por el mismo Departamento en la Resolución No. 2.583 de octubre 10 de 1.952.»

El a quo, por sentencia que se revisa, accedió a las peticiones del demandante.

Se halla surtida la tramitación del juicio en esta instancia y

como no se observa causal alguna que pueda invalidar lo actuado, la Sala procede a fallarlo, mediante las siguientes consideraciones:

El Fiscal de la Corporación es de concepto que se revoque la providencia materia de la alzada. Se expresa así en su vista de fondo:

> «De acuerdo con la constante y repetida doctrina del H. Consejo de Estado, cuando un acto administrativo es susceptible de los recursos de reposición o apelación, "su ejercicio para el interesado es obligatorio antes de recurrir a la jurisdicción contenciosa", porque, de lo contrario, la vía gubernativa no se entiende agotada, de conformidad con lo instituído en el artículo 82 de la Ley 167 de 1.941.
>
> Es evidente que contra la Resolución aquí acusada procedía el recurso de reposición, lo cual se deduce claramente de haberle sido notificada al apoderado de la interesada, Etelvina Guzmán viuda de Muñoz, el día 11 de enero de 1.954, sin que dentro del término legal ni con posterioridad a él se interpusiera *recurso alguno contra ella* -dice el informe en referencia- "encontrándose de consiguiente agotada la vía gubernativa".
>
> Con apoyo, pues, en lo anteriormente expuesto, conceptúo se *revoque* el fallo apelado para que en su lugar sea reconocida por el H. Consejo de Estado la excepciòn de "ineptitud sustantiva de la demanda", o la que màs jurídicamente cuadre al hecho alegado y, en consecuencia, se nieguen las peticiones que se formulan por la parte demandante.»

De los elementos de juicio que obran en el proceso dos hechos resultan evidentes: que al demandante, en la persona de su apoderado, le fué notificado el acto acusado, y que no ejercitó, habiéndosele hecho la prevención legal del caso, (esto se demostró mediante auto para mejor proveer), el recurso de reposición que procedía contra la referida providencia.

Veamos ahora cuál es la secuela de no haber el actor ejercitado el recurso de reposición. El Consejo, en recientes y numerosos fallos ha conceptuado que para promover una acción contencioso administrativa es necesario, según los artículos 71 y 82 de la Ley 167 de 1.941, agotar previamente los recursos gubernativos del caso, porque ellos están instituídos con la doble finalidad de dar a la Administración oportunidad de reparar cualquier falta y de evitar que se recargue innecesariamente esta jurisdicción. Mas como la tesis ha sido criticada, conviene dar los fundamentos que se tuvieron para llegar a esta conclusiòn.

El Código de lo Contencioso Administrativo dispone:

a) «Artículo 71.- Para que un acto de la naturaleza de los expresados en este Capítulo sea admisible en recurso jurisdiccional, es necesario que no sea susceptible de recurso en la vía gubernativa, por no haberlo establecido la ley o por haberse agotado ésta.»

b) «Artículo 77.- Por la vía gubernativa proceden los siguientes recursos en los asuntos administrativos de carácter nacional:

1º. El de reposición, ante el mismo funcionario administrativo que pronuncie la providencia, para que se aclare, modifique o revoque;

2º. El de apelación, ante el inmediato superior, con el mismo objeto.»

c) «Artículo 82.- Para ocurrir en demanda ante lo Contencioso Administrativo, es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entenderá cuando los actos o providencias respectivas no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en el artículo 77, o se han decidido, ya se trate de actos o providencias definitivas, o de trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación.»

d) «Artículo 273.- Si la ley, las ordenanzas o los acuerdos municipales hubieren establecido recursos contra las operaciones administrativas de liquidación de un impuesto de carácter nacional, departamental o municipal, sólo podrá hacerse uso de la acción ante lo contencioso-administrativo cuando se hubieren agotado aquellos recursos. Sólo entonces la liquidación tendrá carácter de definitiva, y los tres meses de que habla el artículo anterior empezarán a contarse desde la fecha de ejecutoria de la última decisión.»

El artículo 7º. de la Ley 67 de 1.943, reza:

«Los recursos que procedan por la vía gubernativa contra los actos y resoluciones de que trata el ordinal 9º. del artículo 34 de la ley 167 de 1.941 terminan con el de reposición ante el mismo funcionario administrativo que pronunció la providencia.

Surtida la reposición se entiende agotada la vía gubernativa y el acto es acusable ante el Consejo de Estado conforme al artículo 34 de la misma ley. Queda en estos términos aclarado el artículo 77 del Código Contencioso Administrativo, respecto de los actos y resoluciones que comprende la presente disposición.»

Las normas transcritas establecen dos vías o recursos escalonados, en orden técnico ascendente, contra los actos de la Admi-

nistración: el gubernativo y el jurisdiccional. Esto es, que no hay lugar a ocurrir ante el Consejo y los Tribunales Administrativos sino para la acusación de ACTOS DEFINITIVOS, o PROVIDENCIAS DE TRAMITE, si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación, o DE TODA LA OPERACION JURIDICA cuando haya providencias sucesivas que en todo o en algo perjudiquen, a fin de que se tenga plena competencia para revisar y resolver sobre todas ellas, supuestos èstos que no pueden tener cumplida realización sino con el ejercicio exhaustivo de los recursos gubernativos. De no ser así, la existencia del artículo 80 ibidem no tendría explicaciòn, ya que si se pudiera accionar directamente la vía de lo contencioso administrativo por el solo transcurso del término para la interposición de los recursos gubernativos, no se justificaría la exigencia de la norma de obligar a esperar cuatro meses para considerar denegados tales recursos y, además, en este orden de ideas, ella sería inoperante en la práctica, pues el interesado en acusar el ACTO podría facilmente burlarla con el simple expediente de desistir del recurso o recursos pendientes.

Pero se objeta que la existencia de los artículos 273 de la Ley 167 de 1.941 y 7º. de la Ley 67 de 1.943, que exigen en forma indudable el agotamiento de la vía gobernativa para acudir ante esta jurisdicción, lleva a una conclusión contraria a la expuesta, ya que si fué necesario la existencia de estas normas para que eso suceda en los casos allí contemplados, es porque los textos generales que rigen el procedimiento ordinario contencioso- administrativo no hacen obligatorio tales recursos en los demás casos, pues de no ser así sobrarían dichos ordenamientos.

Evidentemente el artículo 273 consagra una excepción pero no la que se acaba de expresar, sino la de que en los juicios regulados por esta disposición no cabe la figura jurídica del silencio de la Administración. Veámoslo:

No es difícil apreciar que el precepto manda, en forma categórica, que los tres meses de la caducidad de la acción contenciosa de impuestos deben contarse ".... ....SOLO".... ...."DESDE LA FECHA DE EJECUTORIA DE LA ULTIMA DECISION." Y al exigirse una "ULTIMA DECISION", necesariamente se descarta la posibilidad de la aplicación del artículo 80 ibídem, que considera agotada la vía administrativa cuando, interpuestos algunos de los recursos gubernativos, se entienden negados, por haber transcurrido un plazo de cuatro meses sin que recaiga decisión resolutoria sobre ellos.

También es cierto que el artículo 7º. de la Ley 67 de 1.943 establece otra excepción; mas tampoco es aquélla a que se refiere la glosa, sino la de que la vía administrativa de los actos de la Contraloría General de la República, la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Sociedades Anónimas termina con la providencia que resuelve la reposición, considerando el legislador que por

atender estas entidades servicios descentralizados, con personería independiente, no tienen superior jerárquico.

Fritz Fleiner, en su obra "Instituciones de Derecho Administrativo", justifica así la exigencia de agotar la vía administrativa para poder ejercitar el recurso contencioso administrativo:

> «La misión principal de los tribunales contencioso-administrativos consiste en examinar la legalidad de los actos administrativos. Por consiguiente, sólo puede acudirse a estos tribunales después de que las autoridades administrativas hayan dictado algún decreto en determinada materia, y llegando algunas leyes incluso a prescribir que el ciudadano *debe apurar la vía administrativa antes de instar la protección del tribunal contencioso-administrativo.* Por lo tanto, el recurso contencioso-administrativo del derecho alemán es regularmente "un recurso subsidiario". Sólo excepcionalmente, y en virtud de precepto legal expreso, son llamados los tribunales a obrar en sustitución de las autoridades administrativas.» ("Contencioso-administrativo originario").

Por las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada y en su lugar declara probada la excepción de carencia de acción.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Josè Enrique Arboleda V., Ildefonso Méndez, Daniel Anzola Escobar, Rafael Marriaga, Manuel Buenahora, Antonio Josè Prieto, Rafael Rueda Briceño.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL SEÑOR CONSEJERO DOCTOR ANTONIO JOSE PRIETO.

Bogotà, diciembre quince de mil novecientos cincuenta y cinco.

Referencia.- Expediente No. 5821.- Actos de los Gobernadores.- Acción de plena jurisdicción incoada por la Señora Etelvina Gómez V. de Muñoz ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca contra la resolución No. 2893 de 1.953, dictada por la Gobernación del Valle del Cauca, por medio de la cual se negó a la actora, en su calidad de beneficiaria legal como esposa legítima del asegurado el valor correspondiente al seguro de vida del trabajador Miguel Muñoz Guzmán.

La referida demanda fué fallada por sentencia de segundo grado de fecha de hoy, expedida por la Sala Contenciosa de este Consejo y es la que procede. Fue Ponente de ella el doctor Ildefonso Méndez.

Me separo integralmente del fallo en referencia por las someras razones que paso a emitir:

Se trata de prestaciones sociales reclamadas por la beneficiaria legítima del trabajador Miguel Muñoz Guzmán, quien falleció al servicio del Departamento cuando ejercía el cargo de maestro de Escuela del Departamento del Valle del Cauca. La sentencia de primera instancia fué favorable. El Consejo de Estado la revoca y en su lugar declara probada la excepción de carencia de acción. El fundamento de ello estriba en que no se agotaron los recursos inherentes a la vía gubernativa y que de aquí procede la carencia de acción.

La tesis jurídica que enmarcó una jurisprudencia muy sana y muy noble, y que fue sustentada por el Consejo de Estado Colombiano hasta no hace mucho tiempo, respecto del agotamiento de la vía gubernativa, fué la de que los recursos gubernativos que pudieran hacerse valer ante la Administración en un caso dado eran opcionales, y que, de consiguiente, su renuncia expresa o su renuncia tácita por consentimiento de las resoluciones administrativas no extinguían, no podían extinguir el derecho para acudir en ejercicio del recurso jurisdiccional correspondiente ante lo contencioso Administrativo.

Se modificó luégo y ésta fué otra etapa ya de descenso de esta

jurisprudencia, de que el recurso de reposición no era imperativo en ningún caso ejercitar, pero si el recurso jerárquico si èste lo brindaba la ley.

Hoy, y ésta es la tercera etapa de la evolución de esa jurisprudencia, se sustenta rígida, dogmática y generalmente, o sea, sin excepción de ninguna clase, que su nó ejercicio origina la extinción sustantiva del derecho a ejercitar el recurso jurisdiccional o que tal derecho no nace para poderse demandar ante lo contencioso administrativo, porque esto es lo que se ha venido llamando excepción perentoria de carencia de acciòn.

No es mi ánimo entrar a dilucidar sobre tales tesis jurídicas para ponerlas en tela de juicio o para alegarlas o para aceptarlas. En gracia de discusión las acepto para acciones que no tengan que ver nada con las que se refieren a los derechos de los trabajadores públicos sobre prestaciones sociales. La jurisprudencia del agotamiento de la vía gubernativa no puede hacerse valer, no puede cubrir las acciones que se contraigan a reclamos de prestaciones sociales, por constituir éstas derechos que son de orden público y, de consiguiente, y por ser irrenunciables, la irrenunciabilidad es una norma sustantiva de orden pùblico que no puede ser enervada, inhibida y mucho menos extinguida por normas procesales, que aunque de orden público también, son adjetivas.

En síntesis, las resoluciones de la vía administrativa no causan ejecutoria en reclamos de prestaciones sociales.

PORQUE SON DE ORDEN PUBLICO LOS DERECHOS RELATIVOS A PRESTACIONES SOCIALES?

Las leyes que regulan los derechos y obligaciones de los trabajadores, sean éstos particulares o del servicio oficial, lo ha dicho ya el Ministerio del Trabajo en consultas que se le han pedido, pertenecen al derecho público de la Nación, esto es, son de orden público y, por lo tanto, no pueden modificarse con la libre estipulación o renunciarse individualmente. Este carácter de irrenunciabilidad de los derechos sociales que surge de su propia naturaleza, se encuentran consagrados además en diferentes textos legales, como son el artículo 19 de la ley 10 de 1934, el artículo 16 de la 57 de 1915, el artículo 4o. de la ley 133 de 1931 y el artículo 14 de la ley 165 de 1938.

Dejo así expresado mi disentimiento al fallo dicho en orden a las súplicas de la demanda que hubieran podido prosperar por su viabilidad.

Antonio José Prieto

Consejero de la Sala Contenciosa Administrativa.

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

RAMO DE EDUCACION. DESIGNACION TRANSITORIA O INTERINA DE PROFESORES. ESCALAFON.

(Consejero Ponente: Dr. Rafael Rueda Briceño)

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

Referencia: Expediente No. 1660.
Contenido: Nulidad del Decreto No. 772 de 20 de diciembre de 1.949, expedido por la Gobernación del Departamento de Antioquia.
Autor: Aura Berrío G.

La señorita Aura Berrío G., por medio de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, a fin de que se hicieran las siguientes declaraciones:

«1o. Que se declare nulo el art. 3o. del decreto No. 772 de fecha 20 de diciembre de 1.949, expedido por el señor Gobernador del Departamento y su Secretario de Educación Pública, en cuanto por él se declaran insubsistentes los nombramientos del personal docente de la Escuela Pedro Pablo Betancurt (Modelo), de esta ciudad, del cual hacía parte, en su fecha, la señorita Berrío G.

2o. Que se declare nulo el art. 5o. del mencionado decreto, en su inciso segundo, en cuanto por él se nombra a la señorita Julia Muñoz Paz, en reemplazo de Aura Berrío G., profesora interna en el mismo establecimiento.

3o. Que el restablecimiento del derecho violado se ordene así:

a) Restituyendo a mi mandante al puesto que venía desempeñando, o a otro de igual o superior categoría, con el mismo sueldo y con las garantías que implica el estar escalafonada en primera categoría en el escalafón nacional de enseñanza primaria.

b) Disponiendo que por el Tesoro Departamental se pague a mi poderdante la totalidad de su salario dejado

de devengar, a partir de la fecha de su insubsistencia, o sea del 20 de enero del presente año, hasta la en que (sic) tenga lugar el reintegro al puesto y;

c) Declarando que la insubsistencia del nombramiento de mi mandante, no interrumpe su tiempo de servicios, para todos los efectos legales.»

El Tribunal *a quo* mediante fallo que lleva fecha 9 de septiembre de 1.950, accedió a las peticiones del libelo aduciendo como fundamento de su fallo el que la Escuela Complementaria Pedro Pablo Betancurt, donde prestaba sus servicios la señorita Aura Berrio G., es una escuela de tipo complementaria primaria; que por la consideración anterior, la mencionada maestra estando inscrita en el escalafón de enseñanza primaria era hábil para desempeñar el cargo siendo amparada por el fuero de la inamovilidad que tienen los empleados escalafonados.

El fallo anterior fué apelado por el Sr. Gobernador del Departamento de Antioquia ante esta superioridad y hallándose agotada la tramitación propia de la segunda instancia sin advertirse causal alguna que invalide la actuación, se entra a decidir el recurso con fundamento en el siguiente análisis del proceso.

Está evidenciado que la actora, señorita Aura Berrío G., aparece inscrita en el Escalafón de Enseñanza Primaria, en primera categoría (Fl. 24 vt.); que por decreto No. 106 de 22 de febrero de 1.946, expedido por la Gobernación de Antioquia, la señorita Berrío fué designada a un cargo en el Instituto Pedro Pablo Betancurt de la ciudad de Medellín "mientras dura la licencia de la titular Gabriela Yepes Jiménez" (Fl. 4); que mediante el decreto demandado -artículos 3o. y 5o.- fueron declarados insubsistentes los nombramientos que regían para el mencionado Instituto y reemplazada doña Aura Berrío por la señorita Julia Muñoz Paz. (Esta categoría se entiende provisional).

El Sr. Fiscal Primero del Consejo al descorrer el traslado para su vista de fondo, anota que siendo el nombramiento de la demandante en calidad de interino para la cátedra del Instituto Pedro Pablo Betancurt, carece de derecho legal para exigir su permanencia en el cargo; conceptúa que se debe revocar la sentencia del Tribunal y cita en apoyo de sus tesis algunas jurisprudencias de esta Corporación.

Del planteamiento del colaborador la Sala no podría apartarse, ya que ha sido materia de reiterada doctrina y aparece demostrado en el expediente que la actora permaneció por un lapso considerable desempeñando transitoriamente un empleo en el ramo docente, y que no existiendo legislación que, como en relación con los cargos de la Rama Jurisdiccional, limite la interinidad, tales circunstancias daban al Gobierno de Antioquia plena facultad para proveer en debida forma el empleo servido en esas condiciones, dando

como razón legal esa realidad, vale decir, la designación trasitoria o interina a que alude el Sr. Fiscal.

Pero la base para la declaración de insubsistencia del nombramiento de la actora, no fué la interinidad, sino la de no hallarse escalafonada en Enseñanza Secundaria y que como la actora sólo estaba inscrita en el Escalafón de enseñanza primaria, no podía desempeñar el empleo en el Instituto Pedro Pablo Betancurt por considerar el Gobernador que este establecimiento era de tipo secundario.

La Sala considera que para resolver el presente caso, es necesario establecer legalmente a cuál de las dos categorías pertenece la Escuela Pedro Pablo Betancurt, para encontrar la solución del litigio.

Estatuye el art. 15 de la ord. 36 de 1.939, expedida por la Asamblea de Antioquia:

> «La Escuela Pedro Pablo Betancurt (Escuela Modelo) continuará funcionando con 3 secciones, a saber: de enseñanza primaria, de preparación de maestras rurales de enseñanza comercial de grado elemental y de telegrafía.»

La anterior disposición trata de la enseñanza primaria como de la normalista, teniendo esta última por objeto la preparación de maestras en ese ramo. Pero si bien esta disposición no le da el caracter exclusivo de plantel de enseñanza primaria, pues también se incluye la enseñanza secundaria, como lo es la normalista, tenemos, por así decirlo, dicha Escuela comprende las dos categorías: Primaria y Secundaria.

Ahora bien: para poder determinar el carácter primario o secundario de la enseñanza que dictaba la demandante, se hace necesario saber en cuál de las diversas secciones del establecimiento prestaba sus servicios la señorita Berrío. En el informe visible al folio 30 vt. de la Directora del Instituto Pedro Pablo Betancurt, dice: "Que la señorita AURA BERRIO G., en 1.949, tuvo a su cargo el año tercero de Pedagogía. Informa también, que no se sabe qué asignaturas le correspondió dictar a dicha señorita, porque ese dato no figura en el archivo."

Como resultara dudoso el anterior informe, se dictó el auto para mejor proveer de fecha veinticinco de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco, en el cual se pedía informara qué clases dictaba la señorita Aura Berrío y si dichas clases pertenecían a enseñanza primaria o secundaria. En acatamiento a esta disposición la Directora del Instituto, respondió: "Que en el archivo de este Instituto sólo se encuentran los siguientes datos:

1o. En el año de 1.947 la Srta. Aura Berrío dictó en la *Sección Normalista* de este Colegio, las siguientes materias..... ....

3o. En 1.949 dictó Geografía Universal en la misma *Sección*.»

Del informe que precede, se desprende que la señorita Aura Berrío G. regentaba la cátedra en la sección normalista, y, si se tiene en cuenta lo dispuesto en el inciso 11 del artículo 5 del Decreto No. 2105 de 1.939, que dice: "Se entiende por Enseñanza Normalista la que se le da a los jóvenes para prepararlos a la carrera del magisterio" y finalmente lo dispuesto en el artículo 1o. de la Ley 43 de 1.945 y 7o. del Decreto Nacional No. 30 de 1.948, los cuales expresan:

> "Con el fin de organizar y fomentar la carrera del profesorado, créase el Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria, para los profesores de bachillerato y *de escuelas normales*, industriales y de comercio, que deseen inscribirse en él".
>
> « Para los efectos del Escalafón, sólo se tendrá en cuenta los años de servicio de enseñanza secundaria, *normalista*, industrial o de comercio, en planteles de educación o en colegios extinguidos cuyos títulos o estudios fueren.....»

Como se ve, por las disposiciones que anteceden, la enseñanza normalista se considera como secundaria; de esta suerte, que si la señorita Berrío tenía a su cargo materias de la Sección Normalista, y la enseñanza normalista se considera como de secundaria desde 1.945, es evidente que para el ejercicio de su cargo necesitaba la inscripción en el Escalafón de enseñanza secundaria. Además la Sección Normalista de la Escuela Pedro Pablo Betancurt (Modelo), tiene la calidad de una Normal rural, en virtud de la Resolución Nº. 694 de 22 de abril de 1.949, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, sometida a la inspección de este Ministerio, motivo que da más fuerza para afirmar que dicha sección no tiene el carácter de una simple escuela complementaria elemental, sino que tiene una sección normalista encargada de transmitir las nociones suficientes no sólo en el orden moral e intelectual, sino también formar maestras prácticas, más pedagogas que eruditas.

Con respecto al punto 2o. de las peticiones de la demanda en cuanto dice "que se declare nulo el art. 5 del mencionado decreto, en su inciso segundo", por haber sido nombrada la señorita Julia Muñoz Paz, en reemplazo de Aura Berrío, la Sala considera que si la demandante hubiera sido ilegalmente destituída habría tenido acción para demandar mediante el contencioso subjetivo, el nombramiento hecho ilegalmente a la señorita Muñoz Paz, y así obtener la anulación del acto respectivo. Pero a la luz de las disposiciones legales se ha demostrado que la señorita Berrío fué legalmente destituída; por tanto, carece de interés y, por consiguiente, de acción por la vía contencioso subjetivo.

Por otra parte está plenamente comprobado que la señorita Aura Berrío se halla inscrita en el escalafón de enseñanza primaria (Fo-

lio 24 vt.), y como no aparece en el expediente que haya sido excluída, tiene prelación conforme a lo dispuesto por la Ley 97 de 1.945 y su decreto reglamentario 1486 de 1.946, a que se le nombre en un cargo que corresponda a su categoría, pues nadie puede ser excluído del escalafón sino por incompetencia o mala conducta comprobada.

En virtud de las consideraciones que se dejan expuestas, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero:- No es NULO el artículo 3º. del Decreto 772 de fecha 20 de diciembre de 1.949, dictado por la Gobernación del Departamento de Antioquia, en lo referente a la destitución de la señorita Aura Berrío G., como maestra seccional de la Escuela Pedro Pablo Betancurt de la ciudad de Medellin;

Segundo:- La señorita Aura Berrío G. tiene derecho a que por la Gobernación de Antioquia se le nombre para un cargo correspondiente al de maestra escalafonada en primera categoría de Enseñanza Primaria, con prelación sobre las personas no escalafonadas o escalafonadas en inferior categoría. En consecuencia, se dispone que por la misma Gobernación de Antioquia se le haga el nombramiento tan pronto haya lugar a ello, conforme a la parte motiva de esta providencia.

Tercero:- Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Cuarto:- En los anteriores términos queda REFORMADA la sentencia apelada de fecha nueve de septiembre de mil novecientos cincuenta proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase.

José Enrique Arboleda V., Daniel Anzola Escobar, Manuel Buenahora, Ildefonso Méndez, Rafael Marriaga, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

ACTOS DE LOS GOBERNADORES.

ESCALAFON DE ENSEÑANZA SECUNDARIA. PRUEBA INCOMPLETA.

(Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda V.)

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

Referencia.- Expediente 4275.- ACTOS DE LOS GOBERNADORES.- SEGUNDA INSTANCIA.
Acción de plena jurisdicción incoada por Pedro Juan Navarro contra el artículo 8o. del Decreto 427 de 24 de abril de 1.950, de la Gobernación del Magdalena.

El artículo 8º. del Decreto 427 de 24 de abril de 1.950, emanado de la Gobernación del Magdalena, dice a la letra: "Declárase insubsistente el nombramiento recaído en el señor Pedro J. Navarro, como catedrático en los Institutos San Juan del Córdoba y Virginia Gómez de Ciénaga."

Contra este acto planteó el señor Navarro, por medio de apoderado y en tiempo oportuno, la presente demanda por la que busca la nulidad de aquél y, como consecuencia, su restablecimiento a los cargos de que fue privado y el pago de los sueldos dejados de devengar desde su destitución hasta su reintegro a los mismos.

Como hechos de la demanda presentó los que se sintetizan a continuación:

Que el peticionario estaba inscrito en la 3a. categoría del Escalafón de Enseñanza Secundaria y que, como tal, regentaba las cátedras de Zoología y Botánica en el Instituto de San Juan del Córdoba de Ciénaga y Geometría en el Virginia Gómez de la misma población, cuando fue destituído por el acto demandado, que no le nombró reemplazo por cuanto las cátedras indicadas fueron adjudicadas a los señores Javier Auqué Lara, las primeras, como profesor de grupo, y al Vice-Rector del Instituto Virginia Gómez, la segunda.

Que como profesor del Instituto San Juan del Córdoba devengó sueldo hasta el 8 de marzo de 1950 y del Virginia Gómez hasta el 28 de febrero del mismo año.

Como violadas invoca las disposiciones de la ley 43 de 1.945, que creó y organizó el Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria y su Decreto reglamentario, fundamenta el concepto de violación de las mismas.

El H. Tribunal Administrativo de Santa Marta dictó fallo favorable a las pretensiones del actor el 23 de agosto de 1950, con salvamento de voto, fallo que vino en consulta a esta Corporación, por no haberse apelado. El H. Magistrado substanciador declaró la nulidad de todo lo actuado, de acuerdo con dicho salvamento, desde el auto admisorio de la demanda, por no haberse notificado éste al Sr. Gobernador del Departamento del Magdalena.

Repuesta la actuaciòn, recayó nueva sentencia el 31 de enero de 1953, favorable en un todo a las peticiones de la demanda; pero como no apareciere notificada al señor Gobernador del Magdalena, fue puesta en su conocimiento por el suscrito Magistrado la causal de nulidad correspondiente y ese funcionario en oficio número 0191 de 12 de abril de 1955, dirigido al señor Presidente de esta Sala, ratificó expresamente todo lo actuado. En consecuencia, procede ésta a desatar la consulta de la sentencia ameritada.

El señor Fiscal de la Corporación pide la reforma de la misma en el sentido de que la condenación al pago de los sueldos dejados de devengar por el actor, no sea desde la fecha de su destituciòn sino "desde el 9 de junio de 1952, fecha en que se notificó la demanda al señor Gobernador" por cuanto que, dice textualmente, "es claro que de ello (la nulidad de la actuación) no puede ser responsable tal entidad (la Gobernación) sino el propio demandante, quien, por una parte, no solicitó la intervención del Gobernador en el negocio y la notificación de la demanda, como es de rigor hacerlo de acuerdo con el artículo 84, numeral 1o. del C. C. A., y por otra, omitió reclamar en la debida oportunidad el lleno de dicho requisito, al enterarse de que en el auto admisorio de la demanda no se disponía notificársela al representante de la referida entidad de derecho público."

La Sala, para resolver, considera:

De autos se encuentra demostrado lo que sigue:

a) Que el actor se halla inscrito en el Escalafón de Enseñanza Secundaria en la tercera categoría, Grupo A., especialidad en Ciencias Biológicas y Química;

b) Que la mencionada inscripción estaba vigente a la fecha en que fue destituído;

c) Que dictaba las siguientes cátedras: En 1.945, profesor de Zoología en el Instituto San Juan del Córdoba, de Ciènaga, según Decreto número 92 de 22 de febrero de 1.945 (f. 4) y acta de posesión de 24 de marzo del mismo año (f. 8).

En 1.946, profesor de Botánica en el mismo Instituto, según Decreto número 114 de 25 de febrero de 1.946 (f. 3) y acta de po-

sesión del mismo mes y año (f. 7). En 1.947, profesor de Botánica en el mismo Instituto, según Decreto 592 de 11 de septiembre de 1.947 (f. 5) y acta de posesión de 18 de septiembre del mismo año (f. 9) y profesor de Geometría en el Instituto Virginia Gómez, de Ciénaga, según Decreto 101 de 12 de febrero de 1.947 (f. 6) y acta de posesión de 14 del mismo mes y año (f. 10).

La prueba anterior es a todas luces incompleta, pues del hecho de que el actor hubiese sido catedrático en 1.945, 1.946 y 1.947, no se sigue que lo fuese igualmente en 1.950, fecha de su destitución. Es cierto que el Decreto por el cual se cumplió este hecho demuestra que sí lo era, pues de otra forma no hubiese sido dictado. Ello es evidente, de un modo general; pero no concretamente en orden a saber qué cátedras desempeñaba cuando fue destituído, circunstancia que debió acreditarse plenamente por las siguientes razones:

a) Porque se ha pedido el reintegro a las clases que dictaba, reintegro que no puede ordenarse si no se sabe a ciencia cierta cuáles eran ellas;

b) Porque el Escalafón de Enseñanza sólo es garantía con relación a la Categoría, al Grupo y a la Especialidad del respectivo escalafonado y nó con relación a las categorías, grupos y especialidades del mismo Escalafón. Y así, tenemos que el actor que aparece escalafonado en la especialidad de Ciencias Biológicas y Química no está amparado por el Escalafón en relación con la cátedra de Geometría, que también dictaba, por ser ella una especialidad distinta, la de Matemáticas, según el artículo 2o., numerales 3o. y 4o. del Decreto número 30 de 12 de enero de 1.948. Sostener tesis contraria equivale a dejar sin razón de ser el Escalafón, cuyo objeto de acuerdo con el artículo 2o. de la ley 43 de 1.945, (que lo creó) fue el de clasificar a los profesores en grupos, según sus especialidades científicas y técnicas, y en categorías, a fin de regular los ascensos y fijar los sueldos de los profesores oficiales, correspondientes a las distintas categorías y formas de trabajo.

Por eso, en desarrollo de tal artículo, el Decreto reglamentario número 30 de 1.948 llevó a cabo tal clasificación, dividiendo a los profesores en dos *Grupos,* cada uno de los cuales tiene cinco *Especialidades* y cuatro *Categorías.* Estas circunstancias de orden legal, permiten sostener que en realidad un profesor no se inscribe en forma general en el Escalafón de Enseñanza Secundaria, sino en una determinada *Especialidad o Especialidades* y en una *Categoría* de uno de los *Grupos* de dicho Escalafón. Y así, los derechos que éste otorga sólo se refieren al Grupo, Especialidad y Categoría en que aparece inscrito el escalafonado y nó a otros distintos.

Puede afirmarse que después de 1.947 no se hicieron nuevos nombramientos para los Institutos docentes mencionados y continuaron como profesores los que tenían tal cargo hasta dicho año. Si éste hecho fuese cierto, debió ser demostrado en los autos, pues

la regla general es la de que para cada año lectivo se renuevan todos los nombramientos del personal docente de los colegios oficiales del País.

En resumen: la inscripción del actor en la Especialidad de Ciencias Biológicas dentro del Escalafón de Enseñanza Secundaria no lo ampara respecto a la cátedra de Geometría, que pertenece a una Especialidad distinta del mismo Escalafón, la de Física y Matemáticas; y por lo que hace a las càtedras que pudiera estar dictando dentro de su especialidad, no hay prueba en los autos de cuáles eran ellas en 1.950, en que fue destituído como catedrático. Por tales razones la demanda no puede tener eficacia.

En consecuencia, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, en desacuerdo con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA la sentencia consultada y, en su lugar, NIEGA las súplicas de la demanda.

Còpiese, notifíquese y devuèlvanse los autos al Tribunal de origen.

Rafael Rueda Briceño, José Enrique Arboleda V., Daniel Anzola E., Manuel Buenahora, Rafael Marriaga, Ildefonso Méndez, Antonio José Prieto. - Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

ACUMULACION DE ACCIONES. NULIDAD Y ACCION DE PLENA JURISDICCION. EXCEPCION DE INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA.

(Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda V.)

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

Referencia: Expediente 1375. ACTOS DE LOS GOBERNADORES. SEGUNDA INSTANCIA.
Nulidad y acción de plena jurisdicción incoada por Adel López Gòmez y otros contra el artículo 3o. del Decreto 21 de 12 de enero de 1950 de la Gobernación de Caldas.

La demanda que dió origen a este pleito se inicia así: "Guillermo Osorio Calderón, mayor, vecino de este Municipio, con cédula de ciudadanía número 2674599, expedida en Manizales, abogado titulado inscrito, *en ejercicio de la acción pública que me reconoce el artìculo 66 de la ley 167 de 1.941, y como apoderado,* además, de los señores Adel López Gómez, Carlos Ríos Medina y Takleri Londoño P., según el poder que me confirieron y que acompaño a este escrito, a Uds. muy respetuosamente manifiesto: (el demandante presenta aquí los hechos de la demanda que son, en síntesis, los siguientes: Que la Ordenanza 21 de 1.946 creó la Dirección Departamental de Tránsito de Caldas y que el acto acusado la suprimió, dejando, por ende, vacantes a los poderdantes del doctor Osorio.)

Luégo, formula las peticiones siguientes:

«De conformidad con lo expuesto, *y en ejercicio de la acción pùblica que me reconoce el artículo 66 de la ley 167 de 1.941, y de la privada que a mis mandantes les reconoce el artículo 67 de la misma ley,* formulo esta demanda, para que mediante el procedimiento establecido en el capìtulo IX, título III de la citada ley, y con intervención del Ministerio Público, se hagan las siguientes declaraciones:

Primera.- Que es nulo el acto administrativo ejecutado por el Gobernador del Departamento de Caldas, de

fecha 12 de enero del corriente año, consignado en el *decreto número 21 de esa fecha, en su artículo 3o.*, pero únicamente en la parte que dice: "Suprímase la Dirección Departamental de Tránsito", por ser violatorio de la disposición constitucional y de las legales que he invocado antes y también en el sentido de ser lesivo de los derechos civiles de mis demandantes.

Segunda.- Que, como consecuencia de la declaración anterior, el Gobernador del Departamento de Caldas está en la obligación de restablecer a los señores Adel López, Carlos Ríos Medina y Takleri Londoño P., a los cargos de Director Departamental de Tránsito, Secretario de la Dirección Departamental de Tránsito y Perito de la misma, respectivamente, dentro del tèrmino que fije la sentencia.

Tercera.- Que, como consecuencia de las dos declaraciones anteriores, el Departamento de Caldas está obligado a pagarles a los señores Adel Lòpez Gómez, Carlos Ríos M. y Takleri Londoño P., dentro del término que señale la sentencia, el valor total de los sueldos que hayan dejado de devengar, desde el 21 de enero de 1.950, inclusive, hasta la fecha en que se les restituya en los cargos citados.

Fundo esta acción, especialmente, en el artículo 67 de la ley 167 de 1.941, y la ejercito dentro del tèrmino del artículo 83, inciso 3º. de la misma ley.»

La demanda anterior termina con esta afirmación: "Hago constar que *la acción pùblica que ejercito se refiere o contrae a la petición primera de esta demanda,* en cuanto el acto acusado viola normas constitucionales o legales."

El libelo transcrito en sus partes fundamentales fue presentado ante el H. Tribunal Administrativo de Caldas, en donde fué sometido a los trámites correspondientes y desatado con sentencia favorable a las peticiones del actor el 13 de junio de 1.950. Apelado dicho fallo por el Sr. Gobernador de ese Departamento, ha recibido en esta segunda instancia la tramitación que le es propia sin que haya vicio que la invalide.

Pasa, pues, la Sala a revisar tal sentencia y para ello debe, ante todo, considerar la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda alegada tanto por el señor Gobernador de Caldas como por el señor Fiscal de esta Corporación, con base en dos motivos diferentes, a saber: La funda el primero en que el acto acusado no fué debidamente individualizado, pues el que cita el demandante no es el que suprimió la Dirección Departamental de Tránsito; el segundo, sostiene que la acumulación de acciones llevada a efecto es ilegal y configura, por tanto, la mencionada excepción. Por lo que hace a lo primero, es evidente que el acto cuya nuli-

dad fué solicitada en la petición primera de la demanda y que en el hecho 7º. de la misma fue señalado como el causante del agravio, es el Decreto Nº. 21 de 12 de enero de 1.950, en su artículo 3º.; pero ocurre que el artículo 3º. de dicho Decreto número 21 no es el que suprime la Dirección Departamental de Tránsito, sino uno referente a la distribución por el Gobierno de Caldas de la partida global para becas señalada en el presupuesto respectivo. El Decreto que suprimió dicha Dirección es el número 22 del mismo día y año, en el mismo artículo 3º.

Sin duda alguna se trata de una equivocación; pero la naturaleza de la misma no tiene entidad suficiente para enervar la acción por cuanto que la demanda está encaminada sin lugar a dudas a atacar el acto por el cual fué suprimida la Dirección Departamental de Tránsito, acto acompañado a la demanda y que lleva la misma fecha del citado en ésta y cuyo artículo 3º. es precisamente el que realizó tal supresión. El acto, pues, sí está convenientemente individualizado en cuanto que no es posible cunfundirlo con ninguno otro y así el error apuntado debe pasarse por alto como lo hizo el Tribunal sentenciador.

Por lo que hace a la acumulación de acciones en la demanda, sí es manifiesta su ilegalidad. El Consejo en multitud de casos en que una demanda no es suficientemente clara sobre este particular, ha solido interpretarla en el sentido de desechar la acumulación planteada en ella cuando del contexto mismo del libelo y de la naturaleza del acto acusado aparece que se trata de un error de técnica y no de una verdadera acumulación de acciones.

En el caso de autos, empero, no se trata solamente de falta de técnica en la escogencia y planteamiento de la acción, sino de una acumulación evidente de las acciones consagradas por los artículos 66 y 67 del C. C. A. En efecto. El demandante plantea la demanda así: "En ejercicio de la acción pública que me reconoce el artículo 66 de la ley 167 de 1.941, y como apoderado de los señores......"; más adelante: "En ejercicio de la acción pública que me reconoce el artículo 66 de la ley 167 de 1.941, y de la privada que a mis demandantes les reconoce el artículo 67 de la misma obra....."; para terminar agrega: "Hago constar que la acción pública que ejercito se refiere o contrae a la petición primera de esta demanda", lo que lleva a deducir que las otras dos peticiones son hechas en virtud del ejercicio de la acción de plena jurisdicción.

Todo lo anterior lleva a concluir que sí se efectuó una acumulación en la realidad y no sólo en las palabras faltas de precisión o técnica de la demanda (como al hablar de acciones públicas y privadas, hoy inexistentes), por cuanto que el actor obra a lo largo de ella en un doble carácter: el personal y el de apoderado, cosa que no hubiera podido hacer sino mediante la acumulación de ambas acciones, pues es bien sabido que la primera se cede a toda persona por sí o por medio de apoderado y la segun-

da, únicamente a aquéllas a quienes perjudique el acto *sub judice*. Luégo para que un abogado pueda actuar en un mismo juicio y con respecto a un mismo acto en el doble carácter personal y de mandatario, tiene que ejercitar simultáneamente el contencioso objetivo y el de plena jurisdicción.

Sobre este aspecto la jurisprudencia del Consejo es antigua, repetida y abundante. La ley 167 de 1.941 no da margen para acumular acciones; la figura llamada acción mixta y que fué creada por variable jurisprudencia de la Corporación bajo el imperio de la ley 130 de 1.913, desapareció completamente al entrar a regir aquélla. Por tanto, hay ineptitud sustantiva de la demanda cuando se efectúa en la misma la acumulación del contencioso de legalidad al contencioso subjetivo.

Como razón de poder suficiente para sustentar la tesis anterior, está el conocimiento de la naturaleza de los actos que caen bajo la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los cuales sólo pueden ser de dos clases: actos generales o actos individuales. Estos, nacen a su vez de los únicos poderes de que se hallan investidos los individuos, a saber: Los generales o impersonales y los individuales, poderes que, en último término, causan una de estas dos situaciones jurídicas: personales, generales u objetivas, o, individuales, particulares o subjetivas.

Y como las acciones no son otra cosa que los caminos o medios por los cuales el ciudadano busca la declaración o reconocimiento de su derecho, tales acciones no pueden ser sino adecuadas a los derechos de que son vehículo. Y así, al no existir sino dos clases de actos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no se justifica el reconocimiento de acciones distintas de las correspondientes a dichos actos: La de anulación o legalidad o contencioso objetivo para los actos generales, creadores de situaciones jurídicas impersonales u objetivas, y la de plena jurisdicción o contencioso subjetivo para los actos individuales, creadores de situaciones jurídicas personales, concretas o subjetivas. Una acción mixta o una acumulación de las dos acciones indicadas, carece de base científica, además de no tener apoyo legal alguno.

Complementa la teoría anterior la tesis de que el ejercicio de dichas acciones no es arbitrario, sino que está condicionado por la existencia de interés jurídico en el demandante, de tal modo que la acción de plena jurisdicción sólo puede ser invocada respecto de actos creadores de situaciones subjetivas y por quienes sufren perjuicio a causa de tales actos y la de simple nulidad sólo puede ser ejercida en relación con actos generadores de situaciones generales u objetivas; y si bien es cierto que ésta puede ser incoada por cualquier persona, eso no significa que haya ausencia de interés jurídico, sino que tal interés se presume como existente en toda persona para efectos de la conservación y guarda de la legalidad general.

Las razones que anteceden son suficientes para que el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con su Fiscal, y administrando justicia en nombra de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOQUE la sentencia apelada y, en su lugar, DECLARE PROBADA LA EXCEPCION DE INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Revalídese el papel común.

Rafael Rueda Briceño, José Enrique Arboleda V., Daniel Anzola E., Manuel Buenahora, Rafael Marriaga, Ildefonso Méndez, Antonio José Prieto.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

LOS PROFESORES ESCALAFONADOS PUEDEN SER NOMBRADOS EN ESTABLECIMIENTO DOCENTE DISTINTO DE AQUEL EN QUE ESTEN REGENTANDO CATEDRAS DE SU ESPECIALIDAD.

(Consejero Ponente: Dr. José Enrique Arboleda V.)

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

Referencia: Expediente 1598. ACTOS DE LOS GOBERNADORES. SEGUNDA INSTANCIA.
Acción de plena jurisdicción planteada por Campo Elías González contra el Decreto número 0251 bis de 20 de febrero de 1.950 de la Gobernación de Santander del Sur.

Por medio del Decreto de la referencia, la Gobernación de Santander produjo el nombramiento de todo el personal administrativo y docente del Colegio de Santander de Bucaramanga para el año lectivo de 1.950. En dicho acto no fue incluído el señor Campo Elías González, quien venía de tiempo atrás desempeñando en dicho plantel educativo el cargo de Profesor de Educación Física, especialidad en que estaba inscrito (primera categoría del Grupo A.) en el Escalafón de Enseñanza Secundaria.

Consideró el señor González que su no inclusión dentro de los referidos nombramientos, implicaba una destitución implícita y así, por medio de apoderado, incoó la presente demanda para obtener la nulidad del mencionado Decreto, su reintegro al cargo de Profesor de Educación Física en vez del nombrado, señor Alvaro Bonilla, no escalafonado, y el pago de los sueldos dejados de devengar a causa del acto acusado.

Al darse noticia de la demanda al señor Gobernador de Santander, presentó la excepción de carencia de acción sobre la base de que el señor González no fue excluído del servicio público, ya que, por medio del Decreto 0369 de 15 de marzo de 1.950 (que obra en autos) al proveerse el nombramiento de personal administrativo y docente del Colegio Oficial de Varones del Municipio de San Andrés, fue creado el cargo de Profesor de Educación Física y nombrado para desempeñarlo al actor, con mejor sueldo. Además, el

mismo Decreto ordenó reconocer los sueldos a dicho personal desde enero de 1.950, porque todo él prestó servicios al Departamento en el año lectivo anterior.

El Tribunal Administrativo de Bucaramanga desató el negocio el 31 de agosto de 1.950 con sentencia favorable a las peticiones de la demanda. Salvó el voto el H. Magistrado Dr. Sanmiguel.

Los autos vinieron a conocimiento de esta Sala por apelación interpuesta por el señor Gobernador de Santander y como han recibido la tramitación que les corresponde sin vicio que la invalide, procede la misma a dictar la sentencia a que haya lugar, previas las siguientes consideraciones:

Es indudable que el señor González no fue incluído en el Decreto demandado, que designó al personal docente del Colegio de Santander de Bucaramanga y al que venía sirviendo como Profesor de Educación Física. También lo es, que el señor González fue nombrado para el desempeño de dicho cargo y con sueldo superior al que tenía en otro plantel educativo oficial, el de Varones de San Andrés. Ante estos dos hechos, básicos para desatar este litigio, lo que debe resolverse es lo que sigue:

Puede un profesor escalafonado ser nombrado, dentro o al terminar un año lectivo, para regentar las cátedras de su especialidad y sin desmejora de su asignación civil, en un plantel educativo distinto de aquél a que venía sirviendo?. En otros términos: El Profesor escalafonado tiene derecho a que se le nombre, sin su consentimiento, en establecimiento docente distinto de aquél en que estaba regentando las cátedras de su especialidad?

La solución es obvia. El Escalafón de Enseñanza Secundaria garantiza al profesor su permanencia en el servicio docente; pero no en un determinado cargo de un mismo colegio, porque ello equivale a maniatar a la Administración y a entorpecer su buena marcha. Terminado o nó un año lectivo, puede libremente ella designar a los colegios y sitios que a bien tenga a los profesores bajo su dependencia, siempre que les conserve las cátedras de su especialidad y el sueldo básico mínimo correspondiente a la categoría del nombrado.

Lo que generalmente obnubila el criterio en esta materia es el considerar que el sitio y el colegio son los que dan la categoría al profesor o que dicha categoría debe corresponder a un determinado sitio o colegio. Ni una, ni otra cosa. La categoría es calidad inherente a la persona del escalafonado y el que pertenece a la primera no desmejora en ella porque deje de regentar las cátedras de su especialidad en Bogotá y vaya a dictarlas a cualesquiera otro municipio de Cundinamarca. Si no fuere así, se hubiesen establecido categorías entre los Municipios y los colegios desde el punto de vista del Escalafón respectivo. En este caso sí podría decirse que un profesor de primera categoría sólo debería ser nombrado en un municipio y colegio de categoría igual; pero mientras tal cosa

ocurra, lo único que debe tener en cuenta la Administraciòn al hacer el nombramiento de profesores, es la especialidad de cada uno de ellos y el sueldo mínimo que, según la ley, corresponde a cada categoría del Escalafón. Cumplidos estos requisitos, puede libremente pasar de un municipio a otro, o de una población a otra, o de un colegio a otro, a los profesores de enseñanza secundaria.

Volviendo al caso de autos, resulta de lo dicho que no puede decretarse la nulidad del Decreto que designó al personal del Colegio Santander de Bucaramanga en cuanto no incluyó en la nómina del mismo al demandante, porque èste no fue excluído del servicio pùblico docente con tal acto, ya que fue nombrado dentro de su especialidad y sin desmejora económica, para otro colegio de Varones, el del Municipio de San Andrès.

En consecuencia, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en desacuerdo con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA la sentencia apelada y, en su lugar, NIEGA LAS SUPLICAS DE LA DEMANDA.

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

José Enrique Arboleda V., Rafael Rueda Briceño, Daniel Anzola E., Manuel Buenahora, Rafael Marriaga, Ildefonso Méndez, Antonio José Prieto. - Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

ACTOS DE LOS GOBERNADORES.

ACTOS INCOMPLETOS O IMPERFECTOS. SUS EFECTOS JURIDICOS.

(Consejero Ponente: Dr. Manuel Buenahora)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, Junio quince (15) de mil novecientos cincuenta y cinco.

Referencia: Nulidad del Decreto No. 851 de Octubre 26 de 1.950, expedido por la Gobernación del Norte de Santander.
Actor: Ernesto Garbiras Fernández.

Don Ernesto Garbiras Torres prestó sus servicios como empleado de la Administración Pública, en cargos de carácter nacional, departamental y municipal, durante un lapso superior a veinte años.

El último cargo que desempeñó fué el de Administrador de la Fábrica de Licores del Departamento Norte de Santander, del cual fué retirado por Decreto Nº. 92 de 1.948. (Certif. folio 71).

Por Resolución Nº. 2403 de 3 de Marzo de 1.948, originaria de la Caja de Previsión Social del mismo Departamento, se reconoció al señor Garbiras Torres un auxilio de cesantía equivalente a la cantidad de $4.615.oo que le fueron pagados por intermedio del Tesorero Departamental y por orden del Juzgado de Trabajo de Cúcuta. (Constancia, folio 69; certificado, folio 79, y recibo, folio 104).

El anterior auxilio de cesantía fué liquidado y pagado con carácter definitivo (certificado, folio 79), ya que con posterioridad al ejercicio del cargo de Administrador de la Fábrica de Licores no desempeñó ninguno otro de carácter Departamental.

Posteriormente el señor Garbiras solicitó de la Gobernación del Norte de Santander se le reconociera una pensión de jubilación por considerar que reunía las condiciones legales requeridas para ello, pero antes de que su solicitud fuera resuelta, falleció el día 6 de agosto de 1.950.

La Gobernación, atendiendo el concepto de la Dirección de Justicia del Departamento, conforme al cual el peticionario sí tenía derecho a la pensión vitalicia de jubilación y para la época de su fallecimiento ya se habían causado a su favor veintinueve mensualidades, por Decreto 827 de octubre 18 de 1.950 reconoció a favor de

los causahabientes del señor Garbiras Torres la suma de $ 2.951.51 "por concepto de jubilación a partir del 3 de Marzo de 1.948".

Algunos días después, el 26 de Octubre del mismo año, la misma Gobernación, en atención a que el señor Garbiras había recibido el auxilio de cesantía a que tenía derecho y considerando que de conformidad con el ordinal b) del art. 17 de la ley 6a. de 1.945, dicho auxilio excluye la pensión jubilatoria, expidió un nuevo decreto marcado con el número 851 de 1.950 en el cual dijo textualmente:

> "Revísase la pensión de jubilación del señor Ernesto Garbiras Torres, concedida a sus causahabientes y derógase el decreto 827 de octubre 18 de 1.950, por cuanto el beneficiario no tiene derecho a recibir tal prestaciòn."

Inconforme con este último acto, el doctor Ernesto Garbiras Fernández, hijo legítimo de don Ernesto Garbiras Torres, confirió poder al doctor León Colmenares B. para que demandara su nulidad y el consiguiente restablecimiento del derecho que consideró se quebrantaba con el referido Decreto.

El 7 de Mayo de 1.952 el doctor Colmenares se presentó ante el Tribunal Administrativo del Norte de Santander y, en ejercicio del contencioso de plena jurisdicción, solicitó la nulidad del Decreto 851 citado.

Como medidas para el restablecimiento del derecho solicitò la siguiente declaración:

> "2a. Que por consecuencia de tal nulidad, el Decreto No. 827 de 18 de Octubre de 1.950, proferido por la misma autoridad Departamental, recobra toda la eficacia legal que le es propia".

El Tribunal se negó a dar curso a la demanda del doctor Colmenares por considerar que no se había acreditado legalmente el carácter con que el actor se presentaba al juicio y por considerar asimismo, que había prescrito la acción propuesta.

Interpuestos los recursos legales contra la anterior providencia, y traído el asunto al Consejo de Estado, esta Sala la revocó en auto de 22 de mayo de 1.953 y ordenó, en cambio, admitir la demanda, notificarla al Agente del Ministerio Público, su fijación en lista y el reconocimiento del Dr. Colmenares como apoderado del demandante.

Al juicio se le dió luego la tramitación que le es propia hasta que el Tribunal, en sentencia de fecha 4 de Septiembre de 1.953, lo desató en el sentido de negar las peticiones de la demanda. Apelada esta sentencia, el negocio ha vuelto al Consejo en donde tam-

bién ha recibido los trámites de rigor y por ello se entra a resolver, previas las consideraciones siguientes:

Concepto de la Violación.

El señor apoderado del demandante señala como disposiciones violadas las del art. 163, en concordancia con las del 159 de la ley 167 de 1.941 en cuanto conforme a ellas los Gobernadores de los Departamentos pueden conceder o negar solicitudes de reconocimiento de pensiones jubilatorias, mediante resoluciones que ponen término a la actuación administrativa, y sin que puedan, por lo tanto, modificarlas por sí mismos y oficiosamente por haber perdido la jurisdicción al respecto. De esta suerte, concluye, al expedir el Gobernador el acto acusado, violó las citadas normas de procedimiento. Las de los artículos 164, 165 y 166 ibidem por cuanto, conforme a su tenor, *únicamente* la jurisdicción contencioso administrativa puede revisar tales reconocimientos, en los casos taxativamente enumerados; y el art. 127 del C. de R. P. y M. por cuanto habiendo afirmado la Gobernación en el acto acusado que los reconocimientos de pensiones jubilatorias son esencialmente revisables no solo por la jurisdicción contenciosa sino también administrativamente, y habiendo actuado conforme a tal afirmación, invadió jurisdicción y violò la norma mencionada que le señala sus atribuciones propias.

Sentencia de Primera Instancia.

En síntesis, el Tribunal sentenciador niega las peticiones de la demanda porque no apareciendo de autos que el Decreto 827 que contiene el reconocimiento de la pensión hubiera sido notificado, ni publicado, ni en forma alguna comunicado a los interesados, fuerza es aceptar que dicho decreto no llegó a tener vida jurídica, y que siendo ello así, el Gobernador no había perdido la jurisdicción competente para expedir el Decreto 851 demandado. En corroboración de su tesis agrega el Tribunal: 1º.) Que constituyendo requisito legal indispensable para el reconocimiento de pensiones de la naturaleza de la que aquí se discute, el ser impuestas a prorrata, a todas las entidades de derecho público para las cuales el interesado prestó sus servicios, y no habiéndose ordenado tal cosa, en la reconocida por el Decreto 827, el Gobernador tenía facultades suficientes para rectificar su equivocada actuación anterior; 2º) Que la jurisprudencia de este Consejo ha considerado siempre que el auxilio de cesantía y la pensiòn jubilatoria son prestaciones que se excluyen entre sí por mandato claro de la ley 6a. de 1.945, y que como el señor Garbiras había optado por recibir en vida el auxilio de cesantía, carecía del derecho de recibir la pensión jubilatoria, todo lo cual constituye una nueva razón para que el acto de reconocimiento de tal pensión ilegal fuera revocado,

Concepto Fiscal.

Planteado así el debate, el señor Fiscal 1º. del Consejo, a quien correspondió en turno el negocio, conceptúa que la sentencia recurrida debe revocarse para decretar en cambio la nulidad del Decreto acusado, y negar el pedimento relacionado con el restablecimiento del derecho, esto es, la declaración de que el Decreto 827 recobra toda su vigencia.

Para deducir la nulidad, el señor Fiscal acepta la tesis del actor, conforme a la cual, los actos administrativos que resuelven situaciones particulares y concretas no pueden ser revocados oficiosamente por la Administración y, para negar el restablecimiento del derecho se funda en que el Decreto 827 no se perfeccionó administrativamente por no haber sido consultado con el Tribunal Administrativo y que, por lo tanto, no ha nacido tampoco a la vida jurídica.

Mas como, en primer término, el señor Fiscal conceptúa que en el presente caso se ha generado una nulidad por "ilegitimidad de la personería adjetiva" del demandante por la circunstancia de que el poder conferido al Dr. Colmenares no aparece haber sido presentado personalmeute por el Dr. Garbiras ante ninguna autoridad, la Sala considera en primer tèrmino este punto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

a) No comparte la Sala la afirmación del señor Fiscal conforme a la cual se ha configurado en este proceso la causal segunda de las nulidades que establece el art. 448 del C.J.. Cierto que el poder con que ha venido actuando el Dr. Colmenares aparece sin la nota de presentación personal por el poderdante, requisito exigido por el art. 256 ibidem., cuyo incumplimiento genera la ilegitimidad de la personería adjetiva. Pero también lo es que, conforme al numeral 1o. del art. 450 de la misma obra, cuando se ha resuelto en auto ejecutoriado que es legítima la personeria de la parte, de su apoderado o de su representante, no hay nulidad y, en el presente caso, tal cosa se hizo por la Sala al proferirse el auto de fecha 22 de mayo de 1.953 (folio 13).

Por otra parte, resulta claramente de los autos que el interesado ha consentido en que la persona que figura en el juicio como apoderado represente sus derechos, aunque el poder no se halle en un todo arreglado a la ley y, cuando tal cosa acontece, tampoco puede deducirse nulidad por ilegitimidad de la personeria (Numeral 4º., art. 450 C. J.).

b) Antes de entrar al estudio del problema sometido a su consideración, la Sala considera necesario hacer las dos siguientes previas observaciones:

1ª.) En tratándose de pensiones, recompensas, sueldos de re-

tiros, jubilaciones y otros reconocimientos a cargo del Tesoro Público, es necesario distinguir entre el *reconocimiento* que, conforme a los arts. 157 y ss. de la ley 167 de 1.941 corresponde hacer al Gobierno (Ministro, Gobernador o Jefe de Servicio), y la *revisión* de dicho reconocimiento que, conforme a los arts. 164 y ss. de la misma obra, está atribuída al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos, según se trate de actos de carácter nacional, atribuídos al primero, o de carácter departamental o municipal, atribuídos a los segundos.

Conforme a las disposiciones citadas, toda persona que se crea con derecho a exigir del Estado un reconocimiento de la naturaleza indicada, deberá dirigir su solicitud al Gobierno, y éste, por medio de Resolución, la concede o deniega. En el primer caso, y por tratarse de actos que imponen obligación a cargo del Tesoro, la providencia que así lo disponga deberá ser consultada al Consejo de Estado o al respectivo Tribunal Administrativo a fin de que pueda surtir sus efectos legales. En el segundo, la ley concede a los interesados el recurso de apelación ante la misma jurisdicción contenciosa.

Lo anterior quiere decir que la competencia del Gobierno en estas materias termina con el acto que concede o deniega la solicitud y que allí se inicia la de la jurisdicción contenciosa, de donde se deduce que todo acto expedido por el Jefe de la Administración fuera del límite de competencia que le fijan las disposiciones citadas, se expide con abuso o desviación de las atribuciones que le son propias y que cae sobre ellos la sanción de nulidad que -por tales motivos- establece el Cap. VII del C. C. A.

Pero, de las disposiciones en cita, se deduce igualmente que en todos los reconocimientos de esta clase, las providencias del Gobierno no adquieren firmeza jurídica sino después de haber sido examinadas por la jurisdicción contenciosa, en recurso de apelación o de consulta, vale decir, que auncuando la providencia gubernativa contiene una declaración subjetiva de derechos, de dicha declaración no puede afirmarse que crea para el interesado una situación particular y concreta sino cuando haya terminado el proceso de aprobación o improbación por la jurisdicción mencionada.

2ª.) En realidad, si bien es cierto que la administración puede expresar su voluntad en diversas formas -leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, etc.- la técnica y la tradición han reservado las tres primeras denominaciones para cuando se dicta una regla de derecho general e impersonal y la última, para cuando se trata de definir situaciones individuales, particulares y concretas. Lo cual no quiere tampoco decir que no pueda haber resoluciones que contengan normas de carácter general, ni que, como acontece en el caso de autos, una ley o un decreto no puedan contener una disposición de carácter subjetivo particular.

Por eso, cuando se trata de indagar la naturaleza del acto ju-

rídico, debe estarse en primer término a su contenido que es el que viene a fijársela, y no a su denominación que no puede producir el efecto de alterarla. De esta suerte, si una norma de carácter general se expresa por medio de resolución, no dejará de producir sus efectos por el hecho de que no se notifique en la forma en que suelen notificarse éstas y viceversa; si la declaración de una situación particular se hace por medio de Decreto, éste deberá notificarse y hacerse conocer del interesado como si fuera una resolución, a fin de que se puedan ejercitar los recursos que la ley otorga contra los actos de su clase.

Dicho lo anterior se considera:

El Decreto 851 dice así en su parte resolutiva:

> "Revísase la pensión de jubilación del señor Ernesto Garbiras Torres, concedida a sus causahabientes y derógase el Decreto 827 de 18 de octubre de 1.950, por cuanto el beneficiario no tiene derecho a recibir tal prestación."

La naturaleza de este mandato surge no solamente de su texto claro sino también de los considerandos en que se apoya: En efecto, allí se dice que se dicta considerando, entre otras cosas, que los reconocimientos de prestaciones son esencialmente revisables no sólo por la vía contenciosa sino administrativamente, y si bien es cierto que por él se deroga también el Decreto 827, dicha derogación es una consecuencia de la revisión que declara en su primera parte. Se ve así, claro de su texto y de su espíritu, que su intención fué la de revisar el acto de reconocimiento de la pensión jubilatoria que días antes se había hecho al señor Garbiras, lo que equivale a decir que por él se declara una nueva situación particular para éste, o para sus causahabientes, y se pone término al procedimiento administrativo iniciado para el reconocimiento de dicha pensión.

Mas de acuerdo con lo dicho en cuanto a reconocimiento de pensiones, el acto de su revisión está atribuído de manera expresa por el art. 164 de la ley 167 de 1.941 a la jurisdicción contenciosa, de donde se infiere que el Gobernador carecía de competencia para expedirlo, y siendo ello así, la declaración de su nulidad se impone por haber sido expedido en forma irregular, con desviación de las atribuciones propias del funcionario que lo ha proferido.

Cabe ahora estudiar la segunda de las peticiones de la demanda, a saber: si a consecuencia de la nulidad que habrá de declararse, debe hacerse o nó la declaración de que el Decreto 827 de 1.950, expedido por la misma Gobernación y derogado por el 851 objeto de la demanda, recobra su eficacia legal.

En dicho Decreto, después de expresarse que hecho el análisis de la prueba documental presentada por don Ernesto Garbiras Torres para acreditar su derecho a la pensión jubilatoria, y de cotejar dicha prueba con las disposiciones legales vigentes; que la Direc-

ción de Justicia consideró que el Departamento adeudaba a los causahabientes del señor Garbiras, quien había fallecido el 6 de agosto de 1.950, la cantidad de $2.951.51; después de expresarse tales cosas, se repite, reconoció a dichos causahabientes la expresada cantidad "por concepto de jubilación a partir del 3 de marzo de 1.948". Con este acto la Gobernación daba término a la actuación administrativa iniciada por Don Ernesto, proseguida luego por sus herederos y declaraba a favor de éstos una situacion particular y concreta. Al examinarlo, aparecen para la Sala dos hechos evidentes: a) no se ordena en él su consulta, ni de autos tampoco aparece que esta formalidad tan esencial haya sido cumplida; b) no aparece tampoco que hubiera sido notificada a los interesados. El cumplimiento de estos dos requisitos era esencial para su validez: la consulta en virtud del imperativo mandato del art. 158 del Código Contencioso que impone que los actos de reconocimiento de esta clase deberán consultarse al Tribunal Administrativo del Departamento; la notificación en virtud de lo dispuesto en los arts. 74 y ss. ibidem. En presencia de los hechos anteriores no puede afirmarse que tal acto se hubiera perfeccionado jurídicamente; de él no puede decirse que haya causado estado, ni creado para los interesados una situación intangible e irrevocable. Es ésta una conclusión obligatoria en presencia del art. 159 del Código citado que refiriéndose a los actos de reconocimiento de pensiones, establece el requisito de su consulta con la jurisdicción contenciosa porque, en guarda del patrimonio común, el legislador ha querido que en éste, como en muchos otros que se compromete el Tesoro Público, las actuaciones de la Administración se revisen por quienes están más capacitados para decir si se ajustan o nó a las disposiciones legales.

Podría argüirse que este requisito bien ha podido surtirse con posterioridad a la expedición del acto, pero aparte de que su incumplimiento no se ha puesto en duda por las partes, ha debido el demandante acreditar que sí se cumplió mediante la presentación de la copia o certificación del caso.

Ahora bien: si este acto no ha nacido a la vida jurídica por faltarle requisitos esenciales para su validez; si no ha causado estado, si es incompleto y carece de existencia propia, aunque por él declare una situación subjetiva y particular, no puede afirmarse que haya creado para los causahabientes del señor Garbiras una situación particular y concreta que les otorgue el derecho de reclamar del Departamento la suma a que él se refiere, ni que imponga a éste la obligación de pagarla. Tal derecho y obligación no nacen para ellos sino después de surtida la consulta y cuando el Tribunal Administrativo haya declarado, con autoridad de cosa juzgada, que tal acto se ajusta al derecho que las leyes reconocen. Mientras tanto, existe tan sólo una expectativa.

De lo anterior se concluye que la segunda petición de la demanda, o sea el restablecimiento del derecho, no puede decretarse en la forma pedida por el actor. De acuerdo con la petición de éste,

el Consejo debe declarar que el Decreto 827 "recobra toda la eficacia legal que le es propia". Esta es una frase ambigua que bien puede entenderse como que el Decreto 827 recobra la eficacia legal de todo decreto, o como que recobra la eficacia legal que le asiste como acto incompleto o intermedio. En concepto de la Sala, lo que ha debido pedirse es que por el Consejo se ordene la consulta del referido decreto a fin de que por el Tribunal Administrativo se resuelva definitivamente si es o nó legal, si los causahabientes del señor Garbiras tienen o nó derecho a percibir alguna suma por concepto de las pensiones periódicas que por jubilación hubiera podido recibir su padre. La petición en esa forma se hacía tanto más indispensable por cuanto el Consejo no podría en ningún caso decretar una pensión jubilatoria departamental, ya que de acuerdo con la ley el procedimiento en estas materias termina en el Tribunal. Y aquí cabe advertir que la única manera como el Consejo ha podido conocer de este negocio ha sido precisamente por haberse iniciado una acción de plena jurisdicción. Se explica: En tratándose de reconocimientos de pensiones jubilatorias de carácter departamental, el acto del gobierno que concede o deniega la solicitud va al Tribunal Administrativo, en consulta o en apelación, y la decisión del Tribunal es la que viene a declarar en definitiva el derecho del peticionario; en tratándose de revisión, es también el Tribunal Administrativo quien resuelve definitivamente. Surtidos estos procesos no podría luego volver la jurisdicción contenciosa a conocer del mismo asunto porque ello implicaría la facultad de revisar sus propios fallos, o en el Consejo de Estado, que una de las Salas pudiera revisar las sentencias de la otra.

Dicho lo anterior, la Sala, haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 69 del C. C. A., y como medida para el restablecimiento del derecho, ordenará en la parte resolutiva la consulta ante el Tribunal Administrativo del Departamento del acto de reconocimiento de la pensión jubilatoria, retrotrayendo así el procedimiento. El Tribunal dirá si dicho acto se ajusta o nó a la ley.

* * *

Desea la Sala referirse a la tesis sostenida por el Tribunal de instancia en su sentencia. De acuerdo con ésta, el Sr. Gobernador no había perdido la competencia para revocar el reconocimiento de la pensión jubilatoria al señor Garbiras porque no habiéndose producido la consulta legal a que están sujetos tales reconocimientos, dicho acto es incompleto o imperfecto.

Constituye principio general de derecho administrativo el que los actos jurídicos declaratorios de un derecho subjetivo no pueden ser revocados oficiosamente por el funcionario que los expide. El anterior principio es un desarrollo de otro consignado en Colombia por el art. 28 de la ley 153 de 1.887 conforme al cual todo derecho adquirido bajo el imperio de una ley y en conformidad con ella,

subsiste bajo el imperio de otra y que solamente en lo tocante a su extensión, a su ejercicio y cargas, prevalecerán las disposiciones anteriores. Para sostenerlo se parte siempre del supuesto de que se trata de actos perfectos, es decir, de aquéllos en cuya expedición se han satisfecho todos los requisitos esenciales que la ley prescribe para los de su clase y por ello, como excepción a la regla general, la jurisprudencia y la doctrina han aceptado igualmente que cuando se trata de actos incompletos o imperfectos, de aquéllos a los que falta cualesquiera de los requisitos que se exigen para su perfeccionamiento, o lo que es igual, de aquéllos que no pueden producir efectos jurídicos porque no han causado estado, es permitida su revocación por el mismo funcionario.

En este orden de ideas parecería contradictorio que en el caso de autos en que, como se vió, la Gobernación revocó un acto incompleto, se afirme también que ésta había perdido su competencia, y deducirse de allí que se ha operado un cambio de doctrina.

Esta jurisprudencia se basa en la necesidad que asiste a la Administración de poder corregir sus propios errores por no existir otro medio legal para hacerlo. Pero, en el presente caso, dicha doctrina no podría sostenerse, pues para corregir los errores de la Administración en los casos de reconocimientos de pensiones, el legislador ha establecido la consulta ante la jurisdicción contenciosa para cuando el acto no ha causado estado, y la acción de revisión ante la misma jurisdicción para cuando el acto ya se ha perfeccionado. (Arts. 159 y 164 del C. C. A.).

La Sala agrega qme continúa sosteniendo su jurisprudencia conforme a la cual los actos incompletos o imperfectos pueden ser revocados por el mismo funcionario que los expide pero que, como es natural, dicha revocación debe hacerse en forma que permita a los particulares interesados reclamar contra el posible desconocimiento que se haga de sus derechos. En otras palabras: que la revocación se lleve a cabo en forma regular con el fin de conciliarla con el principio consignado en el inciso 2º. del art. 66 del C. C. A. que permite la declaración de nulidad no sólo cuando se solicita por haberse expedido el acto acusado con violación de normas superiores, sino también por haberse expedido en forma irregular. En el caso de autos, y como lo dijo la Sala en su providencia de fecha 22 de mayo de 1.953, el hecho de haberse hecho la revocatoria del reconocimiento por medio de Decreto y no haberse éste notificado a los interesados en la forma legal, impidió a éstos reclamar de lo que en él se dispone, de donde surge que fué precisamente la forma dada a tal acto, su carácter de decreto, lo que vino a originar el problema que se debate. Así, pues, la forma irregular dada a tal acto se toma también en cuenta para que la Sala acepte su nulidad.

Por otra parte, si dicha nulidad no fuera decretada, se sentaría el precedente de que basta que el Jefe de la Administración dé a sus determinaciones forma de decreto para que pudiera re-

vocar, mediante una derogación, situaciones particulares y concretas, y en el caso en estudio, el que los reconocimientos de pensiones son revisables administrativamente. Se burlarían, así, las normas que establecen la notificación personal o por edicto de tales actos, y las que adscriben a la jurisdicción contenciosa, por manera privativa, la revisión de tales reconocimientos.

* * *

No considera la Sala necesario detenerse a estudiar los demás problemas que se plantean en el fondo del negocio, tales como la incompatibilidad entre el auxilio de cesantía y la pensión jubilatoria, con la obligación del jubilado de restituir lo que hubiere recibido a título de cesantía parcial; si es al Gobernador o a la Caja de Previsión Social del Departamento a quien corresponde el reconocimiento de las pensiones de jubilación; si en el proceso que debió preceder al reconocimiento que se hizo por el Decreto 827 se dió o nò cumplimiento al art. 21 de la ley 72 de 1.947 y al Decreto 2921 de 1.948, etc. Sobre todos estos aspectos tiene el Consejo reiterada jurisprudencia y ellos serán los que deberá estudiar el Tribunal Administrativo para declarar, en caso de consulta, si el acto de reconocimiento merece o nó su aprobación, y en caso afirmativo, las condiciones a que quedaría sujeta dicha pensión.

Lo dicho es suficiente para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto de su Fiscal colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REFORMA la sentencia apelada y en su lugar FALLA:

1º.) Es nulo el Decreto Número 851 de 26 de octubre de 1.950, expedido por la Gobernación del Departamento Norte de Santander;

2º.) En consecuencia, la Gobernación del Norte de Santander procederá a enviar en consulta al Tribunal Administrativo del Departamento el acto de reconocimiento contenido en el Decreto No. 827 de 18 de octúbre de 1.950, con todos sus antecedentes administrativos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen en donde a su turno y previo recibo, se devolverá al Juez del Trabajo de Cúcuta el expediente No. 154 enviado al Consejo con oficio No. 156 de 27 de abril de 1.955.

Rafael Rueda Briceño, Manuel Buenahora, Daniel Anzola Escobar, Josè Enrique Arboleda V., Rafael Marriaga, Ildefonso Méndez, Antonio Josè Prieto. - Guillermo Novoa Rodrìguez, Secretario.

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

MAESTROS. LA PENSION JUBILATORIA LIBERTA A LA ADMINISTRACION DE LA OBLIGACION DE MANTENERLOS A SU SERVICIO.

(Consejero Ponente: Dr. Manuel Buenahora)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotà, junio 22 de mil novecientos cincuenta y cinco.

Referencia: Nulidad del Decreto número 552 de 28 de septiembre de 1.953, expedido por la Gobernación del Departamento de Nariño.
Actor: Gonzalo Acosta A.

El doctor Teófilo Rosero E., apoderado del señor Gonzalo Acosta A., y en ejercicio del contencioso de plena jurisdicción, con fecha 30 de noviembre de 1.953, demandó ante el Tribunal Administrativo de Nariño la nulidad del Decreto No. 552 de 28 de septiembre del referido año, expedido por la Gobernación de aquel Departamento, y por medio del cual se designó a los maestros de enseñanza primaria para la zona escolar de Pasto en el período lectivo 1.953-1.954, pero sòlamente en cuanto por dicho decreto no se incluyó en el servicio escolar a su poderdante, maestro escalafonado en 1ª. categoría. Como consecuencia de la nulidad impetrada se solicita: a) Que se restablezca al señor Acosta en el cargo de Director, o de Seccional de cualquiera de las escuelas urbanas de Pasto; b) Que se paguen por el Tesoro Departamental los sueldos que haya dejado de devengar desde cuando fué separado del servicio de Instrucción Pública hasta cuando se le restablezca en un puesto de igual o superior categoría y el pago de las primas y demás bonificaciones a que se haya hecho acreedor durante el lapso de su cesantía; y, c) Que por el Tesoro Departamental o por la Caja de Previsión Social de Nariño se le reconozcan y paguen los servicios mèdicos o sociales a que durante el mismo tiempo de cesantía haya tenido derecho.

Como hechos sustentadores de la acción incoada, el señor apoderado del actor expone los que a continuación se transcriben:

«1º. El Sr. Gonzalo Acosta A., por decreto número 388

de 14 de octubre de 1.952 fué nombrado como seccional de la escuela primaria llamada "Instituto Joaquín María Pérez", cargo éste que aceptó y lo desempeñó a contentamiento general de los padres de familia y de sus superiores inmediatos.

2º. El Señor Acosta rindió los exámenes finales con buenos resultados y al hacerse los nombramientos de maestros de escuela para el presente año escolar no fué tenido en cuenta a pesar (sic) de estar escalafonado (sic) en primera categoría según resolución número 116 de julio de 1.953.

3º. En el presente año escolar el Gobierno Departamental suprimió como escuela oficial el Instituto Joaquín María Pérez y fué así como los maestros que trabajaban allí pasaron a las otras escuelas oficiales de esta (sic) ciudad y sólo mi representado, señor Acosta, quedó cesante.

4º. Por tratarse de que mi representado es un maestro escalafonado no podía ser suspendido de su cargo y si el Gobierno suprimía el Instituto Joaquín María Pérez estaba en la obligación de nombrarlo en una escuela de igual o superior categoría, cosa ésta que no la ha hecho (sic).»

Cita el señor apoderado, en forma global, como disposiciones violadas por el decreto acusado, las leyes 12 de 1.934; 37 de 1.935; 97 de 1.945; y los Decretos 1602 de 1.936 y 1488 de 1.946; y las demás disposiciones pertinentes, expresando, de manera preferente, el concepto de la violación en lo tocante a los artículos 9o. y 8o. del Decreto 1602.

El Tribunal de instancia, luégo de darle al presente negocio el trámite legal propio, sin que se hubiera observado causal alguna que invalidara la actuación, con fecha cuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, dictó sentencia negando las peticiones de la demanda.

De dicho fallo apeló el apoderado del actor, y es así como el negocio ha venido a conocimiento del Consejo el cual, habiéndolo tramitado en forma legal y no observando causal alguna de nulidad, procede a resolver sobre el mismo, previas estas consideraciones:

De autos aparecen comprobados los siguientes hechos:

a) Que en virtud del Decreto 388 de 1.952 (octubre 14), expedido por la Gobernacion de Nariño, el señor Gonzalo Acosta fuè nombrado seccional en el Instituto Joaquín María Pérez, de Pasto, en reemplazo del señor Teófilo Martínez.

b) Que durante el año escolar 1.952-1.953, en virtud del anterior nombramiento, el señor Acosta "ejerció el cargo de Seccio-

nal del Instituto en el segundo año de Escuela Primaria," destacándose por su buena conducta y la eficiencia en el desempeño de sus labores.

c) Que el señor Acosta se encuentra inscrito en el Escalafón de Enseñanza Primaria, en primera categoría, mediante la Resolución No. 116 de 9 de julio de 1.953, de lo cual da fe el Director de Educación del Departamento de Nariño.

d) Que para el año escolar 1.953-1.954, el señor Acosta no fué incluído en la nómina de maestros designados por el Decreto 552 de 28 de septiembre de 1.953 para prestar servicios docentes en la zona escolar de Pasto, así como tampoco fué nombrado en ninguna otra escuela oficial del Departamento.

e) Que de conformidad con las certificaciones suscritas por el Director de Educación de Nariño y por el Jefe de Contabilidad de la Administración de Hacienda Nacional de Nariño, Sección Quinta de Contabilidad, el señor Acosta por encontrarse jubilado, percibe, respectivamente, una bonificación mensual departamental de quince pesos ($ 15.00) y la suma de treinta pesos ($ 30.00) mensuales por concepto de pensión de jubilación.

Lo primero que observa la Sala es que de los propios hechos de la demanda se deduce que el demandante fué retirado de su cargo por la supresión del Instituto al cual servía y que como se ha dicho en diversas ocasiones, el derecho de inamovilidad relativa que ampara a los maestros o profesores escalafonados no puede nunca interpretarse en el sentido de que por él se obligue a la administración a mantener un servicio o cargo que considere innecesarios.

Enfrentados los derechos de aquéllos con la necesidad colectiva, tales derechos deben ceder ante ésta por fuerza del principio constitucional de que el interés privado debe ceder ante el pùblico o colectivo.

Se plantea, además, el problema de saber si la administración se halla o nó obligada a mantener en el servicio de la instrucción a un maestro escalafonado cuando éste, a su turno, está ya jubilado o se halla en condiciones de recibir una pensión de esta clase por haber servido el tiempo necesario.

Esta cuestión no es nueva para la Corporación, que ha sostenido en reiterada y constante jurisprudencia que la Administración goza del derecho de llamar a sus empleados a calificar servicios, cuando llenan los requisitos de tiempo y edad determinados en la ley, con la doble finalidad de concederles el beneficio de la jubilación a que se han hecho acreedores, y de llenar la vacante que así se produce con personas que en atención principalmente a sus condiciones de edad, puedan prestar con mayor eficiencia sus servicios en los diversos ramos, sin que sea obstáculo para ello el status especial de que goce el empleado retirado. En otras palabras,

contra el anterior derecho de la administración, no tiene prevalencia el status del empleado inscrito. Si ello no fuere así, se consagrarían los "empleos vitalicios" en favor de los servidores de la carrera; se obstaculizaría la tecnificación y eficiencia administrativas a que debe aspirarse en todo servicio público, y se haría inoperante, en la práctica, la figura jurídica de la jubilación, instituída precisamente como una recompensa en favor del empleado por razón de su edad y de sus años de servicio.

Cuestión diferente es la de que puedan coexistir tanto el goce de la pensión decretada como el desempeño posterior de un cargo público por la misma persona. La ley determina y permite tales casos de excepción, pero ello no implica, en manera alguna, que la administración esté ligada necesariamente a la imposibilidad de prescindir de los servicios de un empleado en quien concurran tales circunstancias, ya que precisamente el reconocimiento de la pensión jubilatoria, máxima prestación a que aspira el empleado, la liberta de la obligación de mantenerlo a su servicio.

En el caso de autos el actor estaba disfrutando de la jubilación, según lo probado en el juicio, cuando la Gobernación de Nariño hizo los nombramientos de maestros para la Zona Escolar de Pasto, y omitió en el Decreto que así lo dispuso incluir para el año lectivo de 1.953-1.954 al maestro Gonzalo Acosta. En estas condiciones y a virtud de lo expuesto, el acto sub-judice es estrictamente legal, sin que pueda el interesado hacer valer a su favor ninguna disposición legal de excepción que lo faculte para exigir de la Administración el que lo mantenga en el servicio de la docencia oficial al mismo tiempo que disfruta del beneficio de la jubilación. Por el contrario, las disposiciones legales al respecto son adversas a las pretensiones del demandante; el artículo 53 del Decreto Nº. 1135 de 1952 dice textualmente:

"Los Directores de Educación Pública podrán retirar del ramo a los maestros que hubieren cumplido veinte años de servicio, cuando a su juicio fuere necesaria esa medida en bien de la educación, dejando a salvo el derecho a la jubilación que ha adquirido el maestro".

Si, pues, los Directores de Educación pueden retirar al maestro que ha cumplido los veinte años de servicio, "dejando a salvo el derecho a la jubilación que ha adquirido", con mayor razón pueden hacerlo cuando el interesado se encuentra ya disfrutando de tal prestación, como acontece en el caso de autos.

Pero es más: el artículo 1º. del Decreto 16 de 1940, al imponer a los Gobernadores la obligacion de llenar las vacantes y los puestos disponibles en el ramo de la educación pública con institutores graduados en las escuelas normales, señala precisamente como vacantes aquellos cargos cuyos titulares estén ya jubilados, todo lo cual está demostrando que si alguna obligación tiene la administración es la de procurar el descanso de éstos y el de permitir el ingreso de los recientemente recibidos en el escalafón.

Se advierte finalmente que el señor Fiscal de la Corporación al descorrer el correspondiente traslado conceptúa que debe confirmarse la sentencia apelada.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto de su Fiscal colaborador y de acuerdo con èl, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, con fecha cuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

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

Rafael Rueda Briceño, Manuel Buenahora, Daniel Anzola Escobar, José Enrique Arboleda V., Rafael Marriaga, Ildefonso Méndez, Antonio Josè Prieto, Guillermo Novoa Rodrìguez, Secretario.

ASUNTOS MUNICIPALES

INDEMNIZACION POR DESTITUCION.

(Consejero ponente: Dr. José Enrique Arboleda V.)

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

Referencia: Expediente 5547.- ASUNTOS MUNICIPALES.- SEGUNDA INSTANCIA.

El señor Jorge Salazar Guzmán fue elegido Personero del Municipio de Condoto, por el Concejo respectivo en el mes de abril de 1949.

Se hallaba en el ejercicio de tal cargo, cuando fueron dictados los actos acusados, a saber:

Decreto número 20 de 12 de febrero ce 1952 por el cual el Alcalde de dicho Municipio declaró vacante el cargo mencionado;

Decreto número 101 de 22 del mismo mes y año, por el cual la Gobernación del Chocó aprobó el acto anterior;

Decreto número 27 de 3 de marzo del mismo año, por el cual el Alcalde de Condoto declara insubsistente el nombramiento de Salazar Guzmán y nombra para reemplazarlo al señor Jesús Antonio Rivas, escogido de entre la terna enviada qara tal efecto por el Gobernador del Departamento en telegrama número 96 de 27 de febrero del mencionado año.

Con base en los anteriores hechos y en la consideración de que los actos anteriores son violatorios de la Constitución Nacional (art. 197), del Código de Régimen Político y Municipal y especialmente del Decreto Legislativo 3944 de 1949, el señor Salazar Guzmán, por medio de apoderado, plantó la presente demanda, que recibiò el trámite de rigor en el H. Tribunal Administratiuo del Chocó y que obtuvo sentencia favorable a sus peticiones el 6 de abril de 1953. Salvó el voto el Magistrado Dr. Naranjo G.

Subidos los autos a esta Sala por apelación, han sufrido la tramitación pue les corresponde y como no se encuentra vicio que la invalide, debe procederse a dictar la sentencia definitiva. para lo cual precisa hacer las siguientes consideraciones:

En numerosos y repetidos fallos ha sostenido el Consejo que la terminación del período legal para el cual fue nombrado un empleado público, produce vacancia del cargo. Pueden verse al respecto, los siguientes: Raul Castilla Ramos contra la Gobernación de Bolívar, sentencia de 15 de diciembre de 1954; Tomás A. Moreno contra la Alcaldía de Quibdó, sentencia de 31 de agosto de 1954; Rafael Quiñones Neira contra la Nación, sentencia de 11 de marzo de 1955.

De acuerdo con lo sostenido en aquellos fallos, es regla general la de que la terminación del período produce la vacancia del cargo, *salvo excepción expresa,* la que existe para los personeros y tesoreros municipales por el artículo 2o., inciso 2o., del Decreto Legislativo 3944 de 1.949 al establecer que, en los Municipios en donde el Alcalde no hiciere uso de la facultad de convocar los Concejos Municipales, "continuarán ejerciendo el cargo los empleados designados por los Concejos para el período en curso". Esta interpretación ha sido sostenida tambien en numerosas sentencias por este Consejo y es uno de los argumentos principales de aquéllos anteriormente referidos sobre vacancia por terminación del período legal.

La mencionada excepción tuvo vigencia hasta el Decreto 1627 de 10 de Julio de 1.952, cuyo artículo 2o. autorizò a los Alcaldes para hacer los nombramientos, en interinidad, de los empleados cuya designación correspondía a los Concejos Municipales cuando se había producido la vacancia del cargo. Es decir, en el lapso comprendido entre el 14 de diciembre de 1949 (fecha de expedición del Decreto 3944 y desde la cual rige) y el 2 de octubre de 1952 (fecha en que vencen los dos meses despuès de la promulgación del Decreto 1627) los Alcaldes Municipales no tenían facultad para remover a los personeros y tesoreros municipales por terminación del período para el cual fueron nombrados por los Concejos, por virtud del artículo 2o. del primero de los Decretos citados y cuya transcripción se hizo anteriormente.

Ahora bien. Los actos acusados que declararon vacante el cargo de Personero Municipal de Condoto y proveyeron a su reemplazo, fueron dictados bajo imperio de la excepción explicada y, por tanto, violaron el artículo 2o. del Decreto 3944 de 1949 en cuanto el señor Salazar Guzmán tenía derecho para continuar en tal cargo hasta que hubiera podido ser removido legalmente conforme al Decreto 1627 de 1952. Desde este punto de vista deberá confirmarse la sentencia apelada que declaró nulidad de los actos demandados.

Pero en cuanto al restablecimiento del derecho del mismo, considera la Sala que la condenación al pago de los sueldos no puede ser desde la remoción hasta que sea reintegrado al cargo de que fue desposeído el señor Salazar Guzmán, ya que tal condenación es una sanción para la Administración y una indemnización para el perjudicado por el acto ilegal y mal puede hablarse de sanción y de indemnización desde la fecha en que el acto no hubiera sido ilegal. Es decir, si la remoción del señor Salazar Guzmán se hubiese producido desde el 2 de octubre de 1952 en adelante, no hubiera tenido

vicio. ¿Cómo entonces puede ordenarse pago de sueldos por tiempo que corre a partir de tal fecha?.

La indemnización solicitada por el empleado destituído y que consiste en el pago de los sueldos dejados de devengar por el, sòlo puede tener como causa su remoción en desacuerdo con normas legales que lo amparan. Por tanto, dicha indemnización no debe comprender sino el tiempo durante el cual el desempleo del reclamante es igualmente ilegal y no un lapso en el que ese desempleo había dejado de serlo por modificación de las disposiciones legales sobre la materia. Algunos ejemplos aclararán la cuestión:

Si se trata de empleado de período fijo durante el cual no puede ser libremente removido, la indemnización a que diere lugar su destitución antes del vencimiento aquél, sólo ha de abarcar el tiempo faltante para completar el período respectivo, pues al terminarse éste sí podía ser desligado de su cargo sin traba legal. Es decir, únicamente le son pagables los sueldos correspondientes al tiempo en que el acto de remoción era ilegal y no los referentes a uno posterior en que tal acto hubiera carecido de ilegalidad.

Si el caso se refiere a un empleado escalafonado en la carrera administrativa y destituído sin la previa exclusión del escalafòn, el pago de los sueldos deberá abarcar desde la remoción hasta el reintegro al cargo; pero si poco tiempo después del retiro ilegal del mismo, el cargo correspondiente es sacado del escalafón respectivo, es lógico que a partir de esta fecha ya podía el empleado ser libremente removido y, por tanto, el tiempo corrido desde la misma no debe ser pagado como indemnización.

Emana la tesis anterior de la naturaleza misma de la acción de plena jurisdicción, que tiene como finalidad el restablecimiento del derecho violado por un acto inconstitucional, ilegal, irregular o arbitrario de la administración. De aquí que en donde no haya violación de derecho particular civil o administrativo, mal puede haber restablecimiento en él, mediante indemnización de perjuicios. Y como no es posible sostener que pueda haber violación de derechos particulares con un acto administrativo no afectado de nulidad, debe concluirse que es injurídica la condenación al pago de perjuicios por el lapso en que esté cesante un empleado retirado del servicio, cuando el acto de destitución durante dicho lapso no tenia vicio de ilegalidad por haberse modificado las condiciones legales sobre la materia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, en desacuerdo con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REFORMA la sentencia apelada en el sentido de que el pago de los sueldos dejados de devengar por el señor Salazar Guzmàn sólo deberá hacerse por el Municipio de Condoto desde la fecha en que fué reemplazado en el cargo de Personero de dicho Distrito hasta el 2 de octubre de 1.952, fecha de vigencia inicial del Decreto Legislativo número 1627 de 1.952, previa

deducción de los sueldos que hubiere devengado durante ese lapso de entidades oficiales o particulares, y la CONFIRMA en todo lo demás.

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

Josè Enrique Arboleda V., Ildefonso Mêndez, Rafael Rueda Briceño, Daniel Anzola E., Manuel Buenahora, Rafael Marriaga, Antonio José Prieto.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

ASUNTOS MUNICIPALES

PRESTACIONES SOCIALES. ACTOS COMPLEJOS DE LA ADMINISTRACION. CASOS EN QUE NO HAY NECESIDAD DE ACUSAR TODOS LOS ACTOS DE LA OPERACION JURIDICO-ADMINISTRATIVA.

(Magistrado Ponente: Dr. Ildefonso Méndez.)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotà, treinta de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

En virtud de la alzada interpuesta oportunamente por el Personero Municipal de Medellín, procede revisar la sentencia dictada con fecha 1o. de diciembre de 1.954 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro del juicio promovido por el señor Gustavo Gaviria Restrepo, por medio de apoderado, a fin de que por esta jurisdicción se hicieran las siguientes declaraciones:

> "..... la nulidad de las resoluciones números 1632 del 18 de octubre de 1.950 y la No. 5 del 31 de marzo del corriente año, emanadas de la H. Junta de Asuntos Sociales del Municipio de Medellín, por medio de la cual se me reconoció parte del derecho a mi cesantía. Y como consecuencia de la nulidad que impetro, que se me restablezca en mis derechos, que con dicha resolución se han violado, para que en lugar de lo que ella dispone, se resuelva ordenar el reconocimiento y pago, a mi favor, del total del auxilio de cesantía, por todo el tiempo que serví al Municipio, y cuanto más equivalga, por concepto de cesantía, en lo que hace relación a tal tiempo, ya que todo èl, y mucho más, excede a los veinte años de jubilación, de una parte. Y de la otra, no hay incompatibilidad entre cesantía (sic) jubilación, para los empleados municipales.
>
> El reconocimiento y pago, que demando, se ha de contraer a la suma mayor que dejó de reconocérseme, con la resolución que dispuso pago de parte de lo que me correspondía, esto es, que ha de pagárseme de equivalente a todo el mayor tiempo a veinte años que trabajé ya cuando estaba al servicio del Municipio."

Al relatar los hechos de la demanda se expresa así el actor:

«PRIMERO: Serví al Departamento de Antioquia y al Municipio de Medellín, en total por un lapso de 9.216 días, de los cuales servi en el Departamento de Antioquia, en varias posiciones, 7.416 días, y al Municipio 1.755 días.

SEGUNDO: El Departamento de Antioquia me pagó el auxilio de cesantía, por el tiempo que le serví.

TERCERO: Reclamé del Municipio de Medellín el auxilio de cesantía que me corresponde, por el tiempo que fuí su empleado, pero me pagó incompleto lo que me correspondía por esa causa, según Resolución No. 5 del 31 de marzo de este año, que vino a quedar ejecutoriada el día 2 de junio del corriente año, por auto de dicha Junta.

CUARTO: Con dicha resolución, sobre la cual ya no podía impetrarse recurso alguno, se violaron los derechos que a mi favor me otorga la ley, de percibir cesantía por el lapso que fuí empleado municipal.

QUINTO: El Municipio, por medio de su H. Junta Asesora de Asuntos Sociales, resolvió pagarme incompleto lo que me corresdonde por cesantía, alegando, aparte de otras cosas, que ese auxilio, por el tiempo mayor a veinte años, me lo debería cubrir el Municipio, pero en forma proporcional, en cuanto a salario y tiempo, con el Departamento de Antioquia, cuestión esta acomodaticia que no encuentra asidero en disposición alguna nacional, departatamental o municipal. Y con ello, es obvio que se me cercenan mis derechos.

SEXTO: En realidad, me cercenó derechos el reconocimiento referido, por cuanto que el Departamento de Antioquia me había pagado, al retirarme de sus dependencias el auxilio de cesantía que me correspondía. Y el tiempo excedente al de mi jubilación, los serví, integramente al Municipio de Medellín. Por lo mismo, nada debo cobrar, por este concepto al Departamento.

SEPTIMO: No hay, en las disposiciones municipales, ninguna que establezca incompatibilidad para cobrar jubilación y cesantía, a las dependencias Municipales. Ni tampoco ley o Decreto nacional, ni ordenanza, que prohiba tal cosa a los Municipios, concretamente, al de Medellín. Luego debe pagarme la cesantía por tiempo mayor a cinco años, y no en la forma y modo como se me reconoció."

Como se encuentra surtida la tramitación de la instancia y no se observa causal que pueda invalidar lo actuado, la Sala entra a resolver el recurso, mediante las siguientes consideraciones:

1. Cuentan los autos que el señor Gustavo Gaviria Restrepo solicitó del Departamento de Asuntos Sociales del Municipio de Medellín el reconocimiento y pago de una prestación social, a la

cual cree tener derecho a título de ex-trabajador de la referida entidad. Con la Resolución No. 1632 de fecha 18 de octubre de 1.950 respondió el municipio negativamente a la petición formulada. Contra esta providencia ejercitó el interesado los recursos de reposición, y apelación en subsidio que habría de surtirse ante la Junta de Asuntos Sociales del mencionado municipio. La Resolución No. 145 proferida el 14 de febrero de 1.951 desató la reposición en forma desfavorable.

La Junta de Asuntos Sociales al pronunciarse sobre la apelación, acogió parcialmente las pretensiones del recurrente por medio de la Resolución No. 5 que tiene fecha 31 de marzo de 1.951.

De modo, pues, que sobre el punto materia de la litis se produjeron tres actos de la Administración.

2. El Fiscal de la Corporación, en su vista de fondo, dió a conocer su parecer con las siguientes palabras:

> "Consta en los autos que por Resolución número 1632 de 18 de octubre de 1.950, el Departamento de Asuntos Sociales del Municipio de Medellín negó al señor Gustavo Restrepo (sic) Gaviria el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía. Contra esta Resolución interpuso el actor oportunamente el recurso de reposición, el cual fué igualmente negado por medio de la Resolución número 145 de 14 de febrero de 1.951, para concederle, en cambio, el de apelación ante la Junta de Asuntos Sociales. Esta última entidad, por medio de la Resolución número 5 de 31 de marzo del mismo año, reformó las dos providencias anteriores para reconocer en parte la prestación solicitada.
>
> Estos tres actos son de aquéllos que se denominan complejos porque aun cuando distintos en su forma, en el fondo constituyen una sola operación administrativa, indivisible en sus efectos. De modo que para destruir su validez por medio de la acción de nulidad y obtener el consecuencial restablecimiento del derecho, es forzoso e indispensable demandar la nulidad de las tres resoluciones, pues, de lo contrario, se llegaría,como en muchas ocasiones lo ha dicho el H. Consejo de Estado, al absurdo de que anuladas las dos providencias acusadas continuara vigente la que negó la reposición de la primera de las dos medidas.
>
> Como la demanda no se hizo extensiva a la Resolución número 145 de 14 de febrero de 1.951, que decidió negativamente el recurso de reposición interpuesto contra la número 1632 de 18 de octubre de 1.950, es claro que la acción en referencia resulta improcedente por cuanto la demanda es SUSTANTIVAMENTE INEPTA, debiéndose, por tanto, revocar el fallo apelado, para reconocer en cambio la excepción aludida".

3. Según se desprende de las peticiones de la demanda, el actor encaminó su ataque contra sólo dos de los tres actos de la Administración, que sucesiva y escalonadamente se produjeron alrededor del caso controvertido.

Es evidente, como lo anota el Fiscal, que la jurisprudencia de esta entidad sostiene que en tratándose de actos formados por el concurso de varias voluntades que actúan separadamente en orden al mismo objeto -actos complejos-, debe acusarse el conjunto, con el fin de tener esta jurisdicción así competencia para revisar y resolver toda la operación jurídico-administrativa; y que tal concepción doctrinal se aprecia en todo su valor si se razona por el absurdo, es decir, si se supone que la unidad integral de la operación pudiera ser desvertebrada permitiéndose la acusación de alguna o de algunas de las providencias que la componen, pues en este caso se llegaría al resultado de que anulados alguno o algunos de esos actos únicamente, el restante o restantes conservarían su vigencia, lo que jurídicamente impediría el cumplimiento del objetivo de la acusación, esto es, el restablecimiento del derecho demandado. Pero también ha dicho la Sala que hay que considerar que dentro de este proceso cinemático todo acto posterior -ya sea ocasionado por un recurso o por simple tutela de control jurisdiccional- puede confirmar la resolución recurrida pura o simplemente, o anularla, pero sin producir nueva decisión que sustituya la anterior, o dictar nueva disposición sobre el fondo del asunto; de manera que habrá providencias que a virtud de este proceso dejen de existir, y que, por lo tanto, no deben acusarse, y también habrá otras que por no causar agravio no es del caso demandar. Luego la demanda está perfecta por tal aspecto, ya que la Resolución No. 5, última de las providencias demandadas, al reconocer al señor Gaviria Restrepo que sí tenía derecho a la cesantía por el mayor tiempo servido sobre los veinte años, pero que el Municipio de Medellín únicamente estaba obligado a pagarle la cuota proporcional correspondiente, implícitamente derogó las dos Resoluciones anteriores.

4. Y en lo referente al fondo mismo de la cuestión, la doctrina del Consejo se halla concretada en la respuesta dada por la Sala de Negocios Generales a la consulta que le hizo el Ministerio de Obras Públicas con oficio No. 1/3008 de 5 de marzo de 1.951:

«..... ....»

I. «La pensión de jubilación debe ser decretada y pagada por la Caja o Institución de Previsión Social a la cual se halle afiliado el trabajador al tiempo de cumplir su servicio o en el momento de retirarse del servicio oficial.» (Artículo 21 de la Ley 72 de 1.947 y 1o. del Decreto número 2921 de 1.948).

«Si el interesado no se hallare afiliado a ninguna Caja o Institución de Previsión Social, la pensión debe ser decretada y pagada por la entidad de derecho público de la

cual dependa el empleado al tiempo de cumplir su servicio o en el momento de retirarse del servicio oficial». (Parágrafo del Art. 1o. del Decreto número 2921 de 1.948).

II. «La Caja o Entidad que decreta y paga la pensión, repetirá de las entidades obligadas el valor de la cuota proporcional que les corresponda, según el tiempo de servicio prestado en cada una de ellas por el empleado». (Ley 72 de 1.947. Art. 21).

III. «Las entidades obligadas al pago de la pensión de jubilación son aquéllas en las cuales el trabajador sirvió durante los primeros veinte años, continuos o discontinuos, que son los exigidos por la ley para tener derecho a esa prestación. Obligación que es proporcional al tiempo de servicio prestado en cada una de ellas durante dichos veinte años».

IV. «La base para liquidar la pensión de jubilación debe ser el promedio mensual de los salarios o sueldos devengados durante el último año de servicio». (Art. 3o. Ley 65 de 1.946).

V. «La cesantía por tiempo excedente de servicio debe ser reconocida por la Caja o Institución de Previsión Social a la cual se halle afiliado el individuo al tiempo de retirarse del servicio oficial, o por la entidad de derecho público bajo cuya dependencia se encuentre en dicha época».

VI. «Las entidades obligadas al pago del auxilio de cesantía por el mayor tiempo de servicio, son aquéllas en las cuales sirvió el empleado durante los años que excedieron de los veinte primeros, exigidos por la ley para tener derecho a la jubilación. Obligación que es también proporcional al tiempo de servicio prestado en cada una de dichas entidades».

VII. «La base para liquidar el auxilio de cesantía debe ser el último sueldo devengado, a menos que éste haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, caso en el cual la liquidación se hará tomando como base el promedio de lo devengado durante todo el último año de servicio». (Articulo 2o. de la Ley 65 de 1.946, 1o. del Decreto número 2567 del mismo año y 6o. del Decreto número 1160 de 1.947).

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, oído el concepto fiscal y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia revisada, con la aclaración de que de la suma cuyo pago allí se ordena se descontará lo que el demandante hubiera recibido por concepto de auxilio de cesantía.

Notifíquese, cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

José Enrique Arboleda V., Ildefonso Mèndez, Daniel Anzola Escobar, Rafael Rueda Briceño, Manuel Buenahora, Rafael Marriaga, Antonio José Prieto.- Guillermo Novoa Rodrìguez, Secretario.

ASUNTOS MUNICIPALES.

INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA.- PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN LA TECNICA PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

(Magistrado ponente: Dr. Ildefonso Méndez.)

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

Los ciudadanos Enrique López de la Pava, Enrique Gómez Restrepo, Jorge Ospina Lozano, Manuel J. Vergara, Leonel Herrera Castaño y Arístobulo Orrego Duque, todos mayores de edad y vecinos de la ciudad de Manizales, solicitaron al Tribunal Administrativo de Caldas, ejercitando la acción contenciosa de NULIDAD -artículo 66 de la Ley 167 de 1.941-, que hiciera, mediante el cabal cumplimiento de las ritualidades legales, los siguientes pronunciamientos:

«A) Que es nula en su totalidad por violación manifiesta de normas constitucionales y legales, de un acuerdo Municipal, por abuso y desviación en el ejercicio de atribuciones, y por irregularidades en su expedición, la Resolución número diez (10), de fecha veinticuatro de Marzo de mil novecientos cuarenta y nueve, dictada por la junta Administradora de las Empresas Delegadas de Armenia (C) "por la cual se fijan los depósitos de garantía para los aparatos telefónicos»;

B) Que como consecuencia de la anterior declaratoria de nulidad, se disponga que la aludida Resolución número diez (10), carece de eficacia legal y no ha producido ni puede producir ninguno de los efectos contemplados en ella, desde la fecha de su expedición;

C) Que igualmente y como consecuencia de las anteriores declaratorias, se ordene a quien corresponda, la devolución de los dineros que a la fecha de la sentencia hubieren sido recaudados, con base en la Resolución número diez (10) acusada, con sus respectivos intereses;

D) Que también, como consecuencia de las mismas de-

claraciones anteriores, se declare la ineficacia de los efectos que haya producido el cumplimiento de la Resolución acusada, hasta la fecha de la sentencia, y se ordene el restablecimiento de los servicios telefónicos que se hubieren suspendido en desarrollo o cumplimiento del mismo acto acusado; y

E) Que de la misma manera y también como consecuencia de la nulidad declarada, se disponga que las Empresas Públicas Municipales de Armenia, representadas por su Junta Administradora Delegada, están obligadas a indemnizar los perjuicios de todo orden que con motivo del cumplimiento de la Resolución anulada, se ocasionen individual y colectivamente a los suscriptores del servicio telefónico del Municipio de Armenia."

También tales personas pidieron y obtuvieron de esa entidad la suspensión provisional del acto acusado, en providencia que, por razones a las cuales no es del caso referirse, no pudo ser revisada por el Consejo.

El proceso fuè rematado por sentencia cuya parte resolutiva dice de este modo:

"..... ...."

«1o.- DECLARASE parcialmente nula la Resolución No. 10 de fecha 24 de marzo de 1.949, proferida por la Junta Administradora de las Empresas Municipales de Armenia. (Caldas), por la cual "se fijan los DEPOSITOS DE GARANTIA para los aparatos telefónicos", pero en cuanto dichos depósitos excedan el valor comercial del aparato telefónico y sus accesorios, suministrados por la Empresa;

2o. La Junta Administradora de las Empresas Públicas de Armenia, procederá a fijar el valor comercial de los aparatos telefònicos y sus accesorios, actualmente en servicio. La diferencia existente entre el valor comercial y la cuota de garantia consignada, constituye la suma que las Empresas Municipales de Armenia deben devolver a los suscritores, según el caso. Dicha devolución se hará seis días después de la ejecutoria de esta sentencia.

Para la notificación de esta sentencia al señor Personero Municipal y Gerente de las Empresas Municipales de Armenia, se comisiona al señor Juez Primero Civil del Circuito de dicha ciudad, a quien se le enviará original el expediente, con DOS DIAS DE TERMINO y la distancia.

Cópiese, notifíquese y si no fuere apelada, comuníquese a quien corresponda y archívese el expediente.»

No habiendo estado el colaborador Fiscal del aquo conforme con lo resuelto por éste, apeló de su decisión para ante esta Superioridad, en donde se le ha dado al recurso la tramitación que le es propia.

El Agente del Ministerio Público de esta corporación pide que se revoque la providencia materia de la alzada alegando INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA y otros vicios.

No se observa causal alguna que pueda invalidar lo actuado.

Para fallar la Sala considera:

Los siguientes principios gobiernan la técnica procesal contencioso administrativa, en lo pertinente:

a) Los actos creadores de situaciones generales, impersonales y objetivas deben ser demandados mediante el ejercicio de la acción de nulidad, consagrada por el artículo 66 de la Ley 167 de 1.941, la que es pública, por estimarse que hay interés de la comunidad en la conservación del orden jurídico general.

b) Contra los actos, hechos u operaciones administrativas que establecen situaciones individuales y concretas, únicamente procede la vía de la plena jurisdicción, de que hablan los artículos 67 y 68 ibîdem, los cuales conceden a la persona perjudicada no sólo el derecho abstracto de restablecer la legalidad, sino la posibilidad de obtener de la Administración la reparación del daño concreto que ésta le infligió en su derecho subjetivo.

c) También la acción de nulidad procede contra los actos condiciones que interesan a la sociedad, tales como aquéllos que colocan a una persona dentro de una situación general y reglamentaria que la inviste de un poder legal. Por ejemplo: el nombramiento en un individuo que no reune las condiciones requeridas para desempeñar un cargo oficial; el otorgamiento de una licencia con el fin de ejercer una profesión u oficio en que el interés común está en juego. Mas no pueden acusarse por esta vía las providencias de esta naturaleza que descartan la idea de un interés próximo por la sola legalidad, como lo es la destitución de un cargo público, la que niega una licencia de la naturaleza anteriormente referida, en donde únicamente se lesiona a los titulares de esos intereses.

d) El control de los actos, hechos y operaciones administrativos, por esta jurisdicción, no se extiende hasta el poder de hacer declaraciones directas que generen obligaciones a cargo de la Administración; y en lo que respecta al restablecimiento de un derecho por la vía contencioso-administrativa, éste sólo puede obtenerse como consecuencia de una declaración de nulidad de un acto, excepto: cuando se trata de una lesión causada por actos ya derogados o por hechos u operaciones materiales de la administración (artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1.941); en materia de impuestos, en donde basta la revisión de la operación tal como lo prevé el artículo 271 ibídem; o por daños en propiedad inmueble efectuadas por una obra pùblica.

e) No se puede ejercitar conjuntamente la acción de nulidad y la de plena jurisdicción. De manera que cuando un acto de carácter subjetivo se deriva de otro objetivo nulo, lo conducente es ejercitar la última acción, acusando la providencia concreta y pidiendo la inaplicabilidad, como excepción para el caso, de la de carácter general.

En orden a lo expuesto, la sentencia recurrida debe revocarse porque la demanda que le sirve de soporte tiene defectos que no la hacen viable, pues es injurídico, tal allí se hace, acumular la acusación de un acto-regla el de la Resolución No. 10 de 24 de marzo de 1.949 de la Junta Administradora de las Empresas Delegadas de Armenia- con la petición sobre restablecimientos de derechos particulares y concretos de él derivados, como los formulados en las sùplicas B), C), D) y E).

DECISION:

1º. Revócase la providencia apelada y en su lugar se declara probada la excepción de INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA.

2º. Levàntase la suspensión provisional del acto acusado, decretado por el Tribunal de Primera Instancia.

Todo bajo la fórmula "administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley".

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Josè Enrique Arboleda V., Ildefonso Méndez, Daniel Anzola Escobar, Rafael Rueda Briceño, Manuel Buenahora, Rafael Marriaga, Antonio Josè Prieto.- Guillermo Novoa Rodriguez, Secretario.

ASUNTOS MUNICIPALES

AL EMPLEADO QUE HA DEJADO DE TOMAR POSESION SE LE EXIGE INTEGRA LA RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES. LA REINTEGRACION NO REQUIERE NUEVA POSESION.

(Consejero Ponente: Dr. Manuel Buenahora.)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotà, junio veintidós de mil novecientos cincuenta y cinco.

Referencia: Nulidad del Decreto No. 424 de 29 de octubre de 1.949, expedido por la Alcaldía Municipal de Bogotá.
Actor: Arturo Torres.

Durante largos años Arturo Torres prestó al Municipio de Bogotá sus servicios como empleado de la Secretaría de Obras Públicas.

Cuando desempeñaba el cargo de oficial mayor, fue aceptado e inscrito en el escalafón de carrera administrativa por Resolución No. 248 de 1.944, originaria de la Gobernación del Departamento, en 1ª. categoría. (F. 13, Cuaderno 3o.)

El 26 de octubre de 1.945, por Decreto 305 de esa fecha, la Alcaldía Municipal reorganizó las dependencias nombradas En virtud de dicha reorganización declaró suprimido el cargo de oficial mayor, creó en su lugar el de Sub-secretario de Obras Públicas y dejó fuera de servicio al señor Torres quien, inconforme con tal Decreto, demandó de la jurisdicción contencioso-administrativa la nulidad de tales actos y su reintegro al nuevo cargo por considérar que se trataba del mismo que había venido desempeñando y que su status de empleado escalafonado le confería derecho a ello.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de 9 de agosto de 1.946, accedió a decretar la nulidad solicitada, ordenó el reintegro del actor al cargo que venía desempeñando y el pago de los sueldos caídos, pero apelada esta providencia ante el Consejo de Estado, esta Corporación la reformó en el sentido de aclarar que el reintegro del señor Torres. se hiciera al cargo que venía desempeñando y que en virtud de la reorganización funcionaba bajo la denominación de Sub-secretario de Obras Públicas, puesto

que a la sazón desempeñaba el Dr. Pedro Carlos Ortíz, cuyo nombramiento también fué declarado nulo.

De acuerdo con esta sentencia, el Consejo de Estado aceptó que el cargo denominado antes de oficial mayor era el mismo que luego se llamó de Sub-secretario de Obras Públicas.

Este proveído, que lleva fecha 21 de enero de 1.947, fuè debidamente registrado y el Jefe de la Administración Municipal, después de algunos incidentes que no parece necesario relatar, ordenó el restablecimiento del señor Torres al cargo de Sub-secretario, por medio del Decreto 132 de 8 de marzo de 1.947, cuyo texto se copia íntegramente a continuación, por considerarse indispensable para el mejor entendimiento del problema de fondo que se plantea en este negocio. Dice así:

> «DECRETO NUMERO 132 de 1.947. (Marzo 8). Por el cual se restablece en su puesto a un empleado de carrera administrativa. - EL ALCALDE DE BOGOTA, en uso de sus atribuciones legales, - DECRETA: - ARTICULO 1o. En vista del fallo proferido por el Consejo de Estado con fecha 13 de febrero de 1.947, en la demanda promovida por el señor ARTURO TORRES contra el Municipio, en su carácter de funcionario escalafonado en la Carrera Administrativa, por haber quedado fuera de servicio a causa de la supresión del cargo de Oficial Mayor de la Secretaría de Obras Públicas, que venía desempeñando hasta el mes de octubre de 1.945, restablécese en el cargo de Sub-secretario de Obras Públicas Municipales.- ARTICULO 2o. Para efecto de las prestaciones sociales a que tenga derecho en la Caja de Previsiòn Social del Municipio el señor Torres, se declara que no ha existido solución de continuidad en el tiempo de servicio prestado por él al Municipio. - ARTICULO 3o. Así mismo se declara y ordena que se le paguen al señor Torres los sueldos que hubiera dejado de devengar desde el dia 1o. de noviembre de 1.945 hasta la fecha del presente Decreto y las primas a que tengan derecho los empleados municipales por Acuerdos especiales, sueldos y primas relativos al citado cargo de Sub-secretario de Obras Públicas Municipales en el mismo tiempo. - PARAGRAFO. En el caso de que durante el tiempo a que se refiere el artículo anterior el señor Torres hubiera servido otro empleo público, al verificar el pago de sus sueldos y primas se hará las deducciones y compensaciones a que hubiere lugar. - Comuníquese y publíquese. Cúmplase. - Dado en el Palacio Municipal de Bogotá a 8 de marzo de mil novecientos cuarenta y siete. (firmado) FERNANDO MAZUERA VILLEGAS. (firmado) ANTONIO MORALES BARCENAS, Secretario de Obras Públicas.

Además de lo dispuesto en el anterior Decreto, el mismo Alcalde se dirigió al señor Torres en oficio de 14 de abril de 1.947 en los siguientes términos:

> «No. 610. República de Colombia Alcaldía de Bogotá, 14 de abril de 1.947. Señor Arturo Torres, E. L. C.- Refiriéndome a su atenta del 9 de los corrientes, me permito manifestarle que cuando usted lo quiera puede *entrar a desempeñar* el cargo de Sub-Secretario de Obras Públicas Municipales, en cumplimiento de la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado, en el juicio de usted contra el Municipio. De usted atento s. s., (firmado) FERNANDO MAZUERA VILLEGAS, ALCALDE DE BOGOTA.»
>
> (Subrayado de la Sala).

De conformidad con la certificación que obra al folio 52, el señor Torres entrò a desempeñar sus nuevas funciones el 17 de los mismos mes y año y las desempeñó hasta el 14 de noviembre de 1.949, pues por Decreto 424 de 1.949 se nombró al señor Alvaro Santos Delgado en su reemplazo y se declaró insubsistente el nombramiento de aquèl.

En atención a lo anterior, por segunda vez se presentó el señor Torres ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para pedir la nulidad del anterior Decreto en la parte en que le perjudica, su reintegro al cargo y el pago de los sueldos dejados de devengar.

Como ni en la primera ni en la segunda vez en que el señor Torres fue retirado de la Administración se cumplieron los requisitos que la ley 165 de 1.938, la Ordenanza Departamental No. 2 de 1.940, y los Decretos 366 y 444 de 1.942 de la Gobernación de Cundinamarca establecen para poder legalmente retirar a un funcionario del servicio público, èste alega la violación de tales normas y el incumplimiento de la sentencia del Consejo de Estado, de que antes se hizo mérito. El Tribunal de primera instancia falló el negocio en sentencia de fecha octubre 5 de 1.951, por la cual se negaron todas las peticiones de la demanda y la que, apelada para ante este Consejo, se somete hoy a la consideración de la Sala.

Hallándose el juicio en estado de dictar sentencia, se observó que el auto que había concedido la apelación no había sido debidamente notificado al señor Personero Municipal, y ésto dió origen a que por la Sala se declarara la nulidad de lo actuado ante el Consejo y a que se repusiera el procedimiento, con la demora consiguiente.

Subsanado el error se procede a fallar previas las consideraciones siguientes:

No se discuten aquí los derechos que la ley y las disposiciones departamentales confieren al empleado de carrera administrativa

para ser reintegrado al servicio público cuando ha sido retirado de él, sin el lleno de las formalidades legales; no se discute tampoco la calidad de escalafonado que asiste al actor, ni si el cargo a que aspira a ser reintegrado el demandante corresponde a la categoría del en que está escalafonado, ni si el puesto de Sub-secretario es el mismo que anteriormente figuraba con la denominación de Oficial Mayor. Todos estos problemas fueron ya materia de estudio por el Consejo y tienen para éste la fuerza de cosa juzgada, aparte de que al proceso se allegó durante el término legal no sólo el expediente anterior sino también un conjunto de pruebas, suficiente para que se consideren satisfechos todos los requisitos que se exigen en las acciones de esta naturaleza.

El problema que debe resolver el Consejo se contrae a saber si por el hecho de no haberse acreditado que el demandante Arturo Torres cumplió con la formalidad de tomar nueva posesión de su cargo en el momento en que fue reintegrado al servicio, deben desecharse o no sus pretensiones, aunque de otro lado se encuentre probado, como lo está suficientemente, que desempeñó las funciones inherentes a su cargo, que le fué reconocido y pagado el sueldo correspondiente y, en fin, que fué aceptado y recibido con el carácter de empleado durante todo el tiempo transcurrido entre su reintegro al servicio el 17 de abril de 1.947 y su destitución el 4 de noviembre de 1.949.

En otras palabras: si la diligencia formal de posesión constituye o no, requisito esencial para el éxito de la demanda.

La sentencia apelada contrajo su estudio a este punto cardinal y se expresó así:

> «Para resolver el fondo de estas peticiones se debe estudiar la legalidad del acto acusado porque es esa la base para reclamar el consiguiente restablecimiento en derecho y qué amparo le presta la inscripción en la Carrera Administrativa.
>
> No hay constancia en el expediente de que su inscripción en la Carrera Administrativa haya sido cancelada y por el contrario aparece una sentencia del H. Consejo de Estado que le ratificó los derechos deducidos de ella, pero habiendo sido reintegrado por el Decreto 132 de 1.947 al cargo de Sub-Secretario de Obras Públicas, que equivale a un nombramiento, obra en el expediente una certificación de la cual aparece que no tomó posesión del cargo, única prueba que existe al respecto, y entonces mal se puede tachar de ilegal la actuación de la Alcaldía que, por medio del Decreto acusado, declaró insubsistente ese nombramiento y designó para el cargo a otra persona.
>
> La causa por la cual Torres no se posesionó del cargo no aparece probada ni alegada en el expediente y como

se trata de un cargo de libre aceptación, lo más lógico es concluír que dependió de su voluntad, a la cual no tenia por que sujetarse el servicio público y dadas las necesidades de éste, la Alcaldía procedió a proveer la vacante. Esto se establece claramente de los elementos probatorios allegados al expediente porque es lo único que de ellos se puede concluír, ya que por ninguna parte del expediente aparece prueba, ni la más remota siquiera, que pueda desvirtuar la afirmación hecha por el señor Secretario de Obras Públicas Municipales y por consiguiente no se puede pensar siquiera que el Decreto 424 de 1.949 sea ilegal, y el hecho de no haberse posesionado del cargo voluntariamente se puede tomar como una renuncia a los derechos que la ley de Carrera Administrativa le reconoce y que le fueron ratificados por sentencia del H. Consejo de Estado.

No siendo ilegal el acto acusado y habiendo renunciado Torres por los derechos reconocidos por la Ley de Carrera Administrativa las peticiones de la demanda, como también lo conceptúa el señor Fiscal, no están llamadas a prosperar.»

Como se ve, el Tribunal entendió que la falta de la diligencia de posesión después de ordenado su reintegro implicaba una renuncia del empleo por parte del señor Torres, y que como el cargo es de libre nombramiento, el decreto acusado es legal pues bien podía el Alcalde, en esas condiciones, designar el reemplazo.

El señor apoderado del demandante Dr. Guillermo Hernández Rodríguez, trajo al proceso, durante el término legal, una abundante prueba que demuestra que su poderdante desempeñó las funciones de Sub-secretario de Obras Públicas durante un lapso superior a dos años después de su reintegro; la de que durante este lapso el Municipio le pagó y el demandante recibió los sueldos correspondientes al empleo; la de que durante el mismo término fué tenido por la Administración y aceptado como funcionario suyo en su carácter de Sub-secretario de Obras Públicas; la copia de la diligencia de posesión como Oficial Mayor, etc. y basándose en ellas sostiene que la falta de la simple formalidad de la diligencia de posesión no puede tener como consecuencias jurídicas el privar a su mandante de su derecho al reintegro. En apoyo de su tesis sostiene, que si bien es cierto que el artículo 251 del C. P. y M. ordena que ningún funcionario entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento, también lo es que el art. 252 de la misma obra establece que la omisión de tal diligencia no anula los actos del empleado respectivo, ni lo excusan de responsabilidad en el ejercicio de las funciones, por donde debe concluirse, dice, a contrario sensu, que si la omisión no lo exime de responsabilidad personal, tampoco lo puede perjudicar en sus derechos.

A su turno el señor Fiscal sostiene que sin la posesión del empleo el nombrado no adquiere el status de funcionario, y que por lo mismo no se le puede considerar como amparado por las normas legales que garanticen su inamovilidad relativa, y aceptando la tesis del Tribunal pide que la sentencia apelada se confirme.

Como disposiciones aplicables al caso, vale la pena de transcribir las siguientes:

> Inciso 1o. art. 251 C. P. y M.: "Ningún funcionario entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de sostener y defender la Constitución, y de cumplir los deberes que le incumban. Esto es lo que se llama posesión del empleo, o bien, tomar posesión de él."
>
> Art. 252 ibidem: "De todo acto de posesión se dejará constancia en una diligencia que firmarán el que da la posesión, el que la toma y el Secretario de la oficina, y en su defecto, los testigos."
>
> "Las irregularidades de la diligencia de posesión y aún la omisión de tal diligencia, no anulan los actos del empleado respectivo, ni lo excusan de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones."
>
> Art. 7o. del C. de P. C.: "El nombramiento y el posterior ejercicio de las funciones de Magistrado o de Juez hacen presumir de derecho la posesión, tanto para el efecto de estimar válidos los actos ejecutados por estos empleados, como para exigirles la responsabilidad que corresponda por la ejecución de los mismos actos."
>
> Art. 248 del C. P. y M.: "El individuo nombrado para un empleo de voluntaria aceptación tendrá diez días para aceptarlo o rehusarlo, y otros diez para posesionarse y entrar a servirlo. Si ya el periodo principió a correr, o no residiere en el lugar, tendrá además, el término de la distancia y noventa días más.
>
> Si tuviere algún inconveniente para entrar a funcionar, podrá concedérsele permiso para demorar la posesión, salvo lo que en casos especiales dispongan las leyes.
>
> Pasados los términos respectivos, se considerará vacante el empleo y se proveera por quien corresponda. La declaración de estar vacante el empleo se hace por el mismo que debe proveerlo."

La primera de las disposiciones transcritas es terminante en el sentido de establecer que en Colombia ningún funcionario podrá entrar a ejercer su cargo sin prestar juramento, o lo que es lo mismo, sin tomar posesión de él. Algo más: de conformidad con el art. 248 del C. P. y M. se impone al individuo nombrado para

un empleo la obligación de manifestar, dentro de un plazo fijo, si lo acepta o no, y en el primer caso, la de posesionarse dentro del término legal. La expresión "no podrá entrar a ejercer", autoriza a pensar que las disposiciones anteriores hacen relación a los requisitos indispensables para entrar en el ejercicio de las funciones, a fin de que el empleo no quede vacante, no se interrumpa la administración y ésta pueda saber si debe hacer o no nuevo nombramiento, pero que nada establecen con relación a las consecuencias jurídicas que debe soportar quien entra al ejercicio de las funciones y desempeña éstas sin antes prestar el juramento exigido.

En el caso de autos, el señor Torres entró al ejercicio de sus funciones y desempeñó éstas en virtud de un reintegro ordenado por la autoridad correspondiente. Todavía más: desempeñó las funciones en cumplimiento de una sentencia que tiene la autoridad de cosa juzgada. No le son, en consecuencia, aplicables estas normas que se refieren a los requisitos esenciales para entrar a desempeñar las funciones y no a quienes han desempeñado éstas, sin el lleno de la formalidad del juramento. Precisa, entonces, recurrir a las relacionadas directamente con este problema. Mas no existen en nuestra legislación normas directas sobre el caso, por lo cual, siguiendo un principio universal de derecho, éste deberá resolverse con la aplicación de las que le son análogas.

Entre éstas están el art. 252 del C. P. y M. y el artículo 7o. del C. de P. C., que sí hablan de la omisión del juramento, la primera en forma expresa y la segunda en forma que se sobreentiende. Conforme a estas disposiciones, la omisión del juramento no anula los actos del empleado respectivo, ni lo exime de responsabilidad y se establece que para el caso de los Magistrados y Jueces, basta el simple ejercicio de las funciones para presumir, y presumir de derecho, lo que vale decir que no admite prueba en contrario, que son válidos los actos ejecutados por tales empleados. Coordinando estas normas con las anteriormente citadas, cabe concluír que si bien nuestra legislación establece como tesis general y requisito indispensable la formalidad de la posesión para el normal ejercicio de todo empleo oficial, tambien le otorga validez excepcional al ejercicio que se haga de las funciones inherentes a un cargo, aun cuando su titular haya pretermitido tal formalidad. Claro que ésta es la excepción, pero en todo caso es una excepción contemplada por la ley. Que esta es la interpretación mas sensata se deduce del principio general de que los derechos y las obligaciones son correlativos, y sería aberrante y ajeno a toda noción de justicia, que si al empleado que ha dejado de tomar posesión se le exige íntegra la responsabilidad por el ejercicio de las funciones, no se le reconociera igualmente la plenitud de los derechos que pueda derivar de ese ejercicio. Por eso las disposiciones establecen que sus actos son válidos; porque se trata de casos excepcionales y porque el derecho acepta que puede haber excepciones a toda norma general.

Esta interpretación se ajusta tambien a las nociones que sobre

la investidura de sus funciones enseñan los tratadistas para los empleados públicos. El profesor Gaston Jeze, citado por el apoderado del demandante, enseña que el acto por el cual un individuo es nombrado para desempeñar un cargo público, es un acto-condición que crea una situación jurídica e impersonal con la que se inviste a aquél, y de allí concluye que cuando se nombra o elige a una persona, ésta queda de inmediato investida provisionalmente de la función, sin que haya de preocuparse por la aceptación (Tomo II, 2, pág. 31). Y si es el nombramiento el que como acto primordial faculta para ejercer las funciones; la posesión, si también acto, es secundario con respecto a aquel y esta calidad de secundario justifica que en casos excepcionales se sacrifique ante el nombramiento.

Por eso había dicho el Consejo en ocasión anterior:

> "..... .... La prueba de que se ha reasumido un cargo consiste en los actos que se ejecutan y que son propios del empleo, de acuerdo con las funciones que detalla la ley o el reglamento. Mientras esto no suceda es ilógico considerar que se puede 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". (Tomo IV, Anales Nos. 352-356, pág. 262).

En el caso del señor Torres éste exhibe no sólo su nombramiento, sino también el cumplido ejercicio de sus funciones, y si ello es así, como lo es evidentemente, faculta para concluír que la posesión es secundaria en presencia de aquellos.

Para las conclusiones a que la Sala ha de llegar, es muy importante recordar los siguientes hechos:

a) Que el señor Torres fué nombrado y se posesionó legalmente, según copia que obra al folio 15, del cuaderno No. 3, para el cargo de Oficial Mayor.

b) Que destituído de este cargo fué ordenado su reintegro.

c) Que la sentencia en que tal reintegro fué ordenado, consideró que el cargo de Sub-secretario era y es el mismo de Oficial Mayor y que por lo mismo, el reintegro del demandante debería hacerse al de Sub-secretario.

d) Que el Alcalde aceptó y ordenó el reintegro al cargo de Subsecretario por decreto 132 de 1.947.

e) Que el señor Torres ejerció las funciones de Sub-secretario durante más de dos años, con el natural asentimiento de la Administración (certificado folio 52) y que ésta, le pagó tales servicios (certificado folios 50 y 50 vto.).

El señor Fiscal considera que el Decreto 132 contiene en realidad un nombramiento y que por lo tanto ha debido el interesado tomar nueva posesión de su empleo. Pero de la simple lectura de ese Decreto que atrás se copió íntegramente se observa que por él, no se hizo sino acatar la sentencia del Consejo de Estado que ordena, nó nombrarlo sino reintegrarlo al cargo de Sub-secretario de Obras Públicas, que consideró era el mismo de Oficial Mayor.

> Dice la sentencia: "Como consecuencia de las declaraciones anteriores debe *restablecerse* en sus derechos al señor Arturo Torres, *restituyèndolo* al cargo que venía desempeñando y que ahora funciona bajo la denominación de Sub-secretario de Obras Públicas Municipales de Bogotá". (Subrayas de la Sala).

Y el Decreto en que se acata este mandato, después de explicar que se trata de cumplir el fallo anterior, dice textualmente: "....restablécese en el cargo de Sub-secretario de Obras Públicas" al señor Arturo Torres.

Y en la nota 610 que el Alcalde dirigió al señor Torres sobre el particular (folio 57) dice: "Cuando usted lo quiera puede *entrar a desempeñar* el cargo de Sub-secretario de Obras Públicas Municipales, en cumplimiento de la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado". (Subraya la Sala).

Los anteriores documentos prueban fehacientemente que en realidad no se ordenó ni se decretó un nuevo nombramiento, sino el reintegro a un cargo que ya se había estado desempeñando y del cual el señor Torres había tomado la debida posesión como consta en el acta que obra al folio 15 del cuaderno No. 3.

Necesita este reintegro una nueva posesión?

Como el reintegro fué ordenado como una consecuencia natural de la nulidad, también decretada, del acto que retiró al señor Torres del servicio, y la nulidad devuelve las cosas al estado que antes tenían, es jurídico concluír que no es necesaria. En virtud del reintegro no puede decirse que se haya producido una situación jurídica nueva, distinta a la anterior. Precisamente con la nulidad del acto ilegal no se hace sino considerar a éste como si nunca hubiera existido y no se persigue sino restablecer la situación anterior, borrando, por así decirlo, lo que había sido ilegalmente ejecutado.

También los autores vienen en apoyo de lo anterior en materia administrativa. Benjamín Villegas Basavilbase, sostiene que la *reintegración* significa técnicamente el reingreso a las mismas funciones y que no debe confundirse con la *readmisión* que sí implica un nuevo nombramiento.

Dice así: «La reintegración es el acto por el cual el

empleado o funcionario separado definitivamente del empleo o función, se reincorpora al cargo que anteriormente ejercía. Esta manifestación de voluntad de la administración pública presupone la ilegitimidad de la separación o la supresión del empleo o de la función. Es de advertir que la reintegración al empleo o a la función -denominada tambien reincorporación- significa técnicamente el reingreso al mismo empleo o función, y no debe ser confundida con la readmisión. En la primera no se crea una situación jurídica nueva para el reintegrado; en la segunda, es necesario un nuevo nombramiento: readmitir quiere decir admitir de nuevo(infra, 314).

La reintegración requiere la revocación del acto ilegítimo en virtud del cual el empleado o funcionario fué separado del cargo, o la nueva creación del cargo suprimido.

....

En todos estos supuestos existe reintegración o reincorporación.

....

La readmisión es una figura jurídica distinta a la reintegración. Tienen solo una nota común: la de la separación del empleo o función. La primera implica siempre un nuevo nombramiento; la segunda, la revisión del acto de separación. En la readmisión existe una verdadera solución de continuidad en la relación del empleo o función, y por lo tanto el readmitido no tiene ningún derecho que alegar para volver al servicio. Además, si la reintegración es un deber de la Administración Pública, cuando el acto de la separación del agente es ilegítimo, en la readmisión no existe ninguna obligación; es una facultad cuyo ejercicio se diferencia jurídicamente de la que se pone en acción para el nombramiento de los demás agentes públicos.- (Benjamín Villegas Basavilbase, Derecho Administrativo, págs. 419 y 421).

Por último, tampoco puede la Sala dejar de advertir que si el señor Torres desempeñó sus funciones sin prestar nuevo juramento, la culpa de este hecho no es sólamente suya, sino también de la Administración que lo consintió durante más de dos años, y que no sería jurídico hacer que ésta se aprovechara de su propio descuido, y se dice que hacerla aprovechar, porque la Administración nada ha alegado en su favor, ni en ninguna etapa de este largo proceso ha tratado de defender la legalidad del acto acusado.

Funcionarios con Jurisdicción

Al discutirse en la Sala el presente proyecto de sentencia, surgió la duda de si el cargo de Sub-secretario de obras es de aque-

llos que conllevan el ejercicio de jurisdicción, y por lo mismo, si se halla o no excluido de las prerrogativas de la carrera administrativa conforme a la norma general del estatuto que la reglamenta, reproducida por el numeral 1° del art. 8°, del Decreto 366 de 1.942, originario de la Gobernación de Cundinamarca, aplicable al Municipio de Bogotá por lo dispuesto en el art. 33 ibidem.

De conformidad con esta regla el Gobernador y los Alcaldes, quedaron en la obligación de determinar qué empleos de los del escalafón administrativo de cada ramo deberán considerarse como que ejercen jurisdicción y mando.

Para el caso de autos se observa que al elaborarse, al tenor del mandato anterior, el escalafón administrativo para el Municipio de Bogotá y expresarse en él los funcionarios excluidos de los beneficios de la carrera administrativa, entre éstas excepciones no se incluyó el cargo que venía desempeñando el demandante. En efecto allí se tiene que después de explicar pormenorizadamente qué empleos corresponden a las distintas categorías del escalafón, en su art. 33, se determinan los funcionarios que no quedan amparados. Estas excepciones las hace por capítulos distintos, en el orden seguido para la elaboración del escalafón, y al llegar al quinto (V), o sea al que se refiere a la Secretaría de Obras Públicas, no se hace la excepción del Sub-secretario. Lo anterior quiere decir que el propio Alcalde consideró que tal Sub-secretario no ejerce funciones de jurisdicción, pues de haberlo considerado como tal, lo hubiera incluído entre tales excepciones. Sin embargo, pudiera pensarse lo contrario al considerar que en la reglamentación interna de la Secretaría de Obras Públicas Municipales (pág. 1, cuaderno de pruebas No. 5), entre las funciones asignadas al Sub-secretario de la misma oficina, está la de "hacer que se cumplan las Resoluciones y demás disposiciones de la Secretaría sobre régimen interno, disponiendo la aplicación de las sanciones a que haya lugar, *previa consulta con el Secretario*".

Para aclarar este punto, con fecha 25 de febrero de este año, en auto para mejor proveer, se solicitó de la Alcaldía, copia de las disposiciones que señalan las funciones del Sub-secretario, y una certificación sobre si dicho funcionario tenia poder para dictar, por si solo, resoluciones de carácter jurisdiccional, o tomar decisiones obligatorias, todo con la súplica de que si tales disposiciones no existían, se certificara sobre tal punto. La anterior solicitud fué contestada no por el Alcalde, a quien iba dirigida, sino por el propio Secretario de Obras Públicas, en oficio 957, de 12 de Mayo del presente año (folio 161 cuaderno principal) y allí se lee:

> «Que no existe Resolución o Decreto por medio del cual se señalen las funciones del Sub-secretario de Obras Públicas;
>
> Que el Sub-secretario es el Secretario del Secretario de Obras Públicas, y que en consecuencia puede tomar deci-

siones obligatorias como suspensión de trabajos, iniciación de obras, ordenación de gastos, *si el Secretario de Obras Públicas le confiere esas atribuciones* y que en repetidas ocasiones esto ha sucedido así.

En resumen el Sub-secretario de Obras Públicas tiene funciones administrativas y técnicas de programación, vigilancia y revisión».

Como se ve, la anterior certificación se contradice con las copias que obran al folio 1, cuaderno de pruebas No. 5, en donde aparecen detalladas las funciones del Sub-secretario de Obras Públicas, por lo cual la Alcaldía no podía negar la existencia de las disposiciones que reglamentan dichas funciones, o si ellas fueron ya derogadas, certificar tal hecho. En todo caso, del mismo certificado se observa lo siguiente:

a) Que el Sub-secretario de Obras Públicas no puede tomar decisiones obligatorias, sino en el caso de que su Superior el Secretario titular le confiera las atribuciones necesarias; b) que en él, no se mencionan las disposiciones que le atribuyan al Sub-secretario facultad para tomar decisiones obligatorias, o al Secretario facultad para delegarlas.

En este orden de ideas, no puede la Sala considerar al Sub-secretario de Obras Públicas del Municipio como funcionario que ejerza jurisdicción. En primer término, porque de conformidad con el numeral j) de la reglamentación de sus funciones (folio 1, cuaderno No. 5), solamente se halla facultado para hacer cumplir las resoluciones de la Secretaría sobre *régimen interno* de la oficina, función natural en toda jerarquía y en toda organización; y en segundo lugar, porque al tenor de la misma reglamentación y del propio certificado en estudio, dicho funcionario solo puede adoptar determinaciones previa consulta con su superior jerárquico, lo que vale decir que no obra independientemente ni toma determinaciones a su arbitrio. De lo anterior se deduce que en el ejercicio de sus funciones no ejerce jurisdicción o mando, pues esta noción comprende también la facultad de juzgar y de quien debe consultar previamente sus determinaciones no puede decirse que tenga dicha potestad.

Sobre este interesante aspecto de lo que debe entenderse por jurisdicción, ya el Consejo en sentencia de 7 de Julio de 1.936, estableció las diferencias entre las llamadas "jurisdicción y autoridad" y dijo entonces:

«..... .... Entre los distintos poderes de la Administración Pública, se encuentra el jurisdiccional que se ejercita mediante la revisión de sus propias decisiones, de oficio o a instancia de quienes se digan agraviados, con sujeción a las disposiciones especiales que regulan el procedimiento administrativo, lo cual presupone la facultad de

aplicar la ley a los casos particulares, que difiere, en sentido estricto, de la que se tiene para resolver, con eficacia inmediatamente obligatoria, los conflictos o controversias entre particulares o entre la Administración Pública y los particulares, denominada propiamente jurisdicción.

Noción jurídica diferente es la de "autoridad", que comporta poder, mando, imperio, gobierno, autorización para ordenar o imponer un precepto, unilateralmente, bien se trate de decisiones de carácter general, como cuando el Presidente de la República hace uso de la facultad reglamentaria (artículo 120 de la Constitución), o cuando, por ejemplo, el encargado de administrar justicia puede disponer de la fuerza pública para asegurar la ejecución de sus providencias. De ahí, que como observa acertadamente el Magistrado Doctor Ospina en su salvamento de voto (primera instancia), "La jurisdicción implica siempre autoridad, pero la autoridad no siempre indica jurisdicción".

A falta de definiciones, la ciencia del derecho suple las deficiencias legales. Y por esto, aunque conforme a la Ley 72 de 1890, artículo 15, jurisdicción era "la facultad de administrar justicia", y los artículos 40 y siguientes del Código Judicial, sustituídos por la Ley 105 de 1931, la clasificaban en ordinaria, especial, privativa, etc., respecto, se entiende, de la judicial, son aplicables aún esos principios por interpretación extensiva. Hoy "jurisdicción" es resultante u objeto intrínseco de la competencia» (artículo 143 del Código Judicial).

«Además de enlazarse lo relativo a jurisdicción y autoridad al concepto de soberanía, se refiere al de competencia, que también en lo judicial, es "la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la Ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República," y que se fija por la naturaleza del asunto o por la calidad de las partes, o por razón del lugar donde ese asunto debe ventilarse (artículos 143 y 150 del Código Judicial) ....

....

«El status jurídico o poder del titular de un empleo administrativo está determinado necesariamente por leyes y reglamentos que fijan la esfera de su actividad, a virtud de lo dispuesto en los artículos 63 de la Constitución y 6 de la Ley cuarta de 1913. Así se fija la competencia, o sea la actitud legal para cumplir ciertos actos. Esos textos o diposiciones constituyen un límite para el agente, quien, si se excede, usurpa una jurisdicción extraña u obra simplemente sin facultad legal para ello, es decir, abusa. A dicha competencia no corresponde un derecho para quien de

ella está envestido, por no ser cosa propia de él. Ella, en otros términos, solo corresponde a los poderes Jurídicos que le han sido confiados como titular, de lo cual se deriva la obligación de ejercer el mismo sus funciones y no poder, por tanto, descargar sobre otro la totalidad o parte de sus atribuciones si una disposición legal no lo autoriza expresamente. De lo contrario, la calidad de empleado comportaría tácitamente la existencia de un contrato de mandato o arrendamiento de servicios, situación excepcional que solo por exigencias técnicas se presenta en la Administración Pública.

Por disposiciones expresas de la ley la competencia del Alcalde se halla circunscrita a determinado territorio, el cual, con sus habitantes, constituye el Distrito Municipal o Municipio, en el cual, él es el Jefe de la Administración Pública, ejecutor de los Acuerdos del Consejo, Jefe Supremo de Policía. El Alcalde, además, da posesión de sus destinos a los empleados municipales, con las excepciones que establecen las leyes, las ordenanzas y los acuerdos; tendrá un secretario de libre nombramiento y remoción, y en los municipios en que las rentas lo permitan, los subalternos que el Consejo disponga, y como Jefe de oficina, administración y organización internas, distribuirá el trabajo entre sus subalternos de una manera equitativa, y variará la distribución cuando lo juzgue necesario o conveniente al buen servicio público» (Artículos 140, 146, 183, 184, numeral 10, 187 y 286 de la citada ley).

La Ley 72 de 1926 no amplió de modo apreciable, como sí lo dispuso respecto del Consejo, las atribuciones del Alcalde de Bogotá. En su artículo 3, más por razones de técnica administrativa, que por consideraciones jerárquicas, dotó a éste de la colaboración subordinada de tres Secretarios, cuyas funciones, ya que nada se estableció al efecto, quedaron sometidas, cuanto a distribución, al arbitrio del Alcalde, de conformidad con el artículo 286 del Código Político y Municipal, según la naturaleza de los distintos asuntos y sin que la calidad de aquellos merme su responsabilidad, o dé a ellos, excepción hecha del Secretario de Hacienda, único que puede obrar por delegación del Alcalde, mayor preeminencia legal que al Secretario del Alcalde, de cualquiera otro municipio. El ser Bogotá capital de la República y el Municipio más importante, no basta para atribuir a dichos funcionarios el carácter que el demandante les asigna con referencia al artículo 22 del acto Legislativo número 3 de 1.910. Si así fuese, habría que incluir a todos los funcionarios del servicio público en el alcance de dicha disposición constitucional. Y no sobra añadir que los actos de los subalternos, como preparatorios de los deno-

minados administrativos que implican jurisdicción o autoridad, entran en la categoría de los materiales, o sea de aquellos no encaminados a producir por sí mismos ningún efecto jurídico.

....

Se ha sostenido, además, que la Ley 72 de 1926 quizo que la Alcaldía de Bogotá, fuese "como una Gobernación". Sobre esta afirmación funda toda su fuerza el fallo de primera instancia. Pero el artículo 215 de la Ley 85 de 1916 hizo mención de los Secretarios de Gobernación de Departamentos, porque, de un lado, las Asambleas pueden asignarles, y de ordinario les asignan, funciones similares a las que en plano superior corresponden a los Ministros del Despacho Ejecutivo y por delegación del Presidente, y porque, de otro, el Gobernador (Artículo 124 de la Ley cuarta de 1913) cuando se ausente, "dejará encargado para los asuntos urgentes a uno de sus secretarios", atribución de la cual no estan investidos los Alcaldes".....

Contra lo anteriormente transcrito podría argumentarse que también el Consejo en sentencia posterior de fecha 25 de septiembre de 1.953 anuló la elección que se había hecho para representante a la Cámara en un ciudadano que habia desempeñado el cargo de Subsecretario de Obras Públicas en la Gobernación de Bolívar, por haberlo considerado como funcionario con jurisdicción. Se explica que tal caso es diferente al de autos, ya que allí se trataba no de un funcionario municipal sino de un Sub-secretario de la Gobernación, encargado de la Secretaría de Obras Públicas; que el art. 108 de la Constitución Nacional se refiere de manera expresa a la imposibilidad de elección de tales funcionarios; que tal disposición no se refiere a los secretarios de Alcaldías Municipales; y que en el caso de Bolívar el funcionario cuya elección se demandó había desempeñado las funciones de Secretario y ejercido actos concretos de jurisdicción, hechos que no se contemplan en el caso de autos.

Para terminar, no puede tampoco la Sala dejar de observar que del hecho de que un Sub-secretario pueda en un momento determinado reemplazar al Secretario, no podría deducirse que se trata de un funcionario con jurisdicción, pues la que ejerciera en tal circunstancia, la ejercería como y en su carácter de Secretario, hecho para el cual sería necesario un nuevo acto que lo invistiera de las funciones naturales de éste.

En el caso en estudio, ni siquiera se ha insinuado que el señor Torres hubiera reemplazado al Secretario en ningun momento; pero de haberlo hecho, la transitoriedad de sus funciones no podría perjudicarlo en sus derechos de empleado escalafonado, y en todo caso, se tiene en cuenta que en el momento del despido el señor To-

rres no estaba encargado del cargo de Secretario sino en ejercicio de sus naturales funciones de Sub-secretario.

* * *

Se tiene, así, que no habiéndose hecho la investigacion previa requerida para excluir del Escalafón Administrativo al demandante; que su inscripción está vigente (Certificado, folio 141 vto.); que el cargo de Sub-Secretario de Obras Públicas es el mismo de Oficial Mayor (Sentencia del Consejo, folio 1); que se trajeron a los autos las disposiciones legales que consagran la inamovilidad relativa de los funcionarios del Municipio de Bogotá inscritos en ella, y, en fin, que se cumplieron todos los requisitos exigidos para acciones de este género, la Sala debe concluír revocando la sentencia apelada y en su lugar acceder a las peticiones de la demanda, y como lo tiene establecido el Consejo en innumerables fallos, ordenar también las deducciones que la jurisprudencia tiene establecidas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto de su Fiscal colaborador y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha cinco (5) de octubre de mil novecientos cincuenta y uno, y en su lugar FALLA:

1º.) Es nulo el artículo único del Decreto No. 424 de 1949, expedido por el señor Alcalde de Bogotá en la parte en que nombra al señor Alvaro Santos Salgado Sub-secretario de Obras Pùblicas en reemplazo del señor Arturo Torres, y declara insubsistente el nombramiento de éste.

2º.) Como consecuencia de la anterior nulidad, el señor Alcalde de Bogotá dictará, dentro del término del artículo 121 de la ley 167 de 1.941, las medidas conducentes para restablecer en sus derechos al señor Arturo Torres, restituyéndolo al cargo de Sub-Secretario de Obras Públicas Municipales de Bogotá, hoy Distrito Especial, o a otro de igual categoría, y ordenando que se le paguen los sueldos y primas dejados de devengar por él, desde el día en que fué separado del servicio hasta el día en que nuevamente sea restablecido en la forma dicha.

Parágrafo: De las sumas anteriores se descontarán todas aquellas cantidades que se comprobare que el señor Torres devengó durante todo el tiempo en que ha estado separado del servicio, por concepto de sueldos oficiales o particulares, y se le harán tambien las deducciones legales a que hubiere lugar por concepto de prestaciones sociales.

3º.) Para los efectos de las prestaciones sociales a que tiene derecho el señor Torres, se declara también que no ha existido so-

lución de continuidad en el tiempo de servicio prestado por él, al Municipio de Bogotá, hoy Distrito Especial.

4º.) Para el caso de que el señor Arturo Torres haya sido excluído del Escalafón Administrativo con posterioridad a la fecha del acto acusado, las declaraciones anteriores sólo tendrán efecto hasta el día de dicha exclusión.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Rafael Rueda Briceño, Manuel Buenahora, Daniel Anzola Escobar, José Enrique Arboleda V., Rafael Marriaga, Ildefonso Mendez, Antonio José Prieto.- Guillermo Novoa Rodriguez, Secretario.

ASUNTOS MUNICIPALES.

REQUISITOS, CONDICIONES Y CATEGORIAS DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA

(Consejero Ponente: Dr. Manuel Buenahora.)

Consejo de Estado—Sala de lo contencioso Administrativo—Bogotà, octubre siete de mil novecientos cincuenta y cinco.

Referencia: Nulidad del Decreto No. 409 de Julio 29 de 1952, de la Alcaldia Municipal de Bogotà.
Actor: Rafael A. Mariño Camargo.

El Dr. Jorge Mendoza Plazas, como apoderado del señor Rafael A. Mariño Camargo, con fecha veintisiete de noviembre de 1.952, demandó ante el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en acción de plena jurisdicción, la nulidad del artículo 3º. del Decreto 409 de 29 de julio de ese mismo año, expedido por el Alcalde de Bogotá y su secretario de Obras Públicas, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Rafael Mariño Camargo, como Revisor de Obras Particulares del Departamento de Control de Edificaciones Particulares y se designó en su reemplazo al señor Hernando Tribín P. Consecuencialmente solicitó el reintegro de su mandante al cargo mencionado o a otro de igual o superior categoría y el pago de los sueldos, primas y bonificaciones dejados de percibir durante el tiempo de su cesantía, con la declaración de que ésta no constituye solución de continuidad para efecto de las prestaciones sociales a que el actor tenga derecho.

Expuso como hechos de la demanda los que a continuación se sintetizan:

1º.) El 9 de noviembre de 1.941, el señor Rafael A. Mariño Camargo, se posesionó del cargo de chofer de la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Bogotá, para que fué nombrado por Decreto 207 de 1º. de octubre de ese mismo año, y que de tiempo atrás venía ya desempeñando.

2º.) En virtud de la Resolución No. 337 de 1.944, expedida por el Gobernador de Cundinamarca, el señor Mariño Camargo fué admitido en la carrera Administrativa del Municipio de Bogotá en sexta categoría, como chofer de la Secretaría de Obras Públicas.

3º.) Posteriormente el actor prestó sus servicios a la Administración municipal de Bogotá, en diferentes cargos, siendo el último el de Revisor de Obras Particulares del Departamento de Control de la Secretaría de Obras Públicas, para que fué designado mediante Decreto 271 de 12 de agosto de 1.948, y el cual pertenece a la cuarta categoria del escalafón municipal, según el artículo 30, ordinal g) del Decreto 444 de 1.942 de la Gobernación de Cundinamarca.

4º.) El Alcalde de Bogotá, mediante el Decreto Nº. 409 de 29 de julio de. 1952, artículo 3º. destituyó al señor Mariño Camargo del cargo relacionado en el hecho anterior, sin que mediara causa legal para ello y pretermitiendo el procedimiento administrativo establecido para la remoción de empleados inscritos en la carrera administrativa.

5º.) La destitución ameritada ha causado al señor Mariño Camargo graves perjuicios y "constituye una sanción pùblica que lo afecta moral y materialmente".

Como disposiciones quebrantadas por el acto administrativo acusado, el apoderado señala las siguientes: artículo 2º. de la ley 165 de 1.938 y los artículos 13, 28 y 33 del Decreto 366 de 5 de junio de 1.942 del Gobernador de Cundinamarca, expresando igualmente el concepto de la violación.

El Tribunal de instancia, mediante auto de fecha trece (13) de diciembre de 1.952, admitió la demanda y dispuso tener como parte al Municipio de Bogotá, representado por el Personero, el cual, en memorial presentado el 4 de febrero de 1.953, se dió por notificado en forma legal del auto mencionado, negó la procedencia de la acción y se opuso a que se hicieran las declaraciones y condenaciones solicitadas por el actor.

Tramitada legalmente la primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de fecha veintiuno (21) de agosto de 1.953, negó las peticiones de la demanda.

Contra dicha providencia el apoderado del demandante interpuso recurso de apelaciòn para ante el Consejo, y habiéndose tramitado tal recurso legalmente sin que se observe causal alguna de nulidad en el procedimiento, procede la Sala a desatarlo en el fondo, para lo cual se considera:

La razón principal que llevó al tribunal a negar las peticiones de la demanda consiste en que el actor no demostró su calidad de empleado público "acreditando las circunstancias de nombramiento, posesión y desempeño del cargo del que fué destituído".

Al efecto, sostiene el Tribunal que para que sea procedente la declaración de nulidad de un acto administrativo como el de autos, con el consecuente restablecimiento del derecho particular violado, es necesario establecer estos tres requisitos: a) Que el empleado público está inscrito en el escalafón de carrera administrativa; b) que dicha inscripción se halle vigente; y c) que el actor acredite

su calidad de empleado público, mediante la prueba de su nombramiento, posesión y desempeño del cargo de que se le ha destituído.

Como en el caso sub-judice se acreditaron solamente las dos primeras circunstancias más no la tercera, el Tribunal concluyó por negar las peticiones del demandante. Al respecto dijo:

> "La tercera circunstancia, es decir, la demostración de que el señor Rafael Mariño Camargo es empleado público, no está probada. En efecto, únicamente se acompañaron las copias auténticas que acreditan el hecho de que el señor Rafael Mariño Camargo fué nombrado por varias veces a ocupar cargos en el servicio público Municipal de Bogotá. Ello a juicio del Tribunal no acredita plenamente el que el señor demandante hubiera desempeñado los cargos para los cuales fué nombrado porque, a más de la falta de las respectivas actas de posesión y de los certificados que acrediten el desempeño del cargo, pueden envolver el solo hecho del nombramiento que no crea obligaciones de ninguna índole para con la dependencia que hizo el respectivo nombramiento.
>
> "Faltando pues la tercera circunstancia que hubiera podido dar lugar a acceder a las pretensiones del demandante, es obvio, que no puede ordenarse su restablecimiento ni tampoco obtenerse la nulidad del acto acusado, porque ellos no pueden decretarse independiéntemente dentro de la acción contenciosa de plena jurisdicción".

Durante la segunda instancia, en la etapa procesal correspondiente, el señor apoderado del demandante subsanó la irregularidad anotada por el Tribunal fallador, allegando al expediente las copias de las actas de posesión de los varios cargos que el señor Mariño Camargo desempeñó en la Administración Municipal de Bogotá, y es así como aparece establecido que el actor sirvió los puestos siguientes: Chofer de la Secretaría de Obras Públicas, en virtud del nombramiento contenido en el Decreto Nº. 207 del 1º. de octubre de 1.941 y del cual se posesionó el 9 de octubre de ese mismo año; REVISOR DE OBRAS PARTICULARES DE CONTROL, mediante nombramiento efectuado por Decreto 271 de 12 de agosto de 1.948, del cual tomó posesión el día 24 de ese mismo mes; Revisor del Departamento de Construcciones, según nombramiento estampado en el Decreto 161 de 25 de marzo de 1.947, y del cual se posesionó el primero de abril siguiente; Revisor de Parques y Avenidas, conforme a nombramiento realizado por Decreto 177 de 15 de mayo de 1.948, con posesión el 1º -primero- de junio siguiente. (Fls. 74 y 75, cuaderno principal).

Asimismo a los folios 77, 78 y 79 del cuaderno principal corre una certificación suscrita por el señor Contralor Municipal de Bogotá, allegada a los autos también en la etapa probatoria, en

que consta que el señor Rafael Mariño Camargo sirvió al Municipio de Bogotá en diferentes empleos a partir del 1º. de julio de 1.936 hasta el 31 de julio de 1.952, con la especificación de los sueldos mensuales devengados en cada uno de dichos cargos, el último de los cuales fué el de revisor de obras con una asignación de $300.oo mensuales.

Consta igualmente en los autos, folio 110 del cuaderno principal que, de conformidad con el ordinal g) del artículo 30, Capitulo V del Decreto 444 de julio 7 de 1.942, expedido por el Gobernador de Cundinamarca, por el cual se estableció el escalafón de empleos del Municipio de Bogotá, el cargo de Revisor de Obras Particulares, que el actor venía desempeñando cuando su nombramiento fué declarado insubsistente en virtud del decreto demandado, pertenece a la cuarta categoría del mencionado escalafón.

De autos tambien aparece probado que el señor Mariño Camargo fué admitido a la carrera administrativa del Municipio de Bogotá, en sexta categoría, como Chofer de la Secretaría de Obras Públicas, y que este cargo pertenece al escalafón de empleos de dicho municipio de conformidad con el ordinal e) del artículo 32, capítulo V, del decreto 444 antes relacionado; que la inscripción del actor en el escalafón administrativo del Municipio de Bogotá se efectuó por medio de la Resolución No. 337 del 29 de noviembre de 1.944, expedida por el señor Gobernador de Cundinamarca, y que dicha inscripción se hallaba vigente para el día 29 de julio de 1.952, según se concluye de las certificaciones del Consejo de Administración y Disciplina de Cundinamarca, suscritas por el Secretario, visibles a folios 143 vto. del cuaderno principal y 3 vto. del cuaderno de pruebas, respectivamente.

El mismo Secretario del Consejo Departamental de Administración y Disciplina de Cundinamarca informa igualmente que en dicha entidad no se encuentra comunicación alguna referente al nombramiento del señor Mariño Camargo, como Revisor de Obras Públicas (sic) de la Secretaría de OO. PP. del Municipio de Bogotá (flio. 143 vto. del cuaderno principal).

A la vez aparece ameritado en los autos, folio 5 del cuaderno de pruebas, al tenor del oficio suscrito por el Ingeniero Sub-secretario de Obras Públicas del Municipio de Bogotá, que para la expedición del Decreto 409 de 1.952, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Mariño Camargo como Revisor de Obras Particulares del Departamento de Control y se le nombró reemplazo, no se observó procedimiento alguno. Este oficio fué diligenciado por la Alcaldía de Bogotá, en cumplimiento del auto de fecha veintisiete de febrero de 1.953, que decretó la práctica de las pruebas solicitadas en la primera instancia, una de las cuales la hizo consistir precisamente el señor apoderado del demandante en que se pidiera del Alcalde de Bogotá, una certificación referente a si para la expedición del Decreto 409 acusado se había observado o nó el procedimiento establecido por el artículo

28 del Decreto 366 de junio de 1.942, dictado por el Gobernador de Cundinamarca. Finalmente se trajeron a los autos copias de la Ordenanza No. 2 de 1.940 de la Asamblea de Cundinamarca por medio de la cual se creó el Consejo de Administración y Disciplina del Departamento, y de los Decretos números 366 de 1.942 y 444 del mismo año, dictados por el Gobernador de Cundinamarca, por medio de los cuales se reglamenta la carrera administrativa en el Departamento y se establece el escalafón de empleos del Municipio de Bogotá, hoy Distrito Especial, respectivamente.

Visto lo anterior procede entrar en el estudio de fondo del problema debatido.

Según la reiterada jurisprudencia del Consejo, la inamovilidad relativa consagrada en favor de los empleados de carrera, ya sean éstos del orden nacional, departamental o municipal, los ampara únicamente en el ejercicio del cargo en que figuren inscritos, siempre y cuando se les haya nombrado en propiedad y que dicho cargo, a su vez, forme parte del respectivo escalafón de empleos.

Ha sostenido igualmente esta corporación que cuando se ejercita la acción de plena jurisdicción contra un acto administrativo que conlleva la remoción de esta clase de empleados, para que ella esté llamada a prosperar se requiere, además de los extremos anteriormente relacionados, establecer y probar durante el juicio que la inscripción se halla o hallaba vigente en el momento en que la remoción se produjo, y que, de otro lado, se pretermitió el procedimiento administrativo de rigor o se actuó con abuso o desviación de poder.

Puede acontecer que la remoción se cause por supresión del cargo, y en este evento, si dicho cargo se crea posteriormente con diferente denominación. pero conservando en esencia las mismas funciones del suprimido, debe el interesado acreditar procesalmente este extremo; o puede simplemente suceder que la remoción se produzca por la sola declaración de insubsistencia con el consecuente nombramiento de reemplazo. En uno u otro evento se requiere además, en mira al posible restablecimiento del derecho, demandar tambien el nombramiento del reemplazo y demostrar que éste no goza del status de escalafonado en la categoría correspondiente al cargo para que se le ha designado, o que sencillamente no se halla inscrito en ninguna de las categorías del respectivo escalafón.

Pero el estatuto sobre carrera administrativa consagra en favor de los inscritos en ella no solamente el derecho a la inamovilidad relativa sino tambien el del ascenso. De ahí precisamente el que tanto los servidores escalafonados como los cargos por ellos servidos, se hayan clasificado por CATEGORIAS, y que para cada una de estas se exija un mínimun de requisitos o de condiciones, previamente establecidas en forma legal.

Esta clasificación en categorías, tanto de empleados como de empleos, obedece sin duda alguna a dos razones, a saber: de un

lado conseguir mayor eficiencia y técnica en la prestación de los diferentes servicios públicos, y de otro hacer operante en la práctica el derecho al ascenso del empleado escalafonado.

Este derecho resultaría ineficaz si no existiera en la práctica la manera de hacerlo viable, que no es otra que la existencia de las diferentes categorías por cada una de las cuales puede ir pasando el interesado, cuando reune las condiciones legales del caso y mediante el trámite establecido.

Si en la carrera administrativa no existieran las categorías, se nivelaría a los servidores públicos escalafonados por una misma medida, lo que resultaría inequitativo, máxime teniendo en cuenta que la complejidad actual de los servicios públicos exige diferentes calidades y aptitudes en quienes los desempeñan.

Si, pues, tanto los empleados, escalafonados, como los cargos que sirven se encuentran clasificados por categorías, se concluye lógicamente que la inamovilidad relativa -que es uno de sus derechos esenciales- ha de entenderse e interpretarse en función de este otro derecho suyo esencialísimo: el del ascenso. O sea que al servidor escalafonado no lo protege la inamovilidad relativa en cualquier cargo que desempeñe, aun cuando el mismo haga parte del escalafón de empleos, sino únicamente en el ejercicio del cargo correspondiente a la misma categoría en que el interesado fué inscrito al ingresar a la carrera administrativa, o en aquel en que haya podido serlo mediante ascenso hecho en forma legal.

De no ser así no tendría causa ni razón la clasificación de empleados y de cargos por categorías; no se justificaría el que para cada una de ellas se exigieran especiales requisitos; ni tampoco tendría fundamento el derecho al ascenso de los empleados escalafonados.

En efecto: si el empleado escalafonado en determinada categoría fuera inamovible de un cargo perteneciente a categoría superior de aquella en que él se halla inscrito, se llegaría al absurdo de que por ese camino se podría desconocer y hacer nugatorio el derecho de ascenso que asiste a los demás. Pero como uno y otro derecho han sido consagrados en favor del mismo beneficiario y por la misma norma, han de actualizarse y ejercitarse de manera armónica sin que la protección del uno signifique el menoscabo del otro.

Con un ejemplo se aclara mejor la idea anterior: "A" fué admitido en el escalafón administrativo del Municipio de Bogotá, hoy Distrito Especial, en sexta categoría, como escribiente, puesto para el cual solamente se exige haber cursado toda la enseñanza primaria y tres años de enseñanza secundaria. Posteriormente se le promueve a un puesto de 3a. categoría, Secretario Técnico de Asistencia Social -por ejemplo-, cuyos requisitos esenciales son los de haber cursado toda la enseñanza secundaria. "A" acepta, se posesiona y desempeña satisfactoriamente sus funciones. Si a "A" se le remueve luego de este último cargo, no podría alegar su ina-

movilidad relativa, puesto que su inscripciòn lo protege únicamente en el cargo de Escribiente, sexta categoría, y porque ello implicaría el desconocimiento del derecho al ascenso que asiste a los demás empleados inscritos en las categorías intermedias.

Cabe preguntar: significa lo anterior que se esté desconociendo el derecho al ascenso que le asiste al empleado escalafonado para pasar de un puesto de inferior categoría a otro de superior? Absolutamente. Sencillamente se está reiterando la tesis de que en esta materia los ascensos no son automáticos. En otras palabras, que no basta el que a una persona vinculada al servicio público e inscrita en el escalafón se le promueva a un puesto de superior categoría a la en que figura inscrito para que se entienda ascendido a esta última, sino que es requisito indispensable que compruebe haber llenado las nuevas condiciones y que a virtud de éstas, se surta la correspondiente anotacion de ascenso en el escalafón, a fin de que con base en ella pueda alegar la inamovilidad en el nuevo cargo, el que se entiende debe hacer parte del escalafón de empleos.

Para el caso de empleados de carrera administrativa del Municipio de Bogota, la tesis expuesta se fundamenta en el decreto departamental 366 de 1.942, cuyo artículo 11 estatuye que es obligación de los jefes superiores de la Administración comunicar al Consejo de Disciplina todas las novedades "para hacer las anotaciones que ocurran en dicho personal".

Conforme a la misma disposición, las "altas y las bajas" de que allí se trata no se refiere solamente a la inclusión y exclusión del escalafón, sino a los "ascensos" y "descensos" en el mismo.- Es así como se concluye de modo evidente, que para que exista ascensos de categoría, se requiere que el Consejo de Administración y Disciplina de Cundinamarca haga la anotación correspondiente en el respectivo escalafón.

Esto dicho, para el caso sub-judice se tiene:

Por medio del Decreto No. 409 de 29 de julio de 1.952, artículo 3o. expedido por el señor Alcalde de Bogotá, hoy Distrito Especial, se removió al señor Rafael Mariño Camargo, por declaración de insubsistencia, del cargo de Revisor de Obras Particulares del Departamento de Control de Edificaciones particulares, y se designò en su reemplazo al señor Hernando Tribín P.

El señor Mariño Camargo, fué admitido en la carrera administrativa del Municipio de Bogotá, hoy Distrito Especial, en sexta categoría, como Chofer de la Secretaría de Obras Pùblicas, mediante la Resolución No. 337 de 1.944, expedida por el Gobernador de de Cundinamarca, y su inscripción se halla vigente.

El cargo de que fué removido el demandante pertenece al escalafón de empleos del Muninicipio de Bogotá, CUARTA CATEGORIA, según el ordinal g) del artículo 30 del Decreto No. 444 de 7 de julio de 1.942, expedido por el Gobernador de Cundina-

marca, y el cargo de Chofer de Obras Públicas, en que el actor figura escalafonado, pertenece a la SEXTA CATEGORIA, según el ordinal e) del artículo 32 ibidem

Como lo certifica el Consejo Departamental de Administración y Disciplina de Cundinamarca ".....no aparece constancia alguna en los registros de esta oficina de que en 29 de julio de 1.952 le hubiera sido cancelada su inscripción en la Carrera Administrativa (se refiere al caso de Mariño Camargo) *ni se encuentra comunicación sobre su nombramiento como Revisor de Obras Públicas* (sic) *de la Secretaria de Obras Públicas del Municipio de Bogotá*". (Subraya la Sala).

De lo anterior se concluye que si bien es cierto que al actor se le nombró en diversos puestos en la administración municipal, de tales nombramientos no se dió conocimiento al Consejo Departamental de Administración y Disciplina ni este verificó nueva inscripción, y por lo tanto, que ellos no conllevan para el interesado ningún ascenso de categoría ya que, como se dejó dicho, estos no operan automáticamente.

Si tales ascensos se hubieran efectuado, es lógico que así lo habría certificado el Consejo. Sin embargo ello no fué así ya que la mencionada entidad, al diligenciar el auto para mejor proveer, dictado el veintiuno de marzo del año en curso, además de rendir la certificación que se dejó antes transcrita, informa; "Que el señor Rafael A. Mariño Camargo fué admitido en la Carrera Administrativa del servicio público municipal de Bogotá, e inscrito en el respectivo escalafón de empleados bajo el número 120, conforme a la Resolución No. 337 del 29 de noviembre de 1.944 procedente de la Gobernación de Cundinamarca, que en lo pertinente dice:

> "RAFAEL A. MARIÑO CAMARGO - Chofer Secretaría Obras Públicas- Sexta Categoría- Capítulo V- Artículo 32- Ordinal e) del Decreto No. 444 de 1.942 sobre Escalafón de Empleos del Municipio de Bogotá;".

Perteneciendo, pues, el señor Mariño Camargo a una categoría inferior a la del puesto de que fué removido, al tenor de todo lo expuesto, se concluye que no le ampara la inamovilidad respecto al mencionado cargo. Por la misma razón el Decreto demandado resulta legal, debiendo en consecuencia confirmarse la sentencia apelada, por las razones que en esta providencia se aducen y no por las del Tribunal a-quo.-

Para que las peticiones de la demanda hubieran prosperado el actor ha debido acreditar que pertenecía a la cuarta categoría del escalafón administrativo del Municipio de Bogotá, hoy Distrito Especial, de conformidad con el artículo 30, capítulo V, del Decreto 444 de 1.942, atrás relacionado, y que además su reemplazo el señor Hernando Tribín no estaba escalafonado o pertenecía a una categoría inferior a la cuarta.

En atención a que de acuerdo con las constancias procesales la inscripción del demandante señor Mariño Camargo no ha sido cancelada, se deja a salvo su derecho para gestionar de la Administración municipal de Bogotá, hoy Distrito Especial, lo llame a trabajar a su servicio, cuando se presente una vacante corespondiente a la categoría en que figure inscrito, o se le de un cargo de iguales condiciones desempeñado por un empleado no escalafonado.

Por todo lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto de su Fiscal colaborador y en desacuerdo con èl, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA LA SENTENCIA APELADA, proferida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fecha veintiuno de agosto de mil novecientos cincuenta y tres.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José Enrique Arboleda V., Daniel Anzola Escobar, Manuel Buenahora, Rafael Marriaga, Ildefonso Méndez, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

ASUNTOS MUNICIPALES

ES ESENCIAL TRAER A LOS AUTOS COPIA HABIL CAPAZ DE HACER PLENA PRUEBA

(Consejero Ponente, Doctor Manuel Buenahora)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotà, junio diez y seis de mil novecientos cincuenta y cinco.

Referencia: Nulidad de los Decretos Nùmeros 78 de 29 de diciembre de 1.950, expedido por el Alcalde del Líbano, y el 119 de 22 de enero de 1.951, expedido por la Gobernaciòn del Departamento del Tolima, aprobatorio del anterior.
Actor: Raúl Rubio Villegas.

Raúl Rubio Villegas se hallaba desempeñando el cargo de Tesorero Municipal del Líbano cuando el 29 de diciembre de 1.949 el Alcalde del Municipio expidió el Decreto No. 78 de ésa fecha por medio del cual declara la vacante del cargo a partir de la media noche del 31 de diciembre siguiente.

Por el mismo decreto del señor Alcalde del Líbano designó para reemplazar interinamente a Rubio Villegas, al señor Eduardo Rojas Vélez, y solicita del Gobernador la terna que para proveer tal cargo exigía el entonces vigente Decreto legislativo 3944 de 1.949 (diciembre 14).

El anterior Decreto fue consultado con el señor Gobernador quien lo aprobó por medio del número 119 de enero 22 de 1.951 en el cual, despues de impartir aprobación al expedido por el Alcalde, elaboró tambien la terna de la cual debiera escogerse la persona que reemplazara al señor Rubio.

El nuevo Tesorero tomó posesión de su cargo el día 25 de enero de 1.951.

Por considerarlas ilegales, el señor Rubio Villegas demandó ante el Tribunal Administrativo de Ibagué la nulidad de los referidos Decretos y como consecuencia de ello el restablecimiento del derecho que estima violado.

El Tribunal Administrativo desató el negocio en sentencia de fecha 17 de abril de 1.952, en sentido favorable a las pretensiones

del demandante. Salvó su voto el magistrado Dr. Manuel M. González.

Apelada la sentencia por el señor apoderado del Departamento del Tolima, ha venido a ésta Corporación en donde se le ha dado el trámite de rigor.

Habiéndose citado a las partes para sentencia, la Sala procede a dictarla previas las consideraciones siguientes:

Además de la nulidad del Decreto expedido por el Alcalde Municipal, demanda también el actor la nulidad del No.119 expedido por el Gobernador del Departamento del Tolima que fue el que en última instancia vino a darle firmeza y solidez jurídica al primero.

E hizo bien el actor porque tratándose, como en el caso presente, de un acto complejo, la demanda para el restablecimiento del derecho debe encaminarse a obtener la nulidad de toda la actuación administrativa generadora del agravio.

Se observa, sin embargo, que la copia del Decreto No. 119 de 1.951, expedido por el Gobernador del Departamento, no se ha traído a los autos en la forma que determina la ley. En efecto: De conformidad con el art. 86 del C. C. A. a la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, y si bien en el inciso primero del referido artículo no se dice que tales copias deban ser auténticas, del contexto de las demàs disposiciones de ése artículo, así como fambiĕn de elementales y conocidos principios probatorios se deduce que tales copias no pueden ser otras que las hábiles y auténticas, capaces de hacer plena prueba acerca de su existencia y contenido.

Por eso ha dicho el Consejo:

> «La exigencia de acompañar a la demanda el acto acusado es un requisito fundamental para la prosperidad de la acción, porque su inexistencia en forma legal en el proceso impide al fallador entrar en el fondo del asunto. Esto equivale a dejar simple y sencillamente establecido que en el procedimiento ante ésta jurisdicción es ineficaz la demanda cuando no se ha traído a los autos la *copia hábil* (se subraya) que la Ley exige. No se trata de una mera formalidad procedimental, subsanable a la hora de nona, sino de algo esencial y propio, cuya falta u omisión trae como consecuencia irremediable la desestimación de la acción».

Ahora bien: documento público o auténtico, al tenor del art. 1758 del C.C., es el autorizado con las formalidades legales por el competente funcionario. El fundamento de èsta disposición es bien sencillo pues dàndoles, como en efecto les da nuestra legislación a los instrumentos públicos carácter de plena prueba, presumién-

dose que tales actos conllevan una certeza legal obligatoria para lar partes y no pudiendo el juzgador desestimarlos, es natural que su expedición haya sido sometida a requisitos esenciales sin el cumplimiento de los cuales no puede afirmarse que el documento sea público o auténtico.

Por eso tambien el Código Judicial, dice así en su art. 632:

> «Hacen tambien plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos: los demás instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, *en lo referente al ejercicio de sus funciones* (subraya la Sala); las copias de tales documentos expedidas formalmente y autorizadas por los Secretarios o empleados encargados de los archivos . . . . . .etc.».

Sobre el alcance y forma de interpretar las anteriores disposiciones ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

> «Para que de un instrumento pueda decirse que es público, siguiendo el texto del art. 1758 del C.C. deben reunirse cuatro condiciones esenciales: que estè autorizado por un funcionario público, que a éste otorgue la Ley facultad suficiente para abonar ese instrumento, que éste se haya producido dentro del sector territorial en que pueda ejercer sus funciones y que en la formación del instrumento se hayan observado las previsiones legales al respecto. El art. 1758 llama auténticos a los instrumentos públicos porque a los ojos de la Ley ofrecen el máximo de garantías probatorias. La doctrina que informa esa calificación la hace depender de una doble prerrogativa que asiste al instrumento de ésa clase: a) la consistente en que la firma del funcionario que la autoriza, por el carácter público de éste no necesita verificación, y b) la de que dicha firma apareja una prueba absoluta de lo afirmado por el funcionario como acaecido en su presencia» (Casación del 10 de Julio de 1.948, LXIV, 495).

Y en sentencia de 30 de septiembre de 1.919, Tomo XXVII, pag. 307 había dicho:

> «Las copias de los documentos auténticos para que puedan estimarse como prueba en juicio, deben ser expedidas bajo la responsabilidad de los funcionarios encargados de la custodia de los originales de documentos públicos que se presentan para que obren en juicio. Estas copias solo son admisibles cuando el Juez ha negado el desglose».

Cabe ahora estudiar si las copias presentadas en el presente juicio, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 86 del C. C. A. pueden reputarse como copias hábiles.

Junto con la demanda, y según aparece al folio 9 vto., fue presentada una copia del Decreto 119 de 1.951, expedido por el Gobernador del Departamento del Tolima, y que como atrás se vió, es tambien objeto de la presente demanda.

Sin embargo se observa que la referida copia no fue tomada de su original que reposa en la Gobernación sino que fue expedida por el Secretario de la Alcaldía Municipal del Líbano, y a la luz de los principios anteriormente expuestos dicha copia no puede reputarse como hábil y, por consiguiente, apta para satisfacer el requisito ordenado por el art. 86 del C.C.A., por no reunir las cuatro condiciones esenciales que para tenerla como tal exige el art. 1758 del C.C, según la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el particular. Ya se vió como entre ésas cuatro condiciones están la de que el funcionario que expida la copia tenga facultad suficiente para abonar el instrumento, y la de que éste se haya producido dentro del sector territorial en que el funcionario que expida la copia pueda ejercer sus funciones. Y no hay necesidad de decir que el Secretario de la Alcaldía Municipal del Líbano carece de la facultad suficiente para expedir copias de los documentos producidos por la Gobernación del Tolima y que sus funciones no pueden sobrepasar el ámbito del Municipio.

No sobra tampoco advertir que el art. 632 del C.J. solamente otorga autenticidad a aquellos documentos que expidan los funcionarios "en lo referente al ejercicio de sus funciones", de donde claramente se deduce que se niega autenticidad a los que se expidan con relación a funciones que no son propias del funcionario que lo hace.

El distinguido expositor Julio González Velàsquez, en su conocido Manual Práctico de la Prueba Civil, págs. 185 y ss. comenta así el referido artículo 632:

> «Reconoce el artículo una fuente de conocimiento judicial de la verdad que tiene su fuerza en la investidura oficial de las personas, en la autoridad que representan y que hace dignos de crédito los documentos que extienda, porque precisamente lo hacen en ejercicio de la potestad pública. Desde luego esos instrumentos han de ser relativos a las funciones que los respectivos funcionarios desempeñen regularmente, a los actos que en cumplimiento de sus deberes realizan o que ante ellos se cumplan, por lo que resulta que si al extender los documentos de que se hace mención extralimitan sus atribuciones, no obran dentro de ellas, es impropio calificarlos como prueba completa, en sí mismos y en cuanto a los hechos que afirmen o que desconozcan. Dedúcese entonces que con relación a

tales documentos importa ante todo ver si existe facultad en las personas para expedirlos, puesto que si falta es imposible atribuírles, en sí, completo valor probatorio».

Y a continuación agrega:

«No presenta razón de ser un criterio distinto sobre el asunto, pues fuera del desempeño de su cargo no tienen porqué expedir instrumentos los funcionarios públicos. La autoridad de que están investidos no presta apoyo a actuaciones extrañas a su actuación normal, como tampoco respaldo el acto que ejecute la persona que haya cesado en sus funciones o a quien le hayan sido suspendidas».

Si lo anterior es cierto como principio universal de derecho aplicable a la justicia ordinaria, con mayor razón lo es en la jurisdicción contencioso-administrativa, en la cual al demandante, si bien le exige presentar con la demanda la copia hábil del acto que se acusa, se le confiere tambien la especialísima garantía de que basta su simple afirmación de que no le ha sido posible obtener dicha copia para que ésta se solicite de modo oficioso por el tribunal de instancia (inc. 3o. del art. 86 C.A.).

Lo anterior es suficiente para concluír que en el curso de autos se configura la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda que habrá de declararse.

Pero no sobra advertir que en el presente caso la Sala, ante la posibilidad de que el original del Decreto demandado hubiera sido remitido a la Alcaldía que expidió la copia, en auto para mejor proveer de fecha 17 de Marzo del presente año se dirigió a la Gobernación del Tolima para que por éste Despacho se certificara sobre el particular.

Como resultado de dicha solicitud, la Gobernación informó (véase folio 101) que el original del Decreto en mención reposa en su Despacho, con lo cual se demuestra que el interesado bien pudo obtener la copia necesaria solicitándola de la autoridad competente para expedirla.

En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto de su fiscal colaborador y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentenciá apelada, y en su lugar declara probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

Revalídese el papel común usado en toda la actuación.

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

Rafael Rueda Briceño, Manuel Buenahora, Daniel Anzola Escobar, José Enrique Arboleda V., Rafael Marriaga, Ildefonso Mèndez, Antonio José Prieto, Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

ASUNTOS MUNICIPALES

SUSPENSION DE ACUERDOS CREADORES DE JUNTAS DIRECTIVAS DE EMPRESAS MUNICIPALES. AL ALCALDE COMO JEFE DE LA ADMINISTRACION MUNICIPAL CORRESPONDE NOMBRAR LOS EMPLEADOS MUNICIPALES CUYA DESIGNACION NO ESTE ESPECIALMENTE ATRIBUIDA POR LA LEY O LA CONSTITUCION A OTRA AUTORIDAD.

(Consejero Ponente Dr. Rafael Marriaga.)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotà, Julio veintiuno de mil novecientos cincuenta y cinco.

Ante el Tribunal Administrativo del Departamento de Boyacá, el Dr. Jorge Moreno Ferro, demandó la declaración de nulidad del Decreto No. 30 del 2 de agosto de 1.950, expedido por el señor Alcalde Militar de Sogamoso. También solicitó la suspensión provisional del acto acusado.

Como hechos inductivos del derecho, el libelo señala los siguientes:

«1o.) El Consejo Municipal de Sogamoso por medio del acuerdo No. 25 de agosto 2 de 1.948, creó un establecimiento público municipal para la administración de sus empresas de servicio pùblico denominado "Junta Directiva de Empresas Municipales", reglamentado allí mismo, y posteriormente por el acuerdo No. 38 de abril 28 de 1.949, su organización, funcionamiento y personal;

2o.) Encontrándose en normal funcionamiento el citado organismo de Empresas Municipales, el señor Alcalde Militar de Sogamoso expidió el Decreto No. 30, de fecha agosto 2 del presente año, por medio del cual, y según allí se expresa "en uso de las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 3o. del Decreto Ejecutivo No. 3590 de fecha 14 de Noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve. ....."suspendió la Junta Directiva de las Empresas Municipales y dictó normas sobre el funcionamiento y personal de las mismas.

3o.) En virtud del anterior Decreto, materia de la presente demanda, el organismo creado por el Acuerdo No.

30, de agosto 2 de 1.948, no siguió funcionando, con grave detrimento en la prestación de los servicios públicos municipales».

Como disposiciones violadas por el acto acusado, el libelo señala: el Acuerdo No. 25 de 2 de agosto de 1.948, del Consejo Municipal de Sogamoso; los Arts. 164 y 180 del C. de R. P. y M., y el Art. 3o. del Decreto 3590 de 1.949.

El actor en su demanda expone el concepto de la violación.

El Tribunal admitió la demanda y luego, resolvió negativamente la suspensión provisional pedida. La providencia respectiva fué apelada y el Consejo de Estado la confirmó.

El juicio siguió su tramitación legal y agotada ésta, el Tribunal le puso fin a la instancia mediante la sentencia de 12 de noviembre de 1.951, por la cual, con salvamento de voto del Magistrado Dr. Joaquín Cárdenas Acosta, negó las súplicas de la demanda. Contra dicha sentencia el actor interpuso apelación, y otorgado el recurso vino el Expediente al Consejo de Estado. Surtida aquí la tramitación peculiar del recurso, y ejecutoriado como se halla el auto de citación para sentencia, sin que se observe vicio procedimental capaz de invalidar la actuación, se procede a resolver.

El texto del acto acusado es el siguiente:

«DECRETO No. 30 -(Agosto 2 de 1.950).- Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre funcionamiento de las Empresas Municipales, y se suspende la Junta Directiva de las mismas.- El Alcalde Militar del Circuito de Sogamoso, en uso de las facultades extraordinarias que le confiere el Artículo 30 del Decreto Ejecutivo No. 3590 de fecha 14 de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, y CONSIDERANDO: .... Que por medio del Acuerdo No. 25 de fecha 2 de agosto de 1948 el Consejo Municipal de esta ciudad creó un "establecimiento público llamado Junta de Empresas Municipales"; .... Que el funcionamiento de tal entidad o establecimiento resulta oneroso y aún inconveniente para el municipio, por cuanto su sostenimiento succiona en gran parte las rentas del municipio con notorio perjuicio para la Administración;..... .... Que a juicio de la Alcaldía del Circuito las denominadas Empresas Municipales reincorporadas a la Administración ordinaria pueden dar mayores rendimientos de los que produce como Entidad autónoma, y .... Que es necesario ejercer estricta vigilancia sobre las autoridades que a cada uno le corresponde .... DECRETA:

"ARTICULO PRIMERO. A partir de la vigencia de este decreto, las dependencias Municipales denominadas Acue-

ducto, Energía Elèctrica y Mataderos, junto con todos sus equipos, edificaciones, dotaciones, créditos activos y pasivos y materiales en general, se reincorporarán a la Administraciòn del Municipio de Sogamoso y el recaudo del producido de tales dependencias se hará directamente por la Tesorería Municipal;

ARTICULO SEGUNDO.- Durante la vigencia de este Decreto queda suspendida la denominada Junta Directiva de las Empresas Municipales;

ARTICULO TERCERO.- Para el normal funcionamiento de las dependencias del Acueducto, Energía Elèctrica, Mataderos Municipales, los cargos o empleos que actualmente funcionan continuarán vigentes, pero las personas que los desempeñan serán de libre nombramiento y remoción del Ejecutivo Municipal, estarán bajo su inmediata vigilancia y serán responsables en el ejercicio de sus funciones ante el mismo Ejecutivo Municipal;

ARTICULO CUARTO.- El cargo que anteriormente se denominò gerencia de Empresas Municipales, a partir de la vigencia de este Decreto se llamará Administración; la persona que lo ocupe será de libre nombramiento y remoción del Ejecutivo Municipal y devengará una asignación mensual de cuatrocientos pesos ($400.oo);

ARTICULO QUINTO.- Por medio de decretos posteriores se fijarán las asignaciones definitivas del personal subalterno del Acueducto, Energía Electrica y Mataderos Municipales; entre tanto seguirán devengando los sueldos que actualmente perciben;

ARTICULO SEXTO.- Los empleados en el ramo de Obras Públicas Municipales serán de libre nombramiento y remoción del Ejecutivo Municipal;

ARTICULO SEPTIMO.- La Alcaldía del Circuito, por medio de Decretos posteriores, podrá suprimir o refundir aquellos cargos que no sean indispensables para la buena marcha y funcionamiento de la Administraciòn Municipal;

ARTICULO OCTAVO.- Se concede un plazo hasta de treinta días a partir de la vigencia de este Decreto para que la entidad que se denominó anteriormente Empresas Municipales por medio de su gerente, rinda un balance completo y total y que abarque desde el día que inició sus labores, hasta la fecha de su presentaciòn ante el Ejecutivo Municipal;

ARTICULO NOVENO.- Quedan suspendidas todas las disposiciones contenidas en acuerdos municipales que sean contrarias al presente Decreto;

ARTICULO DECIMO.- Este Decreto rige desde la fe-

cha de su expedición previa aprobación del señor Gobernador del Departamento. Publíquese, ejecútese y cúmplase. Dada en el Palacio Municipal de Sogamoso, a los dos días del mes de agosto de mil novecientos cincuenta. El Alcalde Militar, (fdo) Capitán Camilo Correa R. El Secretario, (fdo) Temístocles Baracaldo P.- APROBADO: (fdo) Eduardo Rodríguez Castillo - Gobernador».

Considera el actor que el decreto demandado viola el Acuerdo No. 25 del 2 de agosto de 1.948 del Concejo Municipal de Sogamoso, los Arts. 164 y 180 del Código de Régimen Político y Municipal y el Art. 3º. del Decreto extraordinario No. 3590 de 1.949, por cuanto que según esta última disposición los Alcaldes están facultados para suspender los acuerdos municipales que consideren perjudiciales para la Administración y en su lugar poner en vigencia Acuerdos anteriores sobre la materia que hayan sido derogados, pero no para sustituírlos por disposiciones que a su juicio estimen convenientes. Asimismo, por cuanto que el Acuerdo No. 25 de 1.948, citado, no ha sido derogado por otro acuerdo, ni suspendido ni anulado por la autoridad competente, y por tanto conserva su obligatoriedad que le ha sido desconocida por el Decreto acusado.

Por su parte, el Tribunal a quo, por conducto de la mayoría, estima que no existe la violación infligida por el acto demandado a las disposiciones que se señalan por el actor como quebrantadas, pues aunque el Decreto acusado al suspender el Acuerdo No. 25 no dice que en su lugar han de ponerse en vigencia ciertos Acuerdos que hubieran sido derogados por el suspendido, por no existir tales estatutos, en definitiva, no hace otra cosa que volver al régimen ordinario administrativo que prescribe el Código de Régimen Político y Municipal. Igualmente, que hallándose la Nación en estado de sitio por razón del Decreto 3518 de 9 de noviembre de 1.949, prácticamente se hallan suspendidos los Arts. 164 y 180 del Código de Régimen Político y Municipal. Y finalmente, que el cargo de violación del Acuerdo No. 25 por el Decreto acusado no es aceptable, porque habría que decir que el Decreto extraordinario 3590 que es el que faculta a los Alcaldes para suspender Acuerdos Municipales, sería violador del Acuerdo No 25; y tal decreto no ha sido invalidado por autoridad competente.

El señor Fiscal del Consejo en su vista de fondo, acepta las razones que movieron a la mayoria del Tribunal A QUO para negar las declaraciones intentadas en la demanda, y solicita se confirme la sentencia recurrida.

La Sala considera que la cuestión planteada en este juicio, cuestión que es de puro derecho, fué bien enfocada y definida por el Tribunal, tanto en la providencia mediante la cual resolvió sobre la petición de suspensión provisional, como en el fallo final que ahora es objeto de estudio por virtud del recurso de apelación.

A su vez, el Consejo de Estado encuentra que no habiendo

sufrido el problema planteado en la demanda ningún cambio en el curso del proceso, y habiéndose expuesto en el auto por el cual se decidió el recurso de apelación interpuesto contra la providencia que negó la suspensión provisional, razones de fondo que mantienen todo su vigor por no haber sido desvirtuadas en ningún modo, es pertinente reproducirlas aquí como motivación de esta sentencia. Allí se dijo:

«..... ....

Ahora bien: en el caso de autos, el argumento más serio contra el acto demandado como violador de normas positivas, es el que se hace consistir en que al suspenderse el Acuerdo No. 25 de 1.948 que crea el servicio denominado "Junta Directiva de Empresas Municipales", no se puso en vigencia un Acuerdo o Acuerdos anteriores sobre la materia que hubieran sido derogados. Por eso se estima infringido manifiestamente el Art. 3o. del Decreto extraordinario 3590 de 1.949. Esta disposición se expresa así: "Mientras dure el estado de sitio, y con el fin de mantener el orden público y regularizar la Administración Municipal, además de las facultades que les corresponden a los Alcaldes como Jefes de la Administración seccional, de acuerdo con la Constitución y las leyes, tendrán las de dictar, previa aprobación del respectivo Gobernador, los decretos necesarios para suspender los acuerdos que consideren perjudiciales para la buena marcha del Municipio, y en lugar de éstos, poner en vigencia las disposiciones de los Consejos Municipales que, habiendo sido derogadas, deben sustituírlos; las de hacer las modificaciones que estimen convenientes, dentro de los actuales acuerdos presupuestales, y la de expedir el presupuesto para la próxima vigencia, tomando como base el acuerdo de presupuesto vigente. No podrán crear nuevos empleos ni aumentar asignaciones. ....»

«Como se vé, al disponer el Art. 1o. del Decreto acusado que las dependencias municipales denominadas Acueducto, Energía Eléctrica y Matadero, con todos sus equipos, edificaciones, etc., se reincorporen a la Administración del Municipio y el recaudo del producido se haga directamente por la Tesorería Municipal, no hace otra cosa que suspender el nuevo sistema de administración de tales dependencias establecido por el Acuerdo No. 25 de 1.948, lo que implica el retorno al sistema anterior cuando no existiendo organismos administrativos o municipales especiales, la administración municipal organizada por el Concejo, estaba en su ejecución a cargo del Alcalde en su calidad de Jefe de la Administración Municipal, de acuerdo con los Arts. 183 del Código de Régimen Político y Mu-

nicipal, y 201 de la Constitución. En lo demás, es decir, en cuanto a los cargos o empleos creados por el mismo Acuerdo No. 25, éste no es suspendido por el Decreto demandado sino en cuanto a la denominación de uno de ellos y a la manera de proveerlos, volviendo como ya se dijo, al sistema ordinario de administración municipal, es decir, que al Alcalde como a Jefe de la Administración Municipal, corresponde nombrar los empleados municipales cuya designación no esté especialmente atribuída por la ley o la Constitución a otra autoridad. De esta suerte, aunque el Decreto no hubiera dicho que esos nombramientos deben ser hechos por el Alcalde, suspendida la Junta Directiva de las Empresas Municipales, es obvio, que la provisión de los empleos creados por el mencionado Acuerdo No. 25, debe ser hecha por el Jefe de la Administración Municipal que es el Alcalde.

Hay, pues, una base fundamental indiscutible: conforme al Decreto extraordinario 3590 transcrito, los Alcaldes pueden, con el fin de mantener el orden público y regularizar la Administración Municipal, suspender los acuerdos que consideren perjudiciales para la buena marcha del Municipio. Y esa consideración, como es fácil comprenderlo, sólo compete al buen juicio del Alcalde que es cabeza de la Administración municipal. Ello quiere decir que para tomar una decisión en el sentido de suspender determinado acuerdo o determinadas disposiciones de un acuerdo, no necesita establecer previamente comprobaciones específicas. La facultad es amplísima y sólo está limitada dentro de los conceptos orden público y buena marcha del Municipio.

En el presente caso se suspenden algunas de las disposiciones del Acuerdo No. 25, como son en primer lugar, el funcionamiento de un nuevo organismo de administración que es la Junta Directiva de las Empresas Municipales. En el criterio del Alcalde debió obrar la consideración de que sin ese organismo que desde luego no es esencial en la Administración Municipal, se beneficiaban el orden público y la buena marcha del Municipio; y como se ha dicho para hacer esa consideración y presentarla como razón de su obrar, estaba ampliamente facultado.

Y por lo que atañe a la designación de los empleados que según otras disposiciones suspendidas del acuerdo, correspondía a la junta suspendida, basta advertir como ya se ha dicho, que suspendida la Junta, es claro que ésta no puede hacer los nombramientos; y que aun cuando el decreto acusado no lo hubiera dicho, no habiendo otra autoridad competente para hacer tales nombra-

mientos, de acuerdo con el Art. 84 del Código de Régimen Político y Municipal, le correspondía hacerlos al Alcalde.

De otro lado, entre las consideraciones que tuvo en cuenta el Alcalde para la suspensión de la Junta Directiva de las Empresas Municipales, está la de que el funcionamiento de tal entidad resulta oneroso y aún inconveniente por cuanto "succiona en gran parte las rentas del Municipio." Si, pues, por este aspecto el Alcalde también estima perjudicial para la buena marcha del Municipio el funcionamiento del nuevo organismo constituído por la Junta mencionada, es obvio, que la suspensión cabe dentro de las autorizaciones que otorga el Decreto extraordinario 3.590 tantas veces citado.

Finalmente, no está por demás observar que en realidad la cuarta parte -el 30%- señalada como renta del Municipio en el producido de las Empresas Municipales, parece que no consulta de manera adecuada el interés público municipal, desde luego que la dispersión de las rentas y su aplicación sin un criterio de unidad dentro del conjunto de la Administración, peca contra elementales principios de economía administrativa.

De lo dicho se sigue que .... no se puede afirmar que el Decreto demandado entrañe una ..... violación del Art. 3º. del Decreto extraordinario 3.590 de 1.949, ...

"Por lo que toca a los Arts. 164 y 180 del Código de Régimen Político y Municipal, es claro que el mismo Decreto extraordinario 3.590, al autorizar la suspensión de Acuerdos Municipales, implícitamente entraña la suspensión de efectos de aquellas disposiciones; y como dice el Tribunal, no habiéndose declarado la inexequibilidad del Decreto extraordinario, no puede decirse que el Decreto del Alcalde de Sogamoso, expedido en desarrollo de las facultades contenidas en el Decreto extraordinario nacional, sea .... violador de los citados textos del Código de Régimen Político y Municipal».

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, -Sala de lo Contencioso Administrativo- administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal 2º. de la Corporación, CONFIRMA la sentencia apelada de que se ha hecho mérito en este fallo.

Cópiese notifíquese y devuélvase.

Rafael Marriaga, Rafael Rueda Briceño, Manuel Buenahora, Daniel Anzola Escobar, Josè Enrique Arboleda V., Ildefonso Méndez, Antonio José Prieto.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

ASUNTOS MUNICIPALES

LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS SON COMPETENTES PARA CONOCER DE LOS JUICIOS DE NULIDAD INCOADOS CONTRA LOS ACTOS, RESOLUCIONES O PROVIDENCIAS DE LAS AUTORIDADES, FUNCIONARIOS O CORPORACIONES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN MUNICIPAL.- ARTICULACION DE NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION.- CLASIFICACION DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACION.

(Consejero Ponente Dr. Rafael Marriaga)

Consejo de Estado -Sala de lo contencioso Administrativo- Bogotá, veintidòs de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco.

El Dr. Gonzalo Gaitán, como apoderado del Municipio de Cali, solicita se declare la nulidad de todo la actuado en este proceso, por incompetencia de jurisdicción.

La petición se tramitó como artículo, y vencido como se halla el tèrmino de los traslados sin que haya hechos que probar, se procede a resolver.

Apoya el articulante su solicitud en que en su concepto, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no es competente para conocer de la demanda que dió origen al juicio, por cuanto en élla lo que se intenta es una acción en relación con el dominio y posesión de unos terrenos lo que es materia de competencia de la justicia ordinaria.

El texto del acto objeto de la demanda, es el siguiente en su encabezamiento y parte resolutiva:

«RESOLUCION Nº. 37 -(Cali, junio 13 de 1.949)-

Por la cual se señala fecha para la entrega de los lotes levantados sobre el terreno de que trata el Acta de fecha 9 del mes en curso:

El Personero Municipal de Cali, en uso de sus atribuciones legales, ... CONSIDERANDO:—..... .....RESUELVE:) Decrétase la inmediata recuperación de los ejidos situados dentro de los siguientes linderos: Por el Norte, con terrenos ejidos ocupados por el Sr. Joaquín Caldas Luna, en una longitud de ciento cuarenta y cinco metros (145 mtrs.) formando una línea quebrada con ángulo de 21 grados; por el Oriente, con ejidos ocupados por el Sr. Joaquín Caldas Luna, en lon-

gitud de doscientos un metros (201 mts.) y sirve de límite una línea quebrada que forma un ángulo de 18 grados con la línea que sirve de límite norte y un ángulo de diez grados dentro de la misma línea que sirve de límite oriental; por el Sur, con ejidos ocupados por el señor Mario Yanguas, carrera 12 al medio, en longitud de ciento cincuenta metros (150 mts.) más o menos; por el Occidente, con ejidos ocupados por diferentes personas, pobres que la Personería acepta como posibles propietarios, en virtud de lo dispuesto por las Leyes 32 de 1.929 y 41 de 1.948, y en longitud de noventa y nueve metros (99 mts.) y en parte con ejidos en discusión con los Sres. Varelas, quienes adquirieron del Sr. Mario Yanguas, en longitud de doscientos cuarenta y siete metros con ochenta centímetros (247,80 mts). La línea occidental tiene un ángulo de 52 grados 30 minutos.

b) Adjudícanse en lotes, los ejidos anteriormente determinados a los miembros del Centro Pro-Vivienda de Empleados y Obreros del Municipio, para la cual se levantará el Acta respectiva de adjudicación;

c) Señálase el día miércoles quince (15) del corriente mes para verificar la entrega de los lotes a los respectivos adjudicatarios, para la cual se celebrarán los correspondientes contratos de arrendamiento, con una renta de dos centavos mensuales por metro cuadrado;

d) Notifíquese esta Resolución a los señores Mario Yanguas y Joaquín Caldas Luna, y prevéngaseles que el único recurso que existe contra ella es el Contencioso Administrativo de que trata la ley 167 de 1941.

e) Envíese copia de la presente Resolución al señor Alcalde, al Gobernador del Departamento, al Comandante de la Policía Municipal y a todas las autoridades que soliciten copia.- Dada en Cali, a los trece (13) días del mes de junio de mil novecientos cuarenta y nueve (1.949. -NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.- El Personero Municipal (fdo) Alfonso Barberena A.- El Secretario, (fdo.) Ernesto Orejuela».

Por su parte, la demanda se propone obtener la declaración de nulidad de la resolución cuyo texto dispositivo se ha transcrito, por considerarla violadora de las normas positivas que en el libelo se indican. Consecuencialmente, que se restablezca al demandante en su derecho, disponiendo que el Municipio de Cali debe pagarle la cantidad de $ 430.944.oo, por la desvalorización que han sufrido los lotes ocupados; por la arbitraria calificación de los terrenos como ejidos; por el lucro cesante, daño emergente, gastos de juicios y honorarios profesionales; y por daños morales inferi-

ASUNTOS MUNICIPALES

LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS SON COMPETENTES PARA CONOCER DE LOS JUICIOS DE NULIDAD INCOADOS CONTRA LOS ACTOS, RESOLUCIONES O PROVIDENCIAS DE LAS AUTORIDADES, FUNCIONARIOS O CORPORACIONES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN MUNICIPAL.- ARTICULACION DE NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION.- CLASIFICACION DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACION.

(Consejero Ponente Dr. Rafael Marriaga)

Consejo de Estado -Sala de lo contencioso Administrativo- Bogotá, veintidòs de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco.

El Dr. Gonzalo Gaitán, como apoderado del Municipio de Cali, solicita se declare la nulidad de todo la actuado en este proceso, por incompetencia de jurisdicción.

La petición se tramitó como artículo, y vencido como se halla el tèrmino de los traslados sin que haya hechos que probar, se procede a resolver.

Apoya el articulante su solicitud en que en su concepto, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no es competente para conocer de la demanda que dió origen al juicio, por cuanto en élla lo que se intenta es una acción en relación con el dominio y posesión de unos terrenos lo que es materia de competencia de la justicia ordinaria.

El texto del acto objeto de la demanda, es el siguiente en su encabezamiento y parte resolutiva:

> «RESOLUCION Nº. 37 -(Cali, junio 13 de 1.949)-
> Por la cual se señala fecha para la entrega de los lotes levantados sobre el terreno de que trata el Acta de fecha 9 del mes en curso:
>
> El Personero Municipal de Cali, en uso de sus atribuciones legales, ... CONSIDERANDO:—..... .....RESUELVE:) Decrétase la inmediata recuperación de los ejidos situados dentro de los siguientes linderos: Por el Norte, con terrenos ejidos ocupados por el Sr. Joaquín Caldas Luna, en una longitud de ciento cuarenta y cinco metros (145 mtrs.) formando una línea quebrada con ángulo de 21 grados; por el Oriente, con ejidos ocupados por el Sr. Joaquín Caldas Luna, en lon-

gitud de doscientos un metros (201 mts.) y sirve de límite una línea quebrada que forma un ángulo de 18 grados con la línea que sirve de límite norte y un ángulo de diez grados dentro de la misma línea que sirve de límite oriental; por el Sur, con ejidos ocupados por el señor Mario Yanguas, carrera 12 al medio, en longitud de ciento cincuenta metros (150 mts.) más o menos; por el Occidente, con ejidos ocupados por diferentes personas, pobres que la Personería acepta como posibles propietarios, en virtud de lo dispuesto por las Leyes 32 de 1.929 y 41 de 1.948, y en longitud de noventa y nueve metros (99 mts.) y en parte con ejidos en discusión con los Sres. Varelas, quienes adquirieron del Sr. Mario Yanguas, en longitud de doscientos cuarenta y siete metros con ochenta centímetros (247, 80 mts). La línea occidental tiene un ángulo de 52 grados 30 minutos.

b) Adjudícanse en lotes, los ejidos anteriormente determinados a los miembros del Centro Pro-Vivienda de Empleados y Obreros del Municipio, para la cual se levantará el Acta respectiva de adjudicación;

c) Señálase el día miércoles quince (15) del corriente mes para verificar la entrega de los lotes a los respectivos adjudicatarios, para la cual se celebrarán los correspondientes contratos de arrendamiento, con una renta de dos centavos mensuales por metro cuadrado;

d) Notifíquese esta Resolución a los señores Mario Yanguas y Joaquín Caldas Luna, y prevéngaseles que el único recurso que existe contra ella es el Contencioso Administrativo de que trata la ley 167 de 1941.

e) Envíese copia de la presente Resolución al señor Alcalde, al Gobernador del Departamento, al Comandante de la Policía Municipal y a todas las autoridades que soliciten copia.- Dada en Cali, a los trece (13) días del mes de junio de mil novecientos cuarenta y nueve (1.949. -NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.- El Personero Municipal (fdo) Alfonso Barberena A.- El Secretario, (fdo.) Ernesto Orejuela».

Por su parte, la demanda se propone obtener la declaración de nulidad de la resolución cuyo texto dispositivo se ha transcrito, por considerarla violadora de las normas positivas que en el libelo se indican. Consecuencialmente, que se restablezca al demandante en su derecho, disponiendo que el Municipio de Cali debe pagarle la cantidad de $ 430.944.oo, por la desvalorización que han sufrido los lotes ocupados; por la arbitraria calificación de los terrenos como ejidos; por el lucro cesante, daño emergente, gastos de juicios y honorarios profesionales; y por daños morales inferi-

dos con calificativos injuriosos de detentador y otros que le aplica la resolución demandada, daños que deben avaluar peritos. Asimismo, disponiendo que el Municipio está en la obligación de iniciar y llevar a terminación las acciones necesarias para que los ocupantes de los predios del actor, los desocupen, y le sean entregados a èste; en subsidio que se condene al Municipio por las cantidades que se comprueben en el juicio.

Como claramente se ve, en la parte petitoria del libelo del actor, no se intenta ninguna declaración sobre reconocimiento o mutación del dominio o de la posesión de los bienes a que allí se alude. Simplemente, se propone obtener la declaración de nulidad de un acto emanado de un funcionario de la Administración, -el señor Personero del Municipio de Cali, con base en el cual, fueron ocupados por particulares, unos terrenos que ocupaba el demandante Dr. Joaquín Caldas Luna; y consecuencialmente a la anulación, se pide el restablecimiento del derecho particular que se estima violado por el acto acusado, restablecimiento que conforme a la demanda debe consistir en la indemnización por los perjuicios causados y en la obligación para el Municipio responsable del acto incriminado de nulidad, de instaurar las acciones pertinentes para que los referidos terrenos sean desocupados y entregados al demandante. Subsidiariamente, que el Municipio sea condenado a pagar la indemnización cuyo monto se compruebe.

Ciertamente, la incompetencia de jurisdicción es un vicio procedimental que la ley 167 de 1.941, clasifica en primer término (art. 113) como causal de nulidad. Ella existe, de acuerdo con el (art. 114 -numeral 1o.- ibidem, "Cuando por la naturaleza del asunto, o por disposición de la ley, el conocimiento del negocio corresponde a funcionario o corporación distinta del Consejo de Estado o de los Tribunales Administrativos".

Como fácilmente puede advertirse, la distinción de las acciones y de las vías de derecho que las conduzcan, es de importancia primordial, tanto por lo que mira a la competencia, como por lo que atañe a la habilidad legal del procedimiento para servir de base a un fallo capaz de obligar a las partes de acuerdo con la Constitución y las leyes de la República. No es indiferente acudir a una u otra jurisdicción, v.g. a los Tribunales ordinarios o a la jurisdicción especial de lo Contencioso Administrativo; valerse de una acción ordinaria o de una especial; dirigirse por una u otra vía procesal. Las normas de procedimiento son de orden público, y por ende, de estricta interpretación. El desconocimiento o transgresión de éllas, afectan de manera sustancial la jurisdicción y competencia de las autoridades encargadas de administrar justicia. Sobre el particular no queda duda en presencia de textos expresos de la Constitución y de la ley. En efecto, preceptúa el Art. 26 de la Constitución: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". Y el Art,

142 del C. J. estatuye: "Por medio del Poder Judicial la República ejerce permanentemente, sobre nacionales y extranjeros, la facultad de administrar justicia de acuerdo con la Constitución y las leyes". Así, pues, resulta claro que cuando a una autoridad no se le ha atribuído competencia para conocer de determinados negocios, ni procede de acuerdo con la Constitución y las leyes, no está en condiciones de administrar justicia en un litigio; carece de jurisdicción y competencia para ello. Así lo anuncia claramente el Art. 143 del C. J. que dice: "Competencia es la facultad que tiene un juez o Tribunal para ejercer por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República". Por consiguiente, cuando a un juez o Tribunal no se le ha atribuído por las normas positivas de derecho que rigen el Estado, la facultad de ejercer la jurisdicción que corresponde a la República sobre determinado negocio, es decir, la facultad de administrar justicia, de proferir sobre un litigio un fallo que obligue a las partes contendoras, surge en relación con el procedimiento o vía de derecho adoptada, el vicio de incompetencia de jurisdicción que es sancionado con la nulidad de la actuación, sanción ésta que para la vía contenciosa administrativa, está establecida, como atrás se vió, en el Art. 113 de la ley 167 de 1941.

Así esbozados los anteriores conceptos acerca del vicio procedimental de incompetencia de jurisdicción, es pertinente ahora decir algo en relación con los actos de las autoridades y funcionarios del orden municipal, sometidos al control jurisdiccional de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo,

De acuerdo con el Art. 65 de la ley 167 de 1.941, son acusables ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, "los acuerdos y otros actos de los Concejos Municipales en el concepto de ser contrarios a la Constitución, la ley, el reglamento ejecutivo, las ordenanzas departamentales o los reglamentos del Gobernador. Los actos de las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden municipal serán anulables por los mismos motivos y, además, por violación de los acuerdos de los Concejos."- Así mismo, conforme al Art. 66 ibidem, tales actos pueden ser anulados, además, "cuando han sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere."

Por su parte, el Art. 54 de la misma ley 167 de 1.941, atribuye a los Tribunales Administrativos, la competencia para conocer en primera instancia "De los juicios de nulidad contra los acuerdos, resoluciones y otros actos de los Concejos Municipales, y contra los actos, resoluciones o providencias de las autoridades, funcionarios o corporaciones administrativas del orden municipal." (Numeral 3o.).

Establecido de esta suerte que los actos de las autoridades, funcionarios o corporaciones del orden municipal, de carácter administrativo, son acusables ante la jurisdicción de lo Contencioso

Administrativo, y que la competencia para conocer de los respectivos juicios corresponde en primera instancia a los Tribunales Administrativos, sólo falta precisar cuáles son esos actos, o sea, qué debe entenderse por tales, y si el que es objeto de la demanda en este juicio corresponde o nò a esa categoría. Porque si ocurre el primer caso, no queda duda de que el acto demandado es acusable ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y que el Tribunal Administrativo, es competente para conocer del respectivo juicio en primera instancia y el Consejo de Estado en última instancia. Pero si ocurre el segundo extremo, es decir, si el acto no tiene el carácter de administrativo, entonces no está sometido al control jurisdiccional de lo Contencioso Administrativo, y ni los Tribunales ni el Consejo de Estado tienen competencia para conocer del juicio que intente contra tal acto, y en consecuencia, en el presente caso el procedimiento estaría viciado y debería declararse la nulidad solicitada por el articulante.

Sabido es, de acuerdo con la doctrina de los expositores de Derecho Administrativo, que los actos de la Administración de carácter jurídico se clasifican en varias categorías, así: a) actos reglamentarios que generan situaciones de índole general, objetivas que contienen normas de derecho; b) actos creadores de situaciones jurídicas individuales que pueden contener manifestaciones unilaterales o bilaterales de voluntad, v. g. la imposición de una multa, la celebración de un contrato, categoría ésta que responde en parte, a la clasificación ya en desuso de actos de poder y actos de gestión; c) actos-condiciones que consisten en una manifestación de voluntad que coloca a un individuo en una situación jurídica impersonal, v. g. el nombramiento de un agente del servicio público o su separación, el acto por el cual se hace una declaración de utilidad pùblica respecto de un determinado bien; d) actos de jurisdicción, que contienen decisiones, que resuelven una situación jurídica, con fuerza obligatoria de verdad legal. Así, pues, para el caso de autos, dentro de esta clasificación ha de estar comprendido el acto materia de la demanda emanado del señor Personero del Municipio de Cali. Si así no fuera, habría que decir que no lo produjo como funcionario de la Administraciòn en el mencionado Municipio; y esto no se puede sostener por ningún concepto. Que el acto haya sido expedido con competencia o sin élla; que se ajuste o nó a las normas legales pertinentes; que estè viciado o nó de abuso o desviación de poder, no son cuestiones que ahora interesan. Lo único indispensable es definir si se trata o no de un acto administrativo de un funcionario del orden municipal. Y es claro, de toda claridad que de acuerdo con lo que hasta aquí se ha expresado, hay que concluír sin lugar a duda que se trata de un acto administrativo. Tampoco interesa, para los efectos de este estudio a cuál de las categorías antes enunciadas corresponde la Resolución acusada, si bien por sus características, salta a la vista que se está en presencia de un acto-condición.

En tales circunstancias, si el acto objeto de la demanda es un acto administrativo, está sujeto al control jurisdiccional de lo Contencioso Administrativo, es materia de la acción contencioso administrativa ordinaria y son competentes para conocer del juicio respectivo, el Tribunal Administrativo correspondiente -en este caso el del Valle del Cauca-, en primera instancia, y el Consejo de Estado en segunda instancia. En consecuencia, no existe la causal de nulidad procedimental de incompetencia de jurisdicción propuesta por el señor apoderado del Municipio de Cali, y la respectiva solicitud dirigida a que se declare la nulidad del juicio, no puede prosperar.

En tal virtud, se RESUELVE:

NO EXISTE en este juicio la causal de nulidad procesal por incompetencia de jurisdicción. NIEGASE la solicitud del señor apoderado del Municipio de Cali dirigida a que se declare la nulidad del juicio por dicha causal.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Martiaga.- Guillermo Novoa Rodriguez, Secretario.

ASUNTOS MUNICIPALES

ACCIONES QUE PUEDEN SER EJERCITADAS CONTRA LOS ACTOS O POR HECHOS DE LA ADMINISTRACION, SEGUN QUE ELLOS SEAN LESIVOS DEL DERECHO OBJETIVO SIMPLEMENTE, O DEL DERECHO OBJETIVO Y DEL SUBJETIVO A LA VEZ, O SIMPLEMENTE DEL DERECHO SUBJETIVO.- EL ACTO QUE SE INTENTA ANULAR -EN ESTE CASO- PROCEDE UN AGENTE DE LA ADMINISTRACION PRODUCIDO CON PRETEXTO DEL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

(Consejero ponente Dr. Rafael Marriaga).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotà D.E., catorce de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la sociedad de responsabilidad denominada "FLOTAS BOLIVARIANAS, GRANADA Y REAL LIMITADA" domiciliada en Fusagasugá, por medio de apoderado, demanda la declaración de nulidad del acto contenido en la orden emanada de la Secretaría de la Inspección 2a. de Circulación de Bogotá que dice: "Bogotà D.E. abril 11 de 1.955.-A petición verbal de la señorita Lola Puentes, se ordena orden de captura contra el vehículo placas B-25066 de Fusagasugá.-. . . ",y el restablecimiento del derecho particular que se estima violado. Asimismo, se solicita la suspensión provisional del acto acusado.

El Tribunal mediante el auto de 25 de agosto postrero, negó la admisión de la demanda. Contra dicha providencia la parte interesada interpuso el recurso de apelación y por virtud de ello vino el expediente al Consejo de Estado. Surtida como se halla aquí la tramitación del recurso, se procede a resolver.

El Tribunal A QUO para fundar su negativa considera que si se trata de una acción de policía, no tiene competencia para conocer; que si se trata de la ejecución de un fallo judicial, no puede interferirla; y "si fuere un acto de policía, el art. 73 del C.C.A. lo impide".

Por su parte el recurrente alega como base de su inconformidad con el auto del Tribunal, que si fuese una acción de policía o medida preventiva, se hizo en una forma de ejecución material que se sustrajo a los recursos legales que pudiera tener; asimismo, que como quiera que la orden de captura del vehículo y la consecutiva ejecución de aquella, se originaron a petición verbal de una perso-

na particular, no hay lugar a pensar que se trate de la ejecución de un fallo judicial previo; finalmente, considera el recurrente como fundamento de la atribución de la competencia del Tribunal para conocer de la acción, que el actor bien hubiera podido ejercitar solamente la acción que consagra el Art. 68 de la ley 167 de 1.941.

Observa el Consejo que mediante la demanda se intenta obtener la anulación de lo que el libelo señala como un acto de la Administración y el restablecimiento del derecho particular que se estima violado.

En primer lugar, es preciso tener en cuenta que una cosa son los actos de la Administración y otra los hechos de la misma.

Los actos administrativos para que puedan llamarse tales, deben proceder de un funcionario o agente de la Administración. Ellos deben ser el resultado de un proceso por lo menos lógico que se funda o pretende fundarse en el desarrollo y aplicación de normas positivas de legislación.

Los hechos administrativos se constituyen por un acaecimiento o realización material ejecutados por agentes de la Administración, no como culminación de un proceso jurídico, aunque sí susceptibles de generar efectos jurídicos como todos los hechos imputables a la persona natural o jurídica que es sujeto de derechos y obligaciones.

Por su parte, el Código de lo Contencioso Administrativo o Ley 167 de 1.941, establece las acciones que pueden ser ejercitadas contra los actos o por los hechos de la Administración, según que ellos sean lesivos del derecho objetivo simplemente, o del derecho objetivo y del subjetivo a la vez, o simplemente del derecho subjetivo.

En efecto, el Art. 66 de la mencionada ley, consagra la acción de simple nulidad contra los actos de la Administitración cuando ellos se expiden con violación de una norma positiva de derecho, o en forma irregular o con abuso o desviación de poder.

Es decir, cuando son lesivos del derecho objetivo.

Dice así el texto citado:

> «Toda persona puede solicitar por sí o por medio de representante la nulidad de cualesquiera de los actos a que se refieren las anteriores disposiciones, por los motivos en ellas expresados.
>
> «Esta acción se llama de nulidad y procede contra los actos administrativos, no sólo por estos motivos, sino también cuando han sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere».

El Art. 67 ibidem, consagra la acción de nulidad y la conse-

cuencial de restablecimiento del derecho particular cuando el acto de la Administración es lesivo del derecho de una persona. Es de entender entonces, que el acto administrativo viola alguna norma de derecho positivo; que ese acto es ilegal. Porque si así no fuera, si el acto fuera legal, no habría razón para anularlo, ni tampoco podría decirse que ese acto legal viola el derecho particular. Vale decir, que el acto administrativo lesiona el derecho objetivo o sea, la norma que consagra la facultad impersonal, y el derecho subjetivo o derecho particular de la persona que tiene un título para disfrutar o radicar en sí esa facultad impersonal establecida por la norma objetiva.

Se expresa así la aludida disposición:

> «La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho.
>
> La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho.»

El Art. 68 de la misma ley, consagra una acción de simple restablecimiento del derecho subjetivo que ha sido violado por un hecho u operación de la Administración.

En este caso, como lo dice la misma disposición, no es necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes. Ello es muy claro, porque siendo la causa de la violación del derecho subjetivo, un hecho que se realizó, mal podría pensarse en la anulación porque los hechos como fenómenos cumplidos que son, no se pueden anular.

El texto legal en cita dice lo siguiente:

> «También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes».

Como se vé, la acción que aquí se establece puede ejercitarse aunque no estuvieran consagradas las de los Arts. 66 y 67, así como aquellas, en sus casos, pueden ejercitarse aunque no estuviera establecida la del Art. 68.

De lo dicho se deduce en relación con el caso de autos lo siguiente: en primer lugar, que el acto que se intenta anular procede de un agente de la Administración producido con pretexto del ejercicio de sus funciones. Y como quiera que no hay elementos para establecer que se trate de una providencia de trámite en el pro-

ceso de una querella policiva ni del fallo de ésta; ni de la ejecución de un fallo judicial, es fuerza concluír que el acto objeto de la demanda configura un acto administrativo de los que son susceptibles del recurso contencioso administrativo ante la respectiva jurisdicción, sin perjuicio de lo que posteriormente se demuestre.

En segundo lugar, se deduce de lo expuesto, que planteada la demanda como de nulidad de un acto administrativo y consiguiente restablecimiento del derecho particular violado, no podía el Tribunal, como lo pretende el recurrente, entrar a considerarla como de simple restablecimiento del derecho en la forma que prevé el Art. 68 de la ley 167 de 1.941.

En consecuencia, debe admitirse la demanda de que se trata, ya que por otra parte, reune los requisitos de forma exigidos por la ley procedimental.

En tal virtud, el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo- RESUELVE:

SE REVOCA el auto apelado de que se ha hecho mèrito en esta providencia y en su lugar se dispone:

ADMITESE la demanda que la sociedad denominada "FLOTAS BOLIVARIANA, GRANADA Y REAL LIMITADA" presenta por medio de apoderado sobre declaración de nulidad de la orden de captura contra el vehículo de placas B-25066 de Fusagasugá, expedida con fecha 11 de abril de 1.955, por el Secretario de la Inspección 2ª. de Circulación del Distrito Especial de Bogotá, y sobre restablecimiento del derecho particular que se estima violado.

Por el Tribunal A QUO comuníquesele al señor Personero Municipal de Bogotá a quien también debe notificársele personalmente, como a representante de los intereses del Distrito, y como Agente del Ministerio Público.

Fíjese el negocio en lista por cinco días para los efectos del Art. 126 de la ley 167 de 1.941.

Oportunamente, el Tribunal A QUO debe decidir sobre la solicitud de suspensión provisional.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Josè Enrique Arboleda V., Daniel Anzola Escobar, Manuel Buenahora, Rafael Marriaga, Ildefonso Méndez, Antonio Josè Prieto, Rafael Rueda Briceño.- Guillermo Novoa Rodriguez, Secretario,

AUTORIDADES NACIONALES

RETIRO Y REINTEGRO EN EL EJERCITO. EFECTOS CONCRETOS QUE PUEDEN OTORGARSE A UNA SENTENCIA DE LA H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE REINTEGRO DE OFICIALES DEL EJERCITO. EXCEPCION DE PETICION DE MODO INDEBIDO.

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

(Consejero Ponente: Dr. Manuel Buenahora)

Referencia: Reforma del Decreto número 1384 de 9 de Junio de 1.952, originario del Ministerio de Guerra.
Actor: José Rafael Escandón Bucheli.

El doctor Jorge E. Gutierrez Anzola, obrando en representación del señor Mayor José Rafael Escandón Bucheli, demanda del Consejo de Estado las siguientes declaraciones:

«1º.) Que el Decreto 1384 de 9 de junio de 1.952, originario del Ministerio de Guerra, que ascendió del grado de Capitán al grado de Mayor del Ejercito, al señor José Rafael Escandón Bucheli, a partir del 16 de junio de 1.952, debe reformarse en el sentido en que dicho ascenso o promoción dentro de la carrera militar debe hacerse con retroactividad al 1º. de noviembre de 1.945 fecha en la cual, Escandón Bucheli adquirió el derecho a dicho ascenso.

2o.) Que el Gobierno debe dictar la medida legal correspondiente, o sea el Decreto de ascenso de mi poderdante, al grado de Teniente Coronel, y para todos los efectos, con retroactividad al 1o. de noviembre de 1.949, fecha en la cual mi poderdante adquirió el derecho a dicho ascenso.

3o.) Que debe reconocerse y pagarse a mi poderdante, Escandón Bucheli, todos los valores que ha dejado de percibir por concepto de sueldos, primas y demás prestaciones que fija la Ley, durante todo el tiempo que ha dejado de hacerlo y dentro de las asignaciones fijadas a los grados cuyo reconocimiento se demanda».

Como hechos constitutivos de la acción fueron aducidos los que a continuación se transcriben:

«Por sentencia de fecha 2 de septiembre de 1.944 originaria del Comando de la Brigada de Institutos Militares, se condenó al entonces Capitán José Rafael Escandón Bucheli, a la pena de dos años de prisión militar y a la pérdida de sus grados y prestaciones, y expulsión del ejército.- Dicha sentencia fué cumplida en todas sus partes, haciendo efectiva la condena del Capitán Escandón y ordenándole su separación absoluta del Ejército por medio del Decreto 2057 de 4 de septiembre de 1.944.

El 1º. de abril de 1952 la Corte Suprema de Justicia, por medio de sentencia de esa misma fecha, invalidó la sentencia del Comando de la Brigada de Institutos Militares, y en su lugar absolvió a José Rafael Escandón Bucheli de los cargos, porque se le juzgó y sentenció.

Como efecto de la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia el Gobierno Nacional dictó el Decreto número 1187 de 13 de mayo de 1.952 por el cual se declara sin efectos el Art. 1o. del Decreto 2057 de 1944 (septiembre 4) que había ordenado la separación absoluta del Ejército de Escandón Bucheli y ordenó su traslado dentro del escalafón de Oficiales en actividad, de la rama de combatientes a la de Oficiales de los servicios y en la especialidad de justicia.

Finalmente por Decreto 1384 de 1.952 (junio 9) se decretó el ascenso del Capitán José Rafael Escandón Bucheli, al grado de Mayor por haber "satisfecho los requisitos legales sobre la materia"; dicho ascenso fué decretado para que surtiera efectos fiscales a partir del 16 de junio de 1952».

Se indicaron como violadas con el acto censurado, las siguientes disposiciones: artículos 166 y 169 de la Constitución Nacional; Ley 2ª. de 1.945, Ley 100 de 1.946; Ley 82 de 1.947, Decreto 1330 de 1.942 y Ley 100 de 1.948.

Tramitado el juicio en legal forma y no habiendo en él causal ninguna que lo invalide, se procede a dictar sentencia, considerando:

De acuerdo con las peticiones de la demanda, se observa claramente que el demandante no ejercita la acción de nulidad del Decreto 1384 de 1.952 por el cual se ascendió del grado de Capitán al de Mayor al señor Escandón Bucheli, y a fin de que, como consecuencia de dicha nulidad, se pudiera entrar a reformar dicho acto.

El actor se limita a solicitar la reforma del referido decreto en el sentido de que el ascenso que él contiene se reconozca con

retroactividad a la fecha en que de haber estado el demandante al servicio del ejército hubiera adquirido el derecho a dicho ascenso. Pide igualmente que se ordene al Gobierno dictar la medida legal correspondiente a fin de que se le ascienda también al grado de Teniente Coronel con retroactividad al 1o. de noviembre de 1.949 es decir, con retroactividad a la fecha en que, si el demandante no hubiera sido separado del ejército, hubiera adquirido el derecho a ser ascendido a dicho grado.

Por último, se pide el reconocimiento del pago de los sueldos, primas y demás prestaciones a que hubiera tenido derecho de no ocurrir dicha separación.

Considera la Sala muy importante para la mejor claridad del problema que se le plantea, sentar las siguientes bases, irrefutables desde el punto de vista jurídico que se desprenden de la propia demanda y que no podrían ser objeto de debate por ser elementales en derecho:

1o.) La sentencia proferida con fecha dos de septiembre de 1.944 por la Brigada de Institutos Militares que condenó al demandante a dos años de prisión, a la pérdida de sus grados, a la pérdida de sus prestaciones y a su expulsión del ejército, es un acto *regular* de la Administración. No se discute si dicho acto fué o no ilegal, si la Brigada de Institutos Militares tenía o no competencia suficiente para proferirlo. Se trata de un acto jurisdiccional, dictado en ejercicio de poderes legítimos, que tuvo por objeto declarar una situación jurídica individual, con fuerza de verdad legal.

2o.) La sentencia proferida con fecha 1o. de Abril de 1.952 por la H. Corte Suprema de Justicia por la cual se invalidó la dictada por la Brigada de Institutos Militares, y en su lugar se absolvió al demandante de los cargos porque se le había juzgado y sentenciado, es tambien otro acto *regular* de la Administración. Tampoco se discute su legalidad. La organización legal del país atribuye a la Corte competencia suficiente para proferirlo. Como el anterior, se trata de un acto jurisdiccional expedido por quien tenía facultad suficiente para hacerlo; por medio de él se declaró una nueva situación jurídica individual, y le asiste la fuerza de la cosa juzgada.

3o.) La rama ejecutiva del poder público, en cumplimiento del mandato constitucional que le impone la obligación de hacer cumplir las leyes y las sentencias proferidas por los Tribunales competentes, dió cabal cumplimiento a la primera por el Decreto 2057 de 1.944 por medio del cual se separó en forma absoluta del ejército, entre otros, al distinguido capitán demandante en este juicio; se le redujo a prisión y se le privó de sus grados y prestaciones, todo conforme a una sentencia legalmente proferida por quien tenía facultad para hacerlo. Tampoco se discute la legalidad de este procedimiento. El ejecutivo no solamente tenía la facultad sino la obligación constitucional de realizar tales actos.

Sentadas las anteriores bases se considera:

a) Lo primero que debe observarse es que en la sentencia de la H. Corte Suprema no se imponen a la Administración obligaciones positivas que obliguen su actividad. No se dice allí, como no hubiera podido decirlo, por ejemplo, que el Capitán Escandón Bucheli debe ser ascendido a tal o cual grado, ni que debe pagársele determinada suma de dinero como indemnización. Dicha sentencia se limita a declarar la invalidación de la proferida por la Brigada de Institutos Militares. A los autos no se trajo copia de la providencia de la Brigada sino solamente copia de la expedida por la Corte, motivo por el cual no puede la Sala saber judicialmente cuáles son las condenas que ella contiene. Las referencias que sobre el particular se hacen en el texto de este proveído se toman únicamente de los hechos relatados por el demandante. Pero aceptando como ciertas las afirmaciones de éste, se tiene que la Brigada de Institutos Militares condenó al demandante a prisión de dos años, a la pérdida de su grado y prestaciones, y a su expulsión del ejército. Luego debe entenderse que por medio de la sentencia de la Corte se invalidaron estas condenas. Más como ya se vió que la Corte no impuso a la Administración obligación positiva ninguna, debe concluírse que ésta, la Administración, en cumplimiento de su obligación legal de acatar los fallos judiciales, no tenía obligación distinta a la de restituir las cosas al estado en que se encontraban en el momento en que fué expedida la sentencia invalidada. Y eso, precisamente, fué lo que hizo el ejecutivo. Expidió el Decreto No. 1187 de mayo 13 de 1.952 por el cual se declara sin efectos el 2057 de 1944, y se llama nuevamente al ejército, con los mismos grados, privilegios y prestaciones de que antes gozaban, a los oficiales que por virtud de la sentencia anulada habían sido separados de él en forma absoluta.

Un mes después, el 9 de Junio, expide el Decreto 1384 del mismo año 1952 por el cual se asciende al grado de Mayor al Capitán Escandón Bucheli, atendiendo en esa forma el concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Guerra. De lo anterior se deduce que el Gobierno sí dió cumplimiento a la sentencia de la H. Corte. Aún más: que ante los hechos cumplidos quiso resarcir los perjuicios causados al demandante, y aun cuando éste solamente había cumplido tres años y once meses de servicio activo dentro del ejército con el grado de Capitán, lo asciende a Mayor a pesar de que, conforme lo reconoce el demandante, para ascender a Mayor se necesita un tiempo mínimo de servicio de cinco años en el grado de Capitán. En efecto: habiendo sido ascendido a Capitán el 1º. de noviembre de 1.940, su ascenso a Mayor no podía hacerse antes de cinco años de servicio activo en el ejército; más como el 1º. de septiembre de 1944 fué retirado de dicho servicio, quiere decir que no había servido en el ejército sino 3 años y diez meses en el grado de Capitán; Sin embargo un mes después de su reingreso al ejército se le asciende al grado de Mayor.

b) Se pregunta si al expedir los actos relacionados en el nu-

meral anterior, la administración procedió legalmente, en forma que pueda afirmarse que acató en su integridad la sentencia de la H. Corte Suprema, o si por el contrario, tales actos están viciados de nulidad, por exceso o por omisión en el ejercicio del poder.

La respuesta a esta pregunta es fundamental para resolver si es o no el caso de ordenar el restablecimiento del derecho que se considera violado, porque en la acción contenciosa de plena jurisdicción no puede haber restablecimiento sin una previa declaración de nulidad que imponga. Más adelante se tratará a espacio este punto, de importancia decisiva para el caso de autos.

El señor apoderado del actor, no solicita la nulidad de ningún acto del Gobierno. Sostiene, en cambio, que el Decreto que ordenó el ascenso de su poderdante es un acto completo, aunque afirma tambien que está viciado en parte, y por ello solicita su reforma. El vicio lo hace consistir en que no se dió a dicho Decreto retroactividad al 1o. de Noviembre de 1.945, fecha en la cual se dice que el señor Escandón Bucheli adquirió el derecho a ascender al grado de Mayor.

Es decir, que interpretando benévolamente la demanda podría afirmarse que el actor considera que el acto acusado está viciado de nulidad a consecuencia de un hecho negativo de la administración, a saber: haber omitido, al expedir ese acto, darle al Decreto la retroactividad necesaria para que los derechos del actor quedaran plenamente amparados, o lo que es lo mismo, haber dejado de ejercer sus poderes en este punto.

En el siguiente párrafo de su demanda el actor sintetiza sus razonamientos:

> «En el caso concreto de mi poderdante la situación es la siguiente:
>
> Fué ascendido al grado de Capitán mediante el lleno de todos los requisitos, con fecha 1º de noviembre de 1.940 Decreto 1913 de 17 de octubre y continuó sus servicios en forma regular hasta el 4 de septiembre de 1.944, en que fué retirado en forma absoluta en virtud de sentencia condenatoria.
>
> La absolución total impartida por la H. Corte Suprema de Justicia y que determinó el Decreto 1187 de 13 de mayo del presente año devuelve a mi poderdante, con retroactividad a la fecha en que fué retirado, la plenitud de sus derechos, de que había sido privado por el retiro, y los honores que a la carrera militar reconoce nuestra Constitución Nacional. Por consiguiente, el tiempo transcurrido desde la fecha de retiro absoluto (Decreto 2057 de 1.944) hasta la invalidación de tal Decreto por el 1187 de 1.952 debe tenerse como tiempo normal de servicio de mi poderdante».

Como se ve, el demandante parte del principio de que el tiempo transcurrido desde la fecha del retiro absoluto del Capitán Escandón Bucheli (4 de septiembre de 1.944) hasta la expedición del Decreto 1187 de 1.952 que declara sin efectos el retiro y lo reintegra al servicio (13 de mayo de 1.952), "debe tenerse como tiempo normal de servicio de mi poderdante".

No puede la Sala aceptar tal interpretación porque:

1o.) De conformidad con el art. 10 de la ley 2a. de 1.945.

> «Para ascender en el ejército se requiere un tiempo mínimo *de servicio en cada grado* y la comprobación de condiciones morales, intelectuales y físicas como requisitos comunes a todos los oficiales, sea cualquiera su jerarquía, clasificación o especialidad».

Cuando la ley habla de "tiempo mínimo de servicio en cada grado" debe entenderse que se trata de servicio *activo*, dada la naturaleza especial de la carrera militar en donde los grados se conquistan a fuerza de merecimientos y en donde para llegar a la jerarquía superior, constituye requisito indispensable una práctica de servicios que capaciten al aspirante para llenar cumplidamente los deberes de su nuevo rango. Si se aceptara lo contrario, desaparecería la carrera militar. Habiendo estado fuera del Ejército el Capitán Escandón Bucheli no puede afirmarse que para aquella época había satisfecho el requisito esencial de "tiempo mínimo de servicio".

2º.) De conformidad con los distintos ordenamientos legales que en Colombia regulan el servicio público que presta el Ejército, los ascensos no son automáticos de suerte que puede afirmarse que al Ejecutivo le asiste la obligación de reconocer como ascendidos a todos cuantos hayan cumplido los requisitos exigidos para cada grado. Puede haber, por ejemplo, cien oficiales que satisfagan las condiciones para ser ascendidos al grado de General, pero si las condiciones de servicio sólo exigen el ascenso de uno, ni los 99 restantes podrán exigir legalmente su ascenso ni el Gobierno estará en la obligación de concederlo. Lo que ocurre en el caso presente es que el acto de la invalidación por la Corte Suprema de la sentencia proferida por la Brigada de Institutos Militares no puede tener efectos retrospectivos en su totalidad. En esa invalidación, auncuando evidentemente se priva de valor a la condena anterior, sus acciones y efectos solamente pueden mirar hacia el *futuro* por la propia naturaleza de las cosas. Ese acto no podía, por ejemplo, impedir que el distinguido oficial hubiera ya permanecido en prisión; no podía impedir que justa o injustamente hubiera sido retirado del ejército ni que como consecuencia de ese retiro se le colocara en la imposibilidad física de prestar el servicio *activo* indispensable para poder ascender dentro del ejér-

cito a jerarquías superiores. Es verdad que en tratándose de actos jurídicos regulares como es el caso de la primera sentencia, pueden crearse otros actos jurídicos como el de la H. Corte, encaminados a restablecer las cosas a su estado primitivo, pero por este medio, como dicen los autores, solo se podrá hacer cesar, para *lo futuro*, los efectos del acto jurídico regular ya realizado y nada más. Y se dice que los solos *efectos* porque la existencia del acto en sí mismo no podría hacerse desaparecer. Por eso cuando se habla de restablecer las cosas a su estado primitivo debe entenderse que se trata del restablecimiento en cuanto este sea humanamente posible.

Sobre este particular dice Gaston Jeze: *"Respecto a lo pasado*, las situaciones jurídicas individuales son *intangibles*. Simplemente se podrá crear, por otros actos jurídicos, nuevas situaciones jurícas individuales capaces de restablecer, para lo *futuro*, las cosas a su estado primitivo". (Pág. 189, Tomo I).

Refiriéndose concretamente a los efectos que pueden otorgarse a una declaración jurisdiccional como es la sentencia de la H. Corte, dice (Pág. 240, Tomo I):

> «Conviene repetir aquí lo que se ha dicho para todos los actos jurídicos antes estudiados: es posible hacer cesar, *para lo futuro*, los efectos de una declaración jurisdiccional, pero no es posible revocar completamente esta declaración en el sentido de que los efectos regularmente producidos *en lo pasado* serán considerados nulos y no sucedidos.
>
> Agrega: Supongamos un juicio de *revisión en lo criminal*, tendiente al reconocimiento de un error judicial. La revisión admitida anulará, *para lo futuro*, la declaración de culpabilidad y las condenaciones principales y accesorias que se hayan pronunciado sobre la base de esta declaración. La revisión no borra sino para lo futuro los efectos de la declaración errónea, pero regular, de culpabilidad. Como es natural, resulta materialmente imposible que la revisión resucite al ajusticiado o haga que la prisión no haya sido cumplida».

Tal es el fondo en el caso de autos.

En realidad se trata de un acto regular de revocación de otro también regular. En virtud de un acto regular de la Brigada de Institutos Militares el Ejecutivo realizo el acto también regular de la expulsión del Capitán Escandón Bucheli del ejército; el oficial salió regularmente de la Institución, dejó de estar investido de los derechos y deberes inherentes a su función. En esas condiciones como dice el mismo autor:

> «El agente separado no ha podido llegar a ser acree-

dor de la retribución; el tiempo transcurrido desde la separación no se tiene en cuenta *para los ascensos, la antiguedad, la jubilación, etc.* Todos estos efectos no pueden ser afectados por el acto que revoca o deja sin efecto el acto de destitución. Todo lo que se puede hacer, si se quieren restablecer las cosas en su primitivo estado, es realizar una serie de nuevos actos jurídicos apropiados para lograr los diversos resultados perseguidos: concesión de una cierta suma de dinero equivalente a la retribución no percibida, ascenso extraordinario en compensación del tiempo perdido, etc. Y aun así, puede suceder que las cosas no logren ser totalmente restablecidas» (pág. 219 obra citada).

Como ejemplo clásico, cuya similitud con el caso en estudio sorprende, recuerda el ilustre profesor, el proceso Dreyfus y dice:

«El caso más elocuente es el del Teniente Coronel Picquart, separado por un acto jurídico regular, en el curso del proceso Dreyfus. Cuando la Corte de Casación reconoció y proclamó la inocencia del Capitán Dreyfus, se pensó en las demás víctimas del proceso, y, en especial, en el Teniente Coronel Picquart, quien no había titubeado en sacrificar su carrera militar siguiendo el dictado de su conciencia. Se quiso reintegrarle en los cuadros del ejército, con el ascenso que hubiese podido legítimamente esperar si hubiese seguido en la Institución. No se pensó en el asunto "dinero", toda vez que esta solución repugnaba a la tradición oficial de Francia.

Cómo podían obtenerse los resultados buscados?

No se revocó ni se dejo sin efecto el acto regular de separación, *por estimarse que ello era jurídicamente imposible.* En cambio *el Parlamento* llevo a cabo una serie de actos-condiciones, calculados de manera que el Teniente Coronel Picquart quedase investido de ventajosas situaciones jurídicas generales e impersonales».

Como se lee, se consideró jurídicamente imposible revocar y dejar sin efecto el acto regular de separación del ejército, y fué necesaria la intervención del propio Parlamento porque nada podían hacer los tribunales .ElGobierno Francés, queriendo reparar una injusticia no vaciló en dirigirse al Congreso en los siguientes términos:

«La Corte de Casación, en pleno, por sentencia de 12 de Julio de 1.906, ha casado en definitiva el fallo condenatorio dictado el 9 de septiembre de 1.899, por el Consejo de Guerra de Rennes, contra el Capitán Alfredo Dreyfus. La proclamación de la inocencia de Dreyfus pone de

manifiesto la legitimidad de los esfuerzos que el Teniente Coronel Picquart, con riesgo de perder definitivamente su carrera, intentara leal y valientemente, desde el año de 1.896, para hacer triunfar la verdad. Este oficial superior, separado el 26 de febrero de 1.898, *sòlo puede ser reintegrado por una ley a los cuadros activos del Ejército.* Os pedimos, además, borrar definitivamente los efectos de esta separación, conferirle el grado de General de Brigada, al cual ya han sido promovidos 64 oficiales menos antiguos que él en el grado de Teniente Coronel, o de una antigüedad igual, y retrotraer su nombramiento al 10 de Julio de 1.903, víspera del dìa en que fué ascendido el más antiguo de estos oficiales generales" (pàgs. 222 y 223, obra citada).

Podría argumentarse que el ejemplo anterior pone de manifiesto la justicia de las peticiones del actor en este juicio y que por ello debería accederse a las peticiones de la demanda. Pero acontece que en Colombia, como en Francia, la jurisdicción contenciosa sólo puede estudiar si los actos de la Administración son o no ilegales, están o no viciados de nulidad para poder así deducir el restablecimiento del derecho que se considera violado, y el decreto 1384 de 1.952, objeto de la acusaciòn y por el cual se ascendió a Mayor al antiguo capitàn Escandón Bucheli es un acto legal ya que, como se vió anteriormente, el Gobierno no estaba obligado a darle efectos retroactivos, ni a ascender al demandante a un grado superior; por lo mismo, no puede decirse que la Administración hubiera dejado de reconocer, en su expedición, la plenitud de los derechos del demandante. Como se vió en el ejemplo transcrito para reparar los efectos de un hecho cumplido regularmente fuè necesario que el Parlamento Francés usara de sus plenos poderes haciendo excepción a la regla general. Pero a la jurisdicción contenciosa no le asisten estas facultades de legislador, y si bien es cierto que conforme al Art. 69 del C. C. A. puede estàtuír disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, de esta facultad no puede hacerse uso sino cuando se trata de restablecer un derecho particular que, por haber sido violado, generó la nulidad del acto que se acusa. En el presente caso no se ha pedido la nulidad de ningún acto, ni se ha comprobado plenamente el derecho al ascenso, ni el Ejecutivo dejó de reconocer un derecho legalmente reconocido en normas de carácter civil o administrativo porque el ascenso, como se dijo, no es obligatorio sino potestativo del Gobierno.

La Sala reconoce que al distinguido oficial demandante, así como a sus compañeros que se hallan en el mismo caso, se les ocasionaron gravísimos perjuicios al hacerles efectiva la condena ordenada por una sentencia que luego fué invalidada, y por habérseles retirado del ejército privándoseles asì de obtener los grados a que hubieran podido llegar sin esa separación. Considera igual-

mente, que constituiría un acto de justicia que por los órganos competentes del poder público se dictaran las medidas extraordinarias indispensables del caso para reparar esos perjuicios. Pero como se expresó anteriormente, a la jurisdicción contenciosa le es jurídicamente imposible tomar esas medidas porque la órbita de sus atribuciones se lo impide.

Por lo expuesto hasta aquí debe concluírse que el Gobierno obró en forma legal al expedir el decreto cuya reforma se solicita y al dar cumplimiento a la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia.

3º.) Después de la citación para sentencia, con propósitos meramente ilustrativos, el señor apoderado del demandante presentó al Consejo, junto con el memorial de fecha 22 de abril del presente año, copia auténtica de los decretos-leyes y otras medidas de carácter legal expedidas por el Gobierno, encaminadas todas a reparar los perjuicios causados a los miembros de las Fuerzas Armadas procesados o condenados por delitos contra el régimen constitucional con anticipación al 9 de abril de 1.948. Tales disposiciones son los Decretos-Leyes 3220 y 2184 de 1.953, 2062 de 1.952 y Resoluciones Nos. 2618 de 1.952, 1216 y 1217 de 1.955. Estima el demandante que en virtud de tales disposiciones y especialmente del Decreto-Ley 2184 de 1.953 que concedió la amnistía, y de la interpretación dada a ellas por la H. Corte de Justicia Militar, se presenta hoy la situación aberrante de que a los oficiales juzgados y condenados, favorecidos con la amnistía, se les ha reconocido como activo el tiempo que estuvieron por fuera del ejército, y que por lo mismo, se encuentran gozando de sus grados y privilegios, en tanto que el demandante y sus compañeros no les ampara esa medida por haber sido absueltos. Es decir, que quienes fueron condenados se encuentran en mejores condiciones que quienes fueron absueltos pero si se les hizo efectiva la condena impuesta por la sentencia invalidada.

Desgraciadamente tampoco esta paradojal situación puede ser resuelta por el Consejo ya que tales disposiciones no pueden incidir en el caso de autos por haber sido expedidas con posterioridad a la demanda y consecuencialmente no haber podido ser alegadas en tiempo. Pero su expedición demuestra que el Ejecutivo ha tratado de reparar los perjuicios ocasionados, y que bien puede el demandante, si las estima aplicables al caso, dirigirse a la Administración para que con base en ellas y en la interpretación de la H. Corte de Justicia Militar, por medio de medidas de carácter especial se le reparen los perjuicios de que fue víctima y que el Consejo no puede expedir por las razones expuestas anteriormente.

* * *

Desea la Sala advertir que las largas consideraciones anteriores han sido hechas en gracia a la trascendencia del asunto debatido,

pero que, hubiera podido prescindir de ellas por hallarse configurado en el presente caso la excepción perentoria propuesta por el señor Fiscal en su concepto de fondo cuando dice:

«Como fácilmente se observa de la lectura de las peticiones de la demanda, aquí no se ejercita acción de nulidad de ninguna especie sino que se pide lisa y llanamente que se "reforme" el Decreto Nº. 1384 de 9 junio de 1.952.

«En negocios similares al presente en que se ha alegado la teoría de la "imperfección del acto administrativo con base en las sentencias proferidas en los juicios del Capitán de Corbeta Manuel A. García y Capitán José Antonio Pedraza Picón, que se citan como apoyo jurisprudencial para esta demanda, esta Fiscalía refiriéndose a esta teoría con la cual se persigue la "reforma" de un acto administrativo, ha dicho lo siguiente:

«Con el respeto debido a los H. Consejeros que suscribieron la aludidas providencias, la Fiscalía se permite manifestar que disiente totalmente de las tesis o jurisprudencias expuestas por esa Corporación, porque si en realidad no se puede establecer que exista una violación de una norma superior, o como lo dice el H. Consejo:"No se vé que existe una violación sustantiva de los textos superiores de derecho por parte del acto acusado", es improcedente ordenar el restablecimiento del derecho que se considera violado, pues sería incongruente sostener que no ha habido violación de una norma de derecho y al mismo tiempo que es necesario decretar el restablecimiento del derecho violado. Es claro que los derechos tienen su asidero en las leyes que los consagran y por consiguiente para ordenar el restablecimiento de un derecho particular se requiere que el interesado demuestre que ha existido transgresión de una norma legal.

No desconoce la Fiscalía, que al tenor del Art. 68 del C. C. A., también puede pedirse el solo restablecimiento del derecho cuando las causas de la violación es un hecho u operación administrativa, y que en tal evento no es necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes. Pero en el caso de autos no se trata de un simple hecho u operación administrativa, sino de un acto, de un Decreto expedido por el Gobierno Nacional con el lleno de todas la formalidades legales.

A juicio de la Fiscalia sería ilógica una decisión en que se diga que se niega la nulidad del acto demandado, por ser éste legal, pero que se ordena al Ministerio de

Guerra dictar disposiciones reformatorias por existir una supuesta omisión.

De lo anterior concluye este Despacho que esa especie de teoría de la IMPERFECCION es un mito, un término medio inaceptable, porque un acto es legal o ilegal; si lo primero, es PERFECTO; si lo segundo, IMPERFECTO.

En sentencia de fecha 30 de agosto de 1.952, proferida en el juicio instaurado por el Capitán Hernando Espinosa Peña. Expediente Nº. 140, siendo consejero Ponente el Dr. José Urbano Múnera, dijo el H. Consejo después de referirse a la vista fiscal emitida por este despacho en el negocio de Pedro Ignacio Rincon, lo siguiente:

Pero ocurre que contra esta clase de actos de la Administración no existe otro recurso contencioso administrativo que el de la nulidad del acto y consiguiente restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 67 del C. C. A. (Ley 167 de 1.941) que dice: "La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que *además de la anulaciòn del acto se le restablezca en su derecho*.....

Y la demanda, en lugar de pedir la anulación pidió que se declarara la simple imperfección, es decir, la causa de nulidad en lugar del efecto. Lo cual no deja de ser un dislate jurídico que no puede mantenerse, por más que haya sido el mismo Consejo de Estado quien lo ideó en otro tiempo. La *imperfección* de que habló el Consejo en la sentencia que puso término al juicio instaurado por el doctor Manuel A. García Naranjo, consiste precisamente en la violación del precepto legal de que al oficial que pide su retiro por falta de vacante para ascender. pues reúne todos los demás requisitos, hay que ascenderlo antes de concederle el retiro, o al menos decretar simultáneamente ascenso y retiro. La teoría concebida por el Consejero ponente de ese entonces y acogida por sus colegas, carece de base legal porque sostener que la omisión del cumplimiento de un mandato legal no es una violación de ese mandato, que acarrea la nulidad del acto, sino una mera imperfección que debe hacerse corregir por quien sólo puede anular, es un error jurídico.

Por consiguiente se caracteriza la excepción de petición de modo indebido, y el Consejo habrá de limitarse a declararla probada.

Las razones que se dejan expuestas son suficientes para que este Depacho proponga la excepción de petición de modo indebido y solicite que se declare probada.

En los anteriores términos dejo rendido el concepto que me corresponde».

El Sr. Fiscal solicita que debe declararse probada la excepción de petición de modo indebido porque el demandante no solicitó la nulidad del acto que se acusa a fin de que, como consecuencia de ella se pudiera llegar a la reforma, todo de acuerdo con las últimas jurisprudencias del Consejo.

Evidentemente la Sala, en la sentencia transcrita por el Sr. Fiscal cambió la jurisprudencia anterior y fué muy claro al expresar que en todas aquellas acciones en que se persigue el restablecimiento de un derecho que se considera violado, es necesario que previamente se ejercite la acción de nulidad a fin de que, como consecuencia de ésta, se puede llegar a la reforma por imperfección del acto. Esta conclusión está dentro de la más estricta lógica jurídica. En efecto, no podría el Consejo llegar a la conclusión de que un acto debe reformarse sin antes haber estudiado los motivos que lo inducen a la reforma y deducido de ese estudio que el acto es ilegal, bien porque contraría lo dispuesto en normas superiores, bien porque fué expedido en forma irregular, o con abuso o desviación de atribuciones.

Esta es la conclusion que se saca de la atenta lectura de los arts. 62 a 73 del C. C. A.

Todas estas normas hasta el art. 66 inclusive, consagran la llamada simple acción de nulidad o cotencioso de anulación y es solamente el art. 67 el que viene a consagrar la acción de plena jurisdicción, o de restablecimiento del derecho violado.

Conviene transcribirlo íntegramente para que se vea que a pesar de consagrar una acción diferente a la de simple nulidad, dicho artículo no puede interpretarse sino en armonía y concordancia con las que consagran la de anulación; y que el restablecimiento del derecho queda sometido, se hace derivar de la anulación del acto que produce el agravio. Dice así:

"La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que ADEMAS DE LA ANULACION del acto se le restablezca en su derecho".

El adverbio *además* es en ese artículo muy claro y terminante. Quienquiera que se sienta lesionado en sus derechos podrá pedir su restablecimiento, pero deberá pedirlo además y como consecuencia de la anulación.

El artículo 68 sí es muy claro en sentido de expresar que no es necesario ejercitar la acción de nulidad cuando la causa de la violación es un hecho u operación administrativa; pero no es ese el ca-

so en estudio en donde no se trata de hechos sino de diversos actos del Gobierno.

Viene, por último, el art. 69 que se limita a facultar a la jurisdicción contenciosa para estatuír disposiciones nuevas en reemplazo de las *acusadas* y modificar o reformar éstas. También por éste artículo se llega a las conclusiones dichas porque además de hablar de disposiciones *acusadas* exige que el interesado exprese en que consiste la *violaciòn,* con lo cual se está diciendo que se parte del principio de que se considera violada una norma superior de derecho.

Y aquí puede agregarse que si se hubiera querido establecer la simple acción de reforma, que intenta el demandante, independiente de la nulidad, se hubiera consagrado de manera expresa.

No puede, pues, la Sala, por las razones anteriores, modificar la última de sus doctrinas al respecto.

En el caso de autos basta leer las peticiones de la demanda que se transcribieron al principio para ver que el demandante no ha solicitado la nulidad de ningún acto administrativo a fin de que, como consecuencia de dicha nulidad, y en desarrollo de las facultades que el art. 69 concede al Consejo para dictar disposiciones nuevas en reemplazo de las *acusadas,* el Consejo pudiera entrar a *reformar* éstas. Se limito a pedir la simple reforma y a que se ordene al Gobierno dictar medidas para el restablecimiento del derecho. Lo que vale decir, en orden a las ideas expuestas que se ha pedido de modo indebido y por ello la Sala deberá declarar la excepciòn propuesta.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto de su Fiscal colaborador y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada en este juicio la excepción perentoria de petición de modo indebido.

Revalídese el papel común usado en la actuación

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

Rafael Rueda Briceño ,Manuel Buenahora, Daniel Anzola Escobar, José Enrique Arboleda V., Rafael Marriaga, Ildefonso Méndez, Antonio José Prieto, Guillermo Novoa Rodríguez.- Secretario.

AUTORIDADES NACIONALES.

AUTO NIEGA LA ADMISION DE LA DEMANDA SOBRE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS A LA EMPRESA EDITORIAL "EL SIGLO, S. A."

(Consejero Ponente: Baudilio Galán Rodríguez)

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

NO SE ADMITE la demanda que la "SOCIEDAD EDITORIAL EL SIGLO S. A." presenta por medio de apoderado, sobre restablecimiento del derecho particular que considera violado por "vías de hecho de la Administración", porque ha sido presentada fuera del término hábil señalado por la Ley para el ejercicio de la acción

En efecto, todos los hechos que el actor en su libelo señala como causantes de la violación de su derecho particular, y cuya realización atribuye a agentes de la Administración, ocurrieron según la propia demanda, en un lapso comprendido entre el día 13 de junio y el día 24 de septiembre de 1.953. Ahora bien: en el presente caso, según manifestación expresa hecha en la demanda, se intenta ejercitar la acción contencioso administrativa que consagra el Art. 68 de la ley 167 de 1.941; es decir, se pretende hacer uso de la vía ordinaria contencioso administrativa de simple restablecimiento del derecho particular que se estima violado por hechos de la Administración; y es sabido que esta acción prescribe al cabo de cuatro meses a partir de la realización del hecho que causa la acción, de acuerdo con lo que establece el Art. 83 de la citada Ley 167 de 1.941 que dice:

> «La acción de nulidad de un acto administrativo puede ejercitarse en cualquier tiempo, a partir de su expedición o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar a regir.
>
> Esta regla se aplica a todos los actos administrativos, sean de carácter nacional, departamental o de una Intendencia o Comisaría.
>
> La encaminada a obtener una reparación por lesión de

derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción".

Así las cosas, es obvio que si la acción puede ejercitarse dentro del término que señala la ley, no puede ejercitarse fuera de él. Y como ejercitar la acción es demandar, resulta tambien clara la consecuencia de que si no se puede legalmente demandar, la demanda extemporánea que se presente, no puede ser admitida.

En el caso que ahora se ofrece, se observa en primer lugar, que no es una sola acción la que se pretende ejercitar sino una acumulación de acciones mediante una misma vía. Y se dice que son varias acciones porque los hechos que se enuncian como fundamentales, son distintos, auncuando pudieran ser de la misma índole, acaecidos en distintas ocasiones; por lo mismo, salta a la vista que cada uno de esos hechos sería generador de una acción distinta, desde luego, con distinto término hábil para su ejercicio ante la justicia; si bien por tratarse de acciones de la misma naturaleza y surgidas de relaciones jurídicas entre las mismas partes, sí podrían ejercitarse mediante una sola demanda. Empero, como ya se dijo, tales hechos ocurrieron en un lapso comprendido entre el 13 de junio y el 24 de septiembre de 1.953. En tales condiciones, las respectivas acciones contencioso administrativas para el restablecimiento de los derechos particulares que hayan podido ser violados por tales hechos, debían haber sido ejercitadas de acuerdo con la disposición atrás transcrita, dentro de cuatro meses a partir de la realización de cada uno de esos hechos. Mas, sucede que entre el 24 de septiembre de 1.953 y el OCHO (8) de marzo de 1.954, día este último en que fué presentada legalmente la demanda, después de haberse subsanado los defectos de forma manifiestos que en un principio se le anotaron, transcurrieron más de cuatro meses. Es decir, que para esa fecha estaba prescrita la acción y por lo tanto, había desaparecido también su viabilidad procesal, o sea que la demanda no podía ser admitida. Al respecto es terminante la disposición del Art. 87 de la ley 167 de 1.941 que dice: "No se dará curso a la demanda que carezca de alguna de las anteriores formalidades, y su presentación no interrumpe los términos señalados para la caducidad de la acción. En el auto en que se niega la admisión de una demanda, deberán expresarse los defectos que tenga, y ordenarse su devolución al interesado para que los corrija. Y eso fué lo que ocurrió: que el libelo era defectuoso fundamentalmente en su forma, pues no llenaba los requisitos que el Art. 84 ibidem exige para que los presupuestos procesales del juicio queden clara y precisamente establecidos, y por éllo hubo de rechazarse por entonces y ordenarse su corrección.

Pero no se diga que el inicial rechazo del libelo ocasionó la prescripción de las acciones en él propuestas. Porque la primitiva de-

manda fué presentada el día 11 de febrero retropróximo; y es a todas luces manifiesto, que entre el 24 de septiembre de 1.953 y el 11 de febrero de 1954, transcurrieron más de cuatro meses; sin que haya lugar a argüir que deben descontarse los días correspondientes a las vacaciones judiciales, porque es sabido que cuando la ley habla de meses para señalar términos, se cuentan los del calendario; y solamente cuando habla de días se entienden los días hábiles, caso en el cual sí se deben descontar los feriados y los de vacancia. Y sobra también decir, que los términos judiciales así como los legales, solamente se pueden aprovechar hábilmente, cuando de éllos se hace uso, precisamente dentro del tiempo que éllos comprenden.

Cópiese y notifíquese.

Baudilio Galán Rodriguez.- Guillermo Novoa Rodriguez, Secretario.

AUTORIDADES NACIONALES

AUTO REVOCA EL DE 9 DE MARZO DE 1.954 Y ADMITE LA DEMANDA DE INDEMNIZACION DE LA EMPRESA EDITORIAL "EL SIGLO S. A."

(Consejero ponente: doctor Manuel Buenahora).

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

Referencia: Indemnización contra la Nación por perjuicios causados a la empresa **El Siglo, S. A.**
Actor: **El Siglo S. A.**

Con fecha 9 de marzo de 1.954 el honorable Consejero sustanciador del presente negocio se negó a admitir la demanda por considerar que había sido presentada fuera del término hábil señalado por la ley para el ejercicio de la acción.

Contra dicha providencia el abogado de la sociedad demandante interpuso recurso de súplica, por lo cual el expediente hubo de pasar al Despacho del honorable Consejero doctor Méndez, para la elaboración del correspondiente proyecto.

El doctor Méndez presentó éste en el sentido de confirmar el auto suplicado en cuanto se refiere a los hechos relatados en la demanda como ocurridos en los días 14 de junio y 14 de julio de 1953, y en cuanto a la suspensión del periódico *El Siglo* de que da cuenta una carta de fecha 4 de agosto del mismo año que no ha sido traída a los autos, y de revocarlo en la parte que inadmite la demanda por la suspensión que del mismo periódico se ordenó por Resolución número 57 de 24 de septiembre de 1.953, y que se ejecutó ese mismo día.

La Sala lo discutió durante varias sesiones y se aceptò en principio su texto; mas habièndose luègo presentado por el honorable Consejero doctor Prieto un extenso y fundamentado pliego de observaciones al proyecto del doctor Méndez, se resolvió reabrir la discusión durante la cual la mayoría no compartió algunos de los conceptos de la parte motiva del proyecto de éste, aceptando, en cambio, su parte resolutiva aunque dejándose constancia de que al aceptar esta parte lo hacía por razones diferentes.

Por esta razón el expediente pasó al despacho del Consejero

doctor Buenahora para la elaboración del presente proyecto definitivo.

Explicado lo anterior, y en orden a resolver sobre el recurso de súplica que ha sido interpuesto, se considera:

El auto recurrido fundamenta así su negativa:

> «En efecto, todos los hechos que el actor en su libelo señala como causantes de la violación de su derecho particular, y cuya realización atribuye a agentes de la Administración, ocurrieron, según la propia demanda, en un lapso comprendido entre el día 13 de junio y el día 24 de septiembre de 1.953. Ahora bien: en el presente caso, según manifestación expresa hecha en la demanda, se intenta ejercitar la acción contencioso-administrativa que consagra el artículo 68 de la Ley 167 de 1.941; es decir, se pretende hacer uso de la vía ordinaria contencioso-administrativa de simple restablecimiento del derecho particular que se estima violado por hechos de la Administración; y es sabido que esta acción prescribe al cabo de cuatro meses a partir de la realización del hecho que causa la acción, de acuerdo con lo que establece el artículo 83 de la citada Ley 167 de 1941...»

En el proyecto del doctor Méndez se parte del principio de que en el proveído anterior se incurre en el error fundamental de considerar que la demanda se instaura únicamente por *hechos* de la Administración, cuando en realidad en ella se hacen derivar los perjuicios que la sociedad querellante afirma le fueron ocasionados, no solamente de los *hechos* ocurridos en los días 14 de junio y 14 de julio de 1.953, por simples órdenes verbales, sino también de los *actos* de la Administración materializados en una carta de fecha 4 de agosto y en la Resolución número 57 de 24 de septiembre del mismo año, expedidas ambas por la Dirección de Información y Propaganda del Estado.

A continuación hace una exposición doctrinaria acerca de lo que debe entenderse por *acto, hecho y operación administrativos,* así como también del significado de la expresión *vía de hecho* y de cómo y cuándo ésta se configura.

Más adelante el proyecto sostiene que la acción propuesta, en cuanto ataca la Resolución número 57, no es la consagrada por el artículo 68 del C. C. A. sino del artículo 67 ibídem, relativa a los *actos* de la Administración, y para clarificar doctrinariamente la diferencia entre las acciones consagradas en estos dos artículos, hace algunas interesantes consideraciones jurídicas, al cabo de las cuales deduce, consecuente con la afirmación de que la demanda se refiere no solamente a *hechos* sino también a *actos* de la Administración, y recordando los artículos 74, 75, 76 y 83 del mismo Có-

digo, que la Resolución número 57 ha debido notificarse y que por no haberlo sido, los cuatro meses para la caducidad de la acción por indemnización de perjuicios que dicha Resolución pudo ocasionar, no pueden contarse desde el día de su ejecución sino desde cuando se presentó la demanda ante el Consejo.

Como se ve, el problema que debe dilucidarse es el de determinar la fecha desde la cual deben contarse los cuatro meses de que trata el inciso 3º. del artículo 83, en otras palabras, si la demanda, en la forma que ha sido presentada, hace derivar los perjuicios cuya indemnización se reclama solamente de *hechos* de la Administración como lo afirma el Consejero sustanciador, o si dichos perjuicios se hacen derivar tanto de *hechos* como de *actos* de la misma, según lo sostiene el proyecto del doctor Méndez, y en este último evento si la prescripción se cuenta desde el día en que se ejecutó el *acto* contenido en la Resolución número 57 de 1.954 por el hecho mismo de haber sido inmediatamente ejecutada, o desde el día en que se presentó la demanda por no haber sido notificada la Resolución dicha en los términos ordenados por los artículos 74, 75 y 78 del C. C. A.

Sobre el primer punto la mayoría de la Sala acepta la interpretación que de la demanda se hace en el proyecto del doctor Méndez en la parte que a continuación se transcribe como fundamento del presente proveído:

> «...la contención no se instaura únicamente por *hechos* de la Administración, sino que ella tiende a reclamar los perjuicios que la sociedad querellante estima le fueron ocasionados con la prohibición de editar el periódico *El Siglo* en los días 14 de junio y 14 de julio de 1.953, por simples órdenes verbales —*hechos*— dadas por el Ejército y la Policía, respectivamente, y la suspensión del mismo por cinco días, primero, y luégo por treinta (lo que según la demanda ocasionó el aplastamiento económico de la empresa), *actos* estos materializados en una *carta* de fecha 5 de agosto, y por la *Resolución* número 57 de 24 de septiembre, ambas del mismo año de 1.953 y originadas en la Oficina de la Dirección de Información y Propaganda del Estado, los cuales —*hechos y actos*— se califican en la demanda como *vías de hecho* de la Administración. Más claramente: en el auto referido se confunde la noción jurídica de *vía de hecho* con el *hecho* administrativo.
>
> *Acto administrativo.* La noción de *acto* administrativo comprende, en su acepción más amplia, el realizado por un agente público para efectuar un servicio; en su sentido restringido es el que realiza en forma escrita una autoridad administrativa para lograr un efecto jurídico conducente al cumplimiento de su función pública. No quedan, pues, comprendidos en este último concepto los simples *hechos*

u operaciones materiales realizados por agentes de la Administración (Gascón y Marín *Derecho Administrativo*, páginas 182 y 185, edición de 1952).

Hecho administrativo. Se considera tal, según los tratadistas, todo lo que se hace materialmente por la Administración y que tiene una consecuencia jurídica creadora o modificadora de una situación individual. Mas para el artículo 68 de la Ley 167 de 1.941, según la doctrina del Consejo, *hecho administrativo* es el ejecutado en forma no escrita por un empleado público sin derecho, como se verá inmediatamente.

Operación administrativa. En sentido genérico se entiende bajo este rubro un acto administrativo complejo, de cualquier clase; pero en el que le da la misma disposición —el artículo 68—, es decir, en el de *operación material administrativa,* se comprende como tal las medidas de preparación o hechos de ejecución, ambos necesarios en la vida administrativa para la existencia del *acto administrativo* propiamente dicho, llevados a cabo dentro de un reglamento previamente establecido por la ley. Por esta razón ha dicho el Consejo:

"...cuando hay *operación administrativa* no puede haber *vía de hecho,* puesto que los dos fenómenos chocan, se oponen entre sí: el primero es legítimo; el segundo arbitrario y hasta violento, y, por lo mismo, censurable. Consecuencia recta es la de que la *operación administrativa* ni los *hechos* que la constituyen, podrán jamás ser generadores de violación alguna; pero sí en cambio causar lesiones patrimoniales o, en su caso, daños especiales, no por involuntarios o productos de la necesidad de obrar, menos dignos de resarcimiento, que es lo que la ley colombiana ha querido". (Sentencia, 29 de julio de 1.947, *Anales* 357/361, página 448).

Vías de hecho de la Administración. No existe texto legal que mencione siquiera esta figura jurídica...

Se puede decir, pues, siguiendo los lineamientos generales expuestos por el Consejo a este respecto (véase sentencia citada), que la *vía de hecho* se configura y caracteriza por uno de estos dos elementos esenciales: por una parte, cuando la Administración ha pretendido ejercitar un derecho que la ley no le otorga; por otra, cuando la Administración obra con *violación total* del procedimiento que se le ha impuesto.

De todo lo anterior se concluye, además, que todo *hecho administrativo* —dentro del sentido restringido que a este vocablo da el artículo 68— es *vía de hecho,* pero no lo contrario, ya que se puede cometer una *vía de he-*

cho mediante *acto* escrito. Por ejemplo, hay *vía de hecho* en una resolución de un Alcalde Municipal que ordena la desocupación de un inmueble del Distrito arrendado, pretermitiendo el juicio de lanzamiento correspondiente ante los jueces ordinarios.

Veamos ahora qué consecuencia práctica conllevó para la compañía demandante el error anotado:

La sociedad actora ejercitó, según la demanda, la acción consagrada en los artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1.941, en estos términos: "No se trata de interponer una acción de nulidad sino la acción administrativa adecuada, tendiente a obtener que la Nación repare e indemnice los daños causados a Editorial El Siglo, S. A., por diversos *actos*". Se está, pues, en presencia de un caso de excepción a la regla que establece el referido artículo 67, esto es, que el restablecimiento del derecho ocasionado por un *acto* ilegal sólo puede obtenerse, por la *vía contencioso-administrativa*, como consecuencia de la declaratoria de su *nulidad*. Sobre este particular ha sostenido el Consejo:

"1. Cuando la nulidad de un acto se demanda como medio de obtener el restablecimiento del derecho lesionado, hay lugar a revisar la disposición acusada aunque haya sido derogada", (Sentencia de 27 de junio de 1.946, *Còdigo Administrativo* de Pareja, segunda edición, página 224)

"2. . . .hay casos en que por no existir al tiempo de la demanda acto formal ni material alguno sobre el cual recaiga la acusación de nulidad, la acción no puede tener como objetivo sino las indemnizaciones o prestaciones correlativas a hechos u operaciones ejecutados, que dejaron huellas o rastros lesivos de los intereses del actor. Así, por ejemplo, sin que preceda decreto, resolución u orden escrita emanada de autoridad competente que provea a una expropiación por causa de utilidad pública o interés social, como para la apertura de una nueva vía de comunicaciones, si de hecho se utiliza en desarrollo del plan la propiedad particular, su dueño dispondría de las acciones conducentes a quedar completamente indemne; así, cuando se ejercitan órdenes verbales aun por los motivos más plausibles, pero que dejaron aquellos rastros o huellas, el particular agraviado, ante los hechos cumplidos que no admiten reversión, se determinará por las prestaciones conmutativas; así, aunque *haya existido acto formal, pero que fue revocado después de su ejecución por autoridad competente*, si con él se produjo alguna lesión patrimonial, el sujeto respectivo no podrá implorar nulidad por sustracción de materia, pero sí la indemnización a que haya

lugar". (Sentencia de 29 de julio de 1.947, *Anales* 357/61, pàgina 458).

La Sala actual prohija la tesis expuesta, mas considera que la acción no se halla consagrada por el artículo 68 —como sostiene, en uno de sus apartes, la última de las providencias que se han transcrito— pues ella, en el evento que se estudia, no cabe dentro de los estrechos moldes de la disposición, la cual sólo contempla el supuesto de lesiones por *hechos u operaciones materiales administrativas* y no por *actos*. Tal derecho se halla implícito en el artículo 67, ya que lo más incluye lo menos, es decir, que si puede solicitarse con base en la norma la nulidad de un *acto administrativo* y como consecuencia el restablecimiento del derecho por él desconocido, nada más lógico que se pueda obtener también bajo su cobijo el reparo del daño únicamente, cuando el *acto* ya ha sido derogado. Pero habrá, por la misma razón, que resolver, mediante el pedido correspondiente, sobre si ese *acto* fue nulo, como medio para llegar al fin perseguido. A continuación se precisan, para clarificar doctrinariamente el punto, las dos clases de acciones establecidas por los artículos 67 y 68 del Código Contencioso Administrativo: la de nulidad y la de plena jurisdicción. La primera tiene por objeto la anulación de los actos-reglas de la Administración, dictados con violación —ya sea formal o substancial— de los ordenamientos legales y también de los actos-condiciones que interesan a la sociedad, tales como aquellos que colocan a una persona dentro de una situación general y reglamentaria que la inviste de un poder. La segunda comprende la nulidad de los actos de carácter subjetivo, como medio, y el restablecimiento del derecho de las personas perjudicadas, como fin; o simplemente las indemnizaciones o prestaciones correspondientes, cuando en fuerza de la situación, por ausencia de materia, no es posible ejercitar la acción de nulidad (caso de las demandas por actos ya derogados y por hechos u operaciones materiales administrativos)».

A lo anterior observa la Sala que si bien la compañía demandante no ejercitó expresamente la acción de nulidad contra ninguno de los *actos* que según ella dieron origen a los perjuicios, a fin de que sirviera de medio para llegar hasta el restablecimiento del derecho, este aspecto no puede ser objeto de estudio en un auto en que se resuelve sobre la aceptación de la demanda.

Ahora bien: como de conformidad con el inciso 3º. del artículo 83 de C. C. A., la acción para demandar perjuicios por *hechos administrativos* caduca a los cuatro meses contados a partir de su realización, y según se vió atrás, la demanda hace derivar los per-

juicios por los *hechos* ocurridos en los días 14 de junio y 14 de julio de 1.953, se hace necesario confirmar el auto recurrido en esta parte por cuanto la demanda reformada solamente se presentó el día 8 de marzo de 1.954 (véase también artículo 87 ibídem).

Cabe ahora estudiar si la demanda debe o no ser aceptada en cuanto se refiere a los *actos* de la Administración contenidos, según el demandante, en una carta de fecha 4 de agosto de 1.953, en la cual el señor Coordinador de la censura de prensa, doctor Felipe Antonio Molina, ordenaba la suspensión del periódico *El Siglo*, por cinco días, y en la Resolución número 57 del 24 de septiembre del mismo año, originaria de la Oficina de Información y Propaganda del Estado, en la que se ordena una nueva suspensión por treinta días.

Con relación al primero, o sea la carta, solamente habrá necesidad de decir que no habiéndose acompañado a la demanda el original o la copia autenticada de tal *acto*, ni habiéndose solicitado del Consejo que la pidiera, también se hace necesario confirmar, en esta parte, la providencia recurrida (artículo 86 ibídem, incisos 1o. y 3o.).

En cuanto atañe a la Resolución 57 y al modo legal como debe contarse la prescripción de la acción por los perjuicios que ella pudo ocasionar dadas las circunstancias de haberse ejecutado ese mismo día, de no haberse notificado en los términos ordenados por el artículo 76 y haberse luego revocado por Resolución número 58 de 29 de septiembre del mismo año, el criterio de la Sala es dudoso, pues en tanto que hay quienes opinan que podría sostenerse que la caducidad o prescripción de las acciones que de ella pudieren derivarse, debe contarse desde su ejecución, interpretando en esta forma el artículo 83 del C. C. A., otros conceptúan que por tratarse de un *acto* de aquellos en que se resuelve una situación particular y concreta, también podría sostenerse que dicho *acto* debe ser notificado conforme al artículo 74 ibídem; que no habiéndolo sido, tal falta de notificación impidió que la caducidad o prescripción se iniciara con la ejecución de los hechos contenidos y ordenados en él y que, por lo mismo, debe aceptarse la demanda en este punto.

Esta última tesis podría sostenerse con las dos razones siguientes: Primero: "que las reglas de hermenéutica no permiten interpretar una disposición legal en forma que sirva para incumplir otra, esto es, si la notificación de una providencia no produce efectos legales, si no se le previene al perjudicado acerca de los recursos legales, *a fortiori*, si no se le hace notificación, la simple ejecución de la resolución no puede empeorar su situación de defensa ante la ley"; segundo: "que exigiendo los artículos 71 y 82 el agotamiento previo de los recursos gubernativos para recurrir ante lo contencioso administrativo, de poder contarse la caducidad de la acción desde la ejecución del *acto* en estos casos tal caducidad no sería de cuatro meses sino de diez días, término fijado por el artículo 78 para interponer cualquiera de los recursos en aquella vía".

Pero también a lo anterior se podría replicar:

a) Que el texto del artículo 83 es muy claro y que "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (artículo 27, C. C.)".

Dice así en lo pertinente el artículo 83:

> «La acción de nulidad .... encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o *ejecución del acto* o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción».

Este artículo asimila las nociones de *publicación*, notificación y ejecución de los *actos* o de los *hechos* u operaciones administrativas para contar la caducidad de la ejecución del *acto* o del *hecho*, y siendo tan claro su texto, no es lícito relacionarlo con otros para hacerle expresar una cosa diferente;

b) Que su aplicación no conduce a violar la norma del artículo 76, porque la finalidad de la notificación es la de llevar al conocimiento del interesado las determinaciones de la Administración y que la ejecución del *acto* o la realización del *hecho* cumplen esa finalidad;

c) Que tampoco es cierto que de contarse la caducidad a partir de la ejecución del *acto*, aquélla se reduciría a diez días, pues el interesado puede, dentro de los diez días hábiles siguientes a la ejecución, interponer los recursos de que habla el artículo 78 e interrumpir, así, el término de la caducidad;

d) Que si se acepta, como se hace en el proyecto del doctor Méndez, que para los llamados *hechos* de la Administración la caducidad sí deba contarse a partir de su ejecución en virtud de la claridad del artículo, no es jurídico dejar de contarla en la misma forma cuando se trata de *actos* originados de la misma Administración, porque ello implicaría sancionar a ésta cuando procede por escrito, dejando intacto el término de cuatro meses para cuando, pretermitiendo todo procedimiento, procede por hechos materiales;

e) Que de aceptarse la tesis conforme a la cual la caducidad para los *actos* ya ejecutados no se cuenta sino a partir de una notificación hecha conforme al artículo 74, no habría prescripción para las acciones originadas en *actos* que, como los de la demanda en estudio, fueron luégo revocados, pero cuya ejecución pudo dejar huellas que se traducen en *hechos* generadores de perjuicios, ya que en virtud de la revocatoria no podría hacerse la notificación por falta de materia, contrariándose el principio de que toda acción tiene su prescripción, y haciéndose desaparecer la necesaria solidez que debe asistir a todos los actos del Estado;

f) Que si frente a los *actos* ya ejecutados resulta más gravosa a situación de los particulares, comparándola con la que les resul-

taría frente a *actos* no ejecutados, es cuestión del legislador que no puede el Consejo reformar, y

g) Que como lo observa el doctor Prieto, "el artículo 83 de la Ley 167 de 1.941 prevé tres casos de ocurrencia distintos, para conforme a cada uno de ellos indicar desde qué momento se cuentan los cuatro meses que la misma disposición erige como lapso prescriptorio para que la 'acción que se ejercite encaminada a obtener reparación por lesión de derechos particulares' y 'que es incuestionable que la ocurrencia de uno cualquiera de esos tres casos excluye a los otros'."

En presencia de los anteriores encontrados conceptos, la Sala, considerando que el punto debatido incide fundamentalmente en la jurisprudencia nacional y que por lo tanto al debate debe dársele una gran amplitud a fin de que el Ministerio Público y las partes puedan exponer sus puntos de vista; que del estudio que se ha hecho de la demanda, la unanimidad de la Sala considera que la acción intentada se halla prescrita en cuanto se relaciona con los hechos ocurridos en los días 14 de junio y 14 de julio, y que tampoco se puede aceptar la parte relativa a la carta de 4 de agosto, por no haberse presentado su copia; y que las dudas que se han presentado se refieren solamente a la viabilidad del ejercicio de la acción en cuanto a la Resolución número 57 de 24 de septiembre de 1.953, resolvió aceptar la demanda por lo que hace a este preciso particular, en gracia, se repite, a la amplitud que debe darse a todo debate judicial.

En mèrito de lo expuesto, se resuelve:

1º. Confírmase el auto suplicado en cuanto hace relación a los *hechos* que en la demanda se dicen ocurridos en los días 14 de junio y 14 de julio de 1.953, y en relación con el *acto* de la Administración que se dice contenido en una carta de fecha 4 de agosto del mismo año;

2º. Revócase el auto suplicado en cuanto hace relación al *acto* administrativo contenido en la Resolución número 57 de 24 de septiembre de 1.953, expedida por la Oficina de Información y Propaganda del Estado, y en consecuencia se dispone:

a) Admítese la demanda presentada por Editorial El Siglo, S. A., en la parte que ella se refiere a obtener que se repare la lesión e indemnicen los perjuicios que pudieron ocasionársele con la expedición de la Resolución número 57 de 24 de septiembre de 1.953, expedida por la Oficina de Información y Propaganda del Estado, y en consecuencia se dispone:

b) Désele conocimiento al Gobierno por conducto del Ministerio respectivo;

c) Notifíquese este auto personalmente al señor Fiscal del Consejo;

d) Cumplidas las anteriores diligencias, fíjese en lista el nego-

cio por el término de cinco días para que los interesados puedan solicitar la práctica de pruebas y hacer valer los demás derechos que la ley les otorga;

e) Para información de la Sala y de las partes, agréguense al expediente el proyecto presentado por el doctor Ildefonso Méndez y las observaciones a éste formuladas por el doctor Antonio José Prieto.

Revalídese el papel común usado en la actuación.

Notifíquese y cúmplase.

Josè Enrique Arboleda V., Daniel Anzola Escobar, Manuel Buenahora, Ildefonso Mèndez, Rafael Marriaga, Antonio Josè Prieto, Rafael Rueda Briceño.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL HONORABLE CONSEJERO DOCTOR JOSE ENRIQUE ARBOLEDA V.

Disiento en algunos puntos de la parte motiva del auto anterior por cuanto que en mi concepto no existe duda, sino certeza, de que la Resolución número 57 de 24 de septiembre de 1.953 debió ser notificada, sin perjuicio de su lógico e inmediato cumplimiento, a Editorial El Siglo, S. A. La ausencia de dicha notificación en la forma prevenida por el artículo 74 del C. C. A. es la que me lleva a concluír que, respecto de dicha providencia, no se había operado el fenómeno de la caducidad de la acción a la fecha de la presentación de la demanda. Las razones en que apoyo tal certeza las presento en forma esquemática, para tratar de ser breve, así:

1. El argumento de que el artículo 83 del C. C. A. es claro y que cuando el sentido de la ley lo sea, no deberá desatenderse su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu, no puede aplicarse a la letra de una disposición legal en contra de otros preceptos del mismo estatuto. Puede parecer claro el texto de un artículo y sin embargo permitir en apariencia la contravención de otros similares de la misma ley. En este caso es preciso interpretar el primero en forma que armonice con los demás, no obstante el tenor literal de aquèl, conforme lo establece el artículo 30 del C. C. al decir: "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". Tal es el caso de autos:

El inciso 2º. del artículo 74 del C. C. A., ordena notificar personalmente toda providencia (en la forma indicada por el inciso 1º. del mismo), en cuya virtud deba quedar obligado un particular; el 75 indica la manera de hacer dicha notificación cuando no es posible efectuarla personalmente; el 76 determina que sin los anteriores requisitos no se tendrá por bien hecha ninguna notificación, y el 78 establece la fecha desde la cual se entiende surtida. La conclusiòn indiscutible de los anteriores preceptos en orden a la prescripción de la acción, es la de que sin notificación legalmente efectuada no puede operar dicho fenómeno jurídico.

Pero el artículo 83 establece que la acción encaminada a obtener la reparación de derechos particulares prescribe a los cuatro meses de la notificación, publicación o ejecución del acto administrativo. Tomada esta norma en el sentido que le da la parte mo-

tiva del auto de que disiento, resulta que una providencia que obligue a un particular puede prescribir sin que a él se le hubiere notificado en términos legales o sin que se hubiere publicado cuando la ley lo ordena, si fue ejecutada, pues la ejecución es en tal caso punto de partida para la prescripción de la acción. Es decir, interpretado así el artículo 83 (alegando que su tenor literal es claro) sirve para que queden sin efecto práctico los artículos 74, 75, 76 y 78 del mismo Código.

Tengo para mí que lo que ocurre es que dicho precepto contempla tres situaciones distintas, es a saber: a) La de las providencias que deben notificarse necesariamente; b) La de las que deben ser publicadas para que empiecen a regir, y c) La de las que no requieren notificación ni publicación. Respecto de las primeras, la prescripción empieza desde su notificación; desde su publicación, en relación con las segundas, y, en orden a las terceras, desde su ejecución, si no fueron notificadas o publicadas. Este sí me parece el sentido natural y obvio del comentado artículo 83, que lejos de permitir la violación de otros preceptos del mismo C. C. A. los complementa y armoniza.

Y como la Resolución 57 de 24 de septiembre de 1.953 es de aquellas que deben ser notificadas personalmente o en la forma prevenida en el artículo 75 del C. C. A. por tratarse de una providencia en la cual quedaba obligado un particular además de ser una sanción, la prescripción de la acción sólo podía empezar a contarse desde dicha notificación. No habiéndose realizado, encuentro jurídicamente difícil equiparar la ejecución a la notificación para efectos de contar la prescripción de las acciones contra ella.

2. No empece a lo anterior el que se tratara de una medida para preservar el orden pùblico bajo el imperio de las amplísimas facultades gubernativas del estado de sitio. Este argumento justifica plenamente el cumplimiento inmediato, sin dilación, por la Fuerza de Policía, de la Resolución ameritada; pero no la falta de notificación en el mismo acto de ejecución o posteriormente a éste, porque las normas ordinarias vigentes antes de la declaración de turbación del orden público y de estado de sitio, siguen rigiendo durante éste, salvo que el Gobierno haga uso de sus poderes de suspensión de aquellas normas. Como en el presente caso no fueron suspendidos para efectos de la censura de prensa los artículos analizados en el punto anterior, ellos regían para la Resolución 57 de 24 de septiembre de 1.953. Y no debe olvidarse, respecto del cumplimiento inmediato de dicha providencia, que éste no hubiera podido ser aplazado por los representantes de la empresa sancionada al interponer algún recurso legal contra la misma como resultado de la notificación, porque los recursos contra providencias de policía administrativa no tienen efecto suspensivo.

3. La afirmación de que como la finalidad de la notificación es la de llevar al conocimiento del interesado las determinaciones de la Administración, tal cosa se consigue con la ejecución del acto,

no es totalmente aceptable. En primer lugar, porque "notificación" es un término técnico-jurídico de contenido preciso que da del proveído notificado un conocimiento especial, según la manera como cada Código ordena hacerla. Y así, el artículo 167 del C. de P. P. manda que la notificación personal de una providencia se realice leyendo al sindicado la totalidad de ella, el 309 del C. J. indica con detalles la forma como ha de efectuarse una notificación por edicto, y el 74 del C. C. A. determina que al hacer conocer una providencia administrativa al interesado, se expresen los recursos que proceden contra ella por la vía gubernativa.

En segundo lugar, porque el conocimiento que pueda adquirir el interesado de la providencia por medio de su ejecución es fragmentaria e incompleta. No es lo mismo que una persona sepa el sentido de una providencia al ser ejecutada contra él, a que la conozca sobre el texto mismo del proveído, dándose cuenta de su motivación y de la extensión o efectos de lo resuelto en ella.

José Enrique Arboleda V.

Bogotá, 22 de julio de 1.955.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ILDEFONSO MENDEZ

Me veo en la obligación de hacer constar mi total inconformidad con los considerandos de la precedente resolución.

ANTECEDENTES

Después de la discusión regular, en dos sesiones, de la ponencia que presenté para desatar el recurso de súplica interpuesto en los autos, ella fue aprobada con los votos de los doctores Manuel Buenahora, José Enrique Arboleda V., Daniel Anzola Escobar, Rafael Rueda Briceño, y naturalmente, del suscrito. El doctor Antonio José Prieto anunció que salvaría el suyo; explicando allí que en su concepto esta jurisdicción era incompetente para conocer de las demandas por perjuicios reclamados a la Administración por *vías de hecho.*

Según constancias procesales, el expediente pasó al despacho del Consejero disidente el 21 de junio último, por dos días, como lo establece el artículo 48, inciso segundo, de la Ley 167 de 1.941. El 30 del mismo mes, dicho Magistrado pidió al Presidente de la Sala una sesión especial para leer su salvamento de voto, lo que así hizo, exponiendo varias tesis, una de ellas, la de que la acusación no versaba sobre un *acto administrativo* sino sobre un *acto de gobierno* de carácter discrecional, y por lo tanto, no sujeto a los requisitos que regulan la vida jurídica de aquéllos, tales como los de notificación.

La coyuntura fue aprovechada por la mayoría de la Sala para imponer la reconsideración de la parte motiva del proyecto ya adoptado, tal como se había hecho en alguna ocasión. Resulta, pues, pertinente transcribirlo para luego hacerle glosas a la fundamentación del auto en la forma como definitivamente se da a la luz:

«..... ....

«1. Considera la Sala que hay un error fundamental en el proveído recurrido, ya que la contención no se instaura únicamente por *hechos* de la Administración, sino que ella tiende a reclamar los perjuicios que la sociedad querellante estima le fueron ocasionados con la prohibición de editar el periodico *El Siglo,* en los días 14 de junio y 14 de julio de 1.953, por simples órdenes verbales *hechos* dadas

por el Ejército y la Policía, respectivamente, y la suspensión del mismo por cinco días, primero, y luégo por treinta (lo que según la demanda ocasionó el aplastamiento económico de la empresa), *actos* estos materializados en una *carta* de fecha 4 de agosto, y por la *Resolución número 57* de 24 de septiembre, ambas del mismo año de 1.953 y originadas en la Oficina de la Dirección de Información y Propaganda del Estado, los cuales —*hechos y actos*— se califican en la demanda como *vías de hecho* de la Administración. Más claramente: en el auto referido se confunde la noción jurídica de *vía de hecho* con el *hecho* administrativo.

Acto administrativo. La noción de *acto* administrativo comprende, en su acepción más amplia, el realizado por un agente público para efectuar un servicio; en su sentido restringido, es el que realiza en forma escrita una autoridad administrativa para lograr un efecto jurídico conducente al cumplimiento de su función pública. No quedan, pues, comprendidos en este último concepto los simples *hechos* u *operaciones materiales* realizados por Agentes de la Administración (Gascón y Marín, *Derecho Administrativo,* págs. 182 y 185, edición de 1.952).

Hecho administrativo. Se considera tal, según los tratadistas, todo lo que se hace materialmente por la Admistración y que tiene una consecuencia jurídica creadora o modificadora de una situación individual. Mas para el artículo 68 de la Ley 167 de 1.941, según la doctrina del Consejo, *hecho administrativo* es el ejecutado en forma no escrita por un empleado público sin derecho, como se verá inmediatamente.

Operación administrativa. En sentido genérico se entiende bajo este rubro un acto administrativo complejo, de cualquier clase; pero en el que le da la misma disposición —el artículo 68—, es decir, en el de *operación material administrativa,* se comprende como tal las medidas de preparación o hechos de ejecución, ambos necesarios en la vida administrativa para la existencia del *acto administrativo* propiamente dicho, llevados a cabo dentro de un reglamento previamente establecido por la ley. Por esta razón ha dicho el Consejo:

> «... cuando hay *operación administrativa* no puede haber *vía de hecho,* puesto que los dos fenómenos chocan, se oponen entre sí: el primero es legítimo, plausible; el segundo arbitrario y hasta violento, y, por lo mismo, censurable. Consecuencia recta es la de que la *operación administrativa* ni los *hechos* que la constituyen, podrán jamás ser generadores de violación alguna; pero sí en cambio, causar lesiones patrimoniales o, en su caso, daños especiales, no por involuntarios o producto de la necesidad de obrar, menos dignos de resarcimiento, que es lo que la ley colombiana ha querido (Sentencia, 29 de julio de 1.947. *Anales* 357/361, pág. 448)».

Vías de hecho de la Administración. No existe texto legal que mencione siquiera esta figura jurídica, por lo que hay que recurrir a los autores:

«*Hauriou:* "No hay operación administrativa sino en el ejercicio de un derecho que ha sido reglamentado en provecho de la Administración, con empleo del procedimiento correspondiente.

La sanción de este principio consiste en lo que se llama vía de hecho, es decir que:

1º. La Administración comete una vía de hecho o una usurpación de poder si usa un derecho que no ha sido previa y formalmente reglamentado;

2º. La Administración comete una vía de hecho o usurpación de poder si usa un derecho que posee realmente, pero sin observar los procedimientos que le son impuestos, protectores de los intereses de terceros".

Moreau: "Hay vía de hecho: por una parte, cuando la Administración ha pretendido ejercitar un derecho que la ley no le otorga; por otra la Administración obra sin observar el procedimiento que se le ha impuesto".

Waline: "La vía de hecho es un medio de realizar derechos o deseos, opuestos a la vía de derecho . . . . La vía de hecho es, por lo tanto, violación del principio según el cual nadie puede hacerse justicia a sí mismo", y agrega: "La vía de hecho en materia administrativa, por simple aplicación de la definición general dada arriba, consiste en el *empleo abusivo o sin derecho* de prerrogativa de ejecución de oficio".

Eustorgio Sarria: "En síntesis, existe *vía de hecho* cuando un agente público, sin competencia para ello, actúa, toma una medida; o, cuando, teniendo competencia, obra irregularmente o se aparta del motivo o fin previsto".

Carlos H. Pareja: "Hay vía de hecho en lo administrativo cuando el funcionario procede a ejecutar una medida mediante la acción directa, es decir, sin estar autorizado para ello o en cumplimiento de un acto por sí mismo inexistente, y sin llenar las formalidades legales. La vía de hecho puede pues definirse diciendo que es el acto cuasidelictual de una autoridad, ejecutado sin competencia y sin formalidad legal, en perjuicio de terceros».

Se puede decir, pues, siguiendo los lineamientos generales expuestos por el Consejo a este respecto (véase sentencia citada), que la *vía de hecho* se configura y caracteriza por uno de estos dos elementos esenciales: por una parte, cuando la Administración ha pretendido ejercitar un derecho que la ley no le otorga; por otra,

cuando la Administración obra con *violación total* del procedimiento que se le ha impuesto.

De todo lo anterior se concluye, además, que todo *hecho administrativo* —dentro del sentido restringido que a este vocablo da el artículo 68— es *vía de hecho,* pero no lo contrario, ya que se puede cometer una *vìa de hecho* mediante un *acto* escrito. Por ejemplo: hay *vía de hecho* en una resolución de un Alcalde Municipal, que ordena la desocupación de un inmueble del Distrito, arrendado, pretermitiendo el juicio de lanzamiento correspondiente ante los jueces ordinarios.

Veamos ahora què consecuencia práctica conllevó para la sociedad demandante el error anotado:

La compañia actora ejercitó, según la demanda, la acción consagrada en los artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1.941, en estos términos: "No se trata de interponer una acción de nulidad sino la acción administrativa adecuada, tendiente a obtener que la Nación repare e indemnice los daños causados a Editorial El Siglo S. A., por diversos *actos*". Se está, pues, en presencia de un caso de excepción a la regla que establece el referido artículo 67, esto es, que el restablecimiento del derecho ocasionado por un *acto* ilegal sólo puede obtenerse, por la *vía contencioso-administrativa,* como consecuencia de la declaratoria de su *nulidad.* Sobre este particular ha sostenido el Consejo:

> 1. "Cuando la nulidad de un acto se demanda como medio de obtener el restablecimiento del derecho lesionado, hay lugar a revisar la disposiciòn acusada aunque haya sido derogada". (Sentencia de 27 de junio de 1.946, *Còdigo Administrativo* de Pareja, segunda edición, pág. 224).
>
> 2. ". . . . hay casos en que por no existir al tiempo de la demanda acto formal ni material alguno sobre el cual recaiga la acusación de nulidad, la acción no puede tener como objetivo sino las indemnizaciones o prestaciones correlativas a hechos u operaciones ejecutados, que dejaron huellas o rastros lesivos de los intereses del actor. Así, por ejemplo, sin que preceda decreto, resoluciòn u orden escrita emanada de autoridad competente que provea a una expropiación por causa de utilidad pública o interés social, como para la apertura de una nueva vía de comunicaciones, si de hecho se utiliza en desarrollo del plan la propiedad particular, su dueño dispondría de las acciones conducentes a quedar completamente indemne; asícuando se ejercitan órdenes verbales, aun por los motivos más plausibles, pero que dejaron aquellos rastros o huellas, el particular agraviado, ante los hechos cumplidos que no admiten reversión, se determinará por las prestaciones conmutativas; así, aunque *haya existido acto formal, pero que fue revocado después de su ejecución por autoridad compe-*

tente, si con èl se produjo alguna lesión patrimonial, el sujeto respectivo no podrá implorar la nulidad por sustracción de materia, pero sí la indemnización a que haya lugar". (Sentencia de 29 de julio de 1.947. *Anales* 357/361, pág. 459).

La Sala actual prohija la tesis expuesta, mas considera que la acción no se halla consagrada por el artículo 68 —como sostiene, en uno de sus apartes, la última de las providencias que se han transcrito— pues ella, en el evento que se estudia, no cabe dentro de los estrechos moldes de la disposición, la cual sólo contempla el supuesto de lesiones por *hechos u operaciones materiales administrativas* y no por *actos*. Tal derecho se halla implícito en el artículo 67, ya que lo más incluye lo menos, es decir, que si puede solicitarse, con base en la norma, la nulidad de un *acto* administrativo y como consecuencia el restablecimiento del derecho por él desconocido, nada màs logico que se pueda obtener también bajo su cobijo el reparo del daño únicamente, cuando el *acto* ha sido derogado. Pero habrá, por la misma razón, que resolver, mediante el pedido correspondiente, sobre si ese *acto* fué nulo, como medio para llegar al fin perseguido. A continuación se precisa, para clarificar doctrinariamente el punto, las dos clases de acciones establecidas por los artículos 67 y 68 del Código Contencioso Administrativo: la de nulidad y la de plena jurisdicción. La primera tiene por objetivo la anulación de los actos-reglas de la Administración, dictados con violación —ya sea formal o substancial— de los ordenamientos legales y también de los actos-condiciones que interesan a la sociedad, tales como aquellos que colocan a una persona dentro de una situación general y reglamentaria que la inviste de un poder. La segunda comprende la nulidad de los actos de carácter subjetivo, como medio, y el restablecimiento del derecho de las personas perjudicadas, como fin; o simplemente las indemnizaciones o prestaciones correspondientes, cuando en fuerza de la situación, por ausencia de materia, no es posible ejercitar la acción de nulidad (caso de las demandas por actos ya derogados y por hechos u operaciones materiales administrativos).

2. El auto del Consejero sustanciador cuenta los cuatro meses de la caducidad de toda demanda de plena jurisdicción, en el caso, a partir del 24 de septiembre de 1.953 —fecha de la Resolución 57—, alegando que como se accionó en ella con fundamento en *hechos* administrativos, la realización del último de ellos marca el hito de partida; mas como en este razonamiento hay, según se ha demostrado, una premisa parcialmente falsa, la conclusión necesariamente sigue esta resultante. Se explica: la demanda no sólo se basa en *hechos* sino en *actos*, y el Código establece reglas distintas para contar la prescripción en un caso y en el otro. Veámoslo:

«*Artículo 74.* Las providencias que ponen término a un negocio o actuación administrativa de carácter nacional

se notifican personalmente al interesado o a su representante o apoderado, dentro de los cinco días siguientes a su expedición, debiendo expresarse los recursos que por vía gubernativa procedan y el término dentro del cual deban interponerse, todo bajo las responsabilidades del funcionario correspondiente.

Artículo 75. Si no pudiere hacerse notificación personal, se fijará un edicto en papel común, en lugar público del respectivo Despacho por el término de cinco días, con inserción de la parte resolutiva de la providencia y con las prevenciones mencionadas en el inciso primero del artículo anterior.

Si se trata de una providencia del Gobierno o de un Ministro, desfijado el edicto se publicará por una sola vez en el *Diario Oficial.*

Artículo 76. Sin los anteriores requisitos no se tendrá por bien hecha ninguna notificación, ni producirá efectos legales la respectiva providencia, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales.

Artículo 77. Por la vía gubernativa proceden los siguientes recursos en asuntos administrativos de carácter nacional:

1º. El de reposición, ante el mismo funcionario administrativo que pronuncie la providencia, para que se aclare, modifique o revoque;

2º. El de apelación, ante el inmediato superior, con el mismo objeto.

Artículo 78. De uno y otro recurso ha de hacerse uso dentro de diez días útiles a partir de la notificación personal, o de la desfijación del edicto, o de treinta días contados desde la fecha de la publicación en el *Diario Oficial,* cuando hubiere lugar a ello.

Transcurridos estos plazos, sin que se hubiere interpuesto recurso, la providencia quedará ejecutoriada.

Artículo 83. La acción de nulidad de un acto administrativo puede ejercitarse en cualquier tiempo, a partir de su expedición o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar a regir.

Esta regla se aplica a todos los actos administrativos, sean de carácter nacional, departamental o de una Intendencia o Comisaría.

La encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la pu-

blicación, notificación o ejecución del acto o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción».

De los anteriores preceptos se desprende que la prescripción de la acción para demandar los *actos* que definen una situación individual y concreta y que deben notificarse, no puede contarse, caso de haberse incumplido esta exigencia, desde su ejecución. Primero, porque las reglas de hermenéutica no permiten interpretar una disposición legal en forma que sirva para incumplir otra, esto es, si la notificación de una providencia no produce efectos legales si no se le previene al perjudicado acerca de los recursos que procedan en su contra por la vía administrativa, a menos que dándose él por suficientemente enterado convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales, *a fortiori*, si no se le hace notificación, la simple ejecución de la resolución no puede empeorar su situación de defensa ante la ley; y segundo, porque exigiendo los artículos 71 y 82 el agotamiento previo de los recursos gubernativos para recurrir ante lo contencioso-administrativo, de poder contarse la caducidad de la acción desde la ejecución del *acto* —en estos casos— tal caducidad no sería de cuatro meses sino de *diez días*, término fijado por el artículo 78 para interponer cualquiera de los recursos de aquella vía.

Pasemos ahora del plano abstracto a la aplicación concreta de los principios expuestos al caso en estudio:

a) Como el derecho para demandar perjuicios por *hechos administrativos* caduca a los cuatro meses de la realización de ellos, procede confirmar el auto que se revisa en cuanto se refiere a los daños que pudiera haberse infligido a Empresa Editorial El Siglo, S. A., por las órdenes verbales del ejército y la policía para que no se editara el periódico *El Siglo* y de las cuales se ha dado cuenta.

b) También es del caso confirmar la providencia en cuanto no admitió la demanda por los perjuicios que han podido derivarse del *acto* por el cual se suspendió la publicación del periódico por cinco días, pero no por el motivo que allí se da, sino porque no se acompañó a ella la copia autenticada del *acto* —la carta de la Oficina de Información y Propaganda del Estado, que dió la orden— ni se solicitó al Consejo que la pidiera, todo como lo prevé el artículo 86.

c) En cambio, debe revocarse el auto en la parte que inadmitió la demanda por los perjuicios que se dice fueron ocasionados por la Resolución 57, por las siguientes razones:

aa) Se trata de uno de aquellos *actos*, en que se resuelve una situación individual y concreta, que debe notificarse y así no se hizo. Con esto no quiere decirse que su cumplimiento estaba condicionado a ese requisito, ni a la decisión previa de los recursos administrativos, pues la censura de prensa es una de las medidas tutelares del orden público, de carácter policivo, y de consiguiente,

de cumplimiento inmediato; pero sí que al no estar *suspendidas* las normas legales sobre notificación y recursos gubernativos de los *actos* administrativos nacionales, ellas han debido cumplirse posteriormente. Sobre este particular, anota la Sala que por el conducto regular se pidió *repetidamente* al Director de Información y Propaganda del Estado, *sin obtenerlo*, que la ilustrara acerca de si esas diligencias se llevaron a término y si existían para el 24 de septiembre de 1.953 disposiciones especiales para la notificación, publicación y ejecución de las providencias de la naturaleza de la demanda: la Resolución 57.

bb) Que la falta de notificación de la Resolución 57 conlleva a considerar que la acción en la que se sustenta la demanda —en la cual se pide el estudio de la legalidad de tal *acto* como medio para el restablecimiento del perjuicio que se estima ocasionado por su vigencia— no se encuentra *prescrita*, ya que al mandato del artículo 76 este *acto* solo puede entenderse como notificado en el momento en que los representantes de Editorial El Siglo, S. A., ejercitaron la vía jurisdiccional, que era la única procedente, pues al derogar la Administración —motu proprio— la Resolución, por falta de materia, desaparecieron los recursos por la vía gubernativa. No puede decirse que la exigencia de la notificación, en la forma especificada, sólo tiene por objeto indicar al lesionado la procedencia de los recursos administrativos, los cuales para el caso no tuvieron vida por haberse derogado tal providencia por la Resolución número 58 dictada por la misma entidad cinco días después, es decir, el 29 de septiembre de 1.953 ya que como este *acto* tampoco se notificó, de él puede repetirse lo dicho al respecto.

DECISION:

Admítase la demanda presentada por Editorial El Siglo S. A., en los términos de la parte motiva de esta providencia; en consecuencia, se dispone:

1. Désele conocimiento del hecho al Gobierno por conducto del Ministerio de Gobierno.

2. Notifíciese este auto personalmente al Fiscal del Consejo.

3. Cumplidas las diligencias anteriores, fíjese en lista el negocio por el término de cinco (5) días, para que los interesados puedan solicitar la práctica de pruebas y hacer valer los demás derechos que la ley les otorga.

Notifíquese y cúmplase».

«.... ....
....»

Razones de mi inconformidad con la mayoría.

Mi ponencia desadoptada sostiene:

a) Que el artículo 83 del Código de lo Contencioso Administrativo hay que interpretarlo — como lo mandan precisos ordenamientos legales— de concierto con sus otras disposiciones, tales como los artículos 76 y 78, es decir, que como hay *actos que deben notificarse* (artículo 74), y otros que requieren *publicación* para entrar a regir (artículo 83) y otros aún que no necesitan ni de lo uno ni de lo otro, será en el primer caso, la *notificación* —llevada a cabo con las formalidades de rigor—, en el segundo, la *publicación* en el *Diario Oficial* y en el tercero, su *ejecución* a falta de lo uno y de lo otro, lo que determinará cuál de los tres momentos fijados por la norma sea el punto de partida para contar la prescripción de la acción que se demanda; y

b) Que tratándose de *hechos u operaciones* materiales de la Administración, por razón de la naturaleza de los mismos, la prescripción se cuenta desde que ellos se realizan.

La mayoría de la Sala contrapone, aunque dubitativamente, las siguientes objeciones:

aa) Que el artículo 83 "...asimila las nociones de publicación, notificación y ejecución de los *actos* o de los *hechos u operaciones* administrativas para contar la caducidad".

bb) Que tal ordenación "...prevé tres casos de ocurrencia distintos, para conforme a cada uno de ellos indicar desde qué momento se cuentan los cuatro meses que la misma disposición erige como lapso prescriptorio para la acción que se ejercite encaminada a obtener reparación por lesión de derechos particulares" y... "que es incuestionable que la ocurrencia de uno cualquiera de esos tres casos excluye a los otros"; y

cc) Que... "la finalidad de la notificación es la de llevar al interesado el conocimiento de las determinaciones de la administración y... la *ejecución* del *acto* o la realización del hecho cumplen esa finalidad".

Para no repetir nociones ya expuestas en el texto de mi proyecto, sólo hago las siguientes observaciones:

1. Que la ejecución de un *acto* no siempre comporta para los lesionados con él su conocimiento.

2. Que la mayoría, aunque dice impugnarlo, acepta mi argumento de que de contarse la prescripción de la acción en las demandas por *actos que deben notificarse*, cuando se incumple esta exigencia, desde su publicación o *ejecución*, el plazo para la defensa de los perjudicados ante la ley se reduciría a sólo *diez días*, pues si bien es evidente, como lo anota la mayoría, que dentro de ese mismo lapso hay que interponer los recursos gubernativos cuando su *notificación* se cumple *personalmente* —en donde, como requisito para su validez se impone la advertencia sobre tales recursos—, no sucede lo mismo si ésta así no se hace, ya que en este evento hay que dejar pasar, primero, cinco días, luégo fijar un *e-*

dicto por otros cinco, y si se trata de una providencia del Gobierno o de un Ministerio, después, hay además que publicar ese *edicto* en el *Diario Oficial*, por una vez, y dejar correr nuevamente otros treinta días (artículos 74, 75 y 78).

3. Que, con la interpretación en referencia la Administración puede incumplir "legalmente" las normas sobre notificación y publicación de los *actos* —que son una preciosa garantía institucional— fácilmente. Así, una providencia que *debe notificar*, la publica o la ejecuta; o una que *debe publicar* para que éntre a regir, la ejecuta simplemente.

4. Que el argumento que se hace para tratar de demostrar "...que de aceptarse la tesis conforme a la cual la caducidad de los *actos* ya ejecutados no se cuenta sino apartir de una notificación hecha conforme al artículo 74, no habría prescripción para las acciones originadas en *actos* que, como los de la demanda en estudio, fueron luégo revocados, pero cuya ejecución pudo dejar huellas que se traducen en *hechos generadores de perjuicios*, ya que en virtud de la revocatoria no podría hacerse la notificación por falta de materia, no pasa de ser un sofisma, pues si es evidente que tal *acto* por esa circunstancia no será necesario notificarlo, sí debe serlo la providencia que lo revoca, con lo cual desaparece la objeción anotada, pues a partir de tal diligencia principia a correr la prescripción de la acción para reclamar los posibles daños ocasionados, en la forma prevenida por la ley.

CONCLUSION:

La tesis de la providencia que comento lleva a muchos absurdos. Ejemplo: un empleado de la Carrera Administrativa en uso de licencia es destituído sin el pleno de las formalidades de rigor y se ejecuta el *acto* con la posesión de la persona nombrada en su reemplazo. A los *once* días siguientes se entera el perjudicado, pero es tarde: porque ya no podrá agotar el procedimiento gubernativo, pues los recursos con tal fin hay que inrerponerlos dentro de los diez días siguientes a cualquiera de estos momentos —notificación, publicación o *ejecución del acto*—, y ésta se realizó con la posesión del empleado nombrado en su reemplazo; y tampoco le será posible acudir a la vía jurisdiccional por no haber agotado el procedimiento administrativo.

Ildefonso Méndez

Bogotá, julio veintidós de mil novecientos cincuenta y cinco.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR PRIETO

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

Referencia: Expediente número 5085. Demanda indemnizatoria de "Editorial El Siglo, S. A."
Ponente del auto precedente, doctor Manuel Buenahora.

No acepto el auto que antecede con ponencia del doctor Manuel Buenahora, ni en su parte resolutiva, ni en su parte motiva. Tal auto revoca el recurrido de fecha 9 de marzo de 1.954, para en su lugar admitir la demanda, y sólo difiere de la ponencia o auto propuesto por el doctor Ildefonso Méndez, y admitido en principio por la mayoría de la Sala, a excepción del suscrito, difiere digo, en que a más de reproducir la motivación de que es autor el doctor Méndez, trata de reflejar en parte las tesis que el suscrito presentó en su salvamento de voto del 30 de junio pasado, salvamento de voto que agrego al presente a fin de que tales tesis en toda su extensión obren si pueden obrar y sean conocidas también en su extensión. Aunque el auto de última hora enfrenta en su motivación dos tesis distintas, parece que quiere dejar para el fallo definitivo que se estudie la excepción perentoria de la prescripción de la acción. Si el suscrito hubiera encontrado la alegación de hechos que virtualmente y por su posible demostración futura fueran capaces de probar o la *interrupción* o la *suspensión* del término prescriptorio de la acción, no habría vacilado en acoger el auto admisorio de la demanda, pero no habiendo nadie dejado entrever la posibilidad de tales eventos, no hay fundamento jurídico para revocar el auto recurrido. Por lo tanto reafirmo mi salvamento de voto del 30 de junio, al cual agrego el presente, para que formen un solo cuerpo de ideas, que explican prolijamente mi disentimiento con el resto de la Sala de Decisión.

Antonio José Prieto, Consejero de Estado.

Consejo de Estado—Sala de Decisión de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, junio veintiocho de mil novecientos cincuenta y cinco.

Salvamento de voto del Consejero doctor Antonio José Prieto alrededor del auto de fecha de hoy expedido por la Sala de Decisión que resolvió el recurso de súplica propuesto por el actor en la demanda sobre resarcimiento de perjuicios promovida por la "Empresa Editorial El Siglo, S. A.", de Bogotá.

El sustanciador por entonces doctor Baudilio Galán Rodríguez dictó el auto de fecha 9 de marzo de 1.954 por el que inadmitió la demanda por estimar que había sido "presentada fuera del término hábil señalado por la ley para el ejercicio de la acción". El auto de hoy de la Sala de Decisión revoca este auto y en su lugar **admite la demanda y ordena el curso legal de ella.**

Ponente del recurso de súplica, doctor Ildefonso Méndez.

Expediente número 5085 Entidad demandada: la Nación. Abogado del actor, doctor Ignacio Escallón. Entidad demandante: "Editorial El Siglo, S. A."

Cuando se discutía la ponencia indicada manifesté reparos e indiqué que deseaba conocer el expediente para formarme cabal juicio del asunto y esperaba que en otra sesión se volvería a leer o que dándose por terminada la discusión se votara para saber quiénes la votaban afirmativamente y quiénes no, o que antes de hacerse esto se me pasaría el informativo para llevarlo en circulación. Pero a la sesión siguiente encontré que la providencia se había firmado por varios Consejeros y que la Secretaría había recibido orden de que cuando firmara el doctor Rafael Rueda Briceño me fuera pasado a mi para que salvara voto, si no la aceptaba. Así sucedió y el día 21 de los corrientes al mediodía me fue entregado el negocio con la correspondiente nota de la Secretaría.

Procedo en consecuencia a exponer porquè no acepto la providencia referida y cuáles los motivos de mi inconformidad para separarme del resto de la Sala de Decisión.

El auto en cuestión lleva la autoria intelectual del señor Consejero doctor Ildefonso Méndez. El asunto entró a su estudio desde el 26 de agosto de 1954 pasado. En marzo 11 de este año (1955) se dictó por el doctor Méndez su primer auto por el cual se ordenó solicitar las copias auténticas de las Resoluciones 57 y 58, dictadas por el Jefe de Informaciòn y Propaganda, y porque advirtió el Consejero, esto estaba pedido por el actor, pero el sustanciador había omitido hacerlo, lo que así consta de autos.

En el folio siguiente obra el oficio número 538, fechado el 12 de abril de 1955, expedido por el doctor Jorge Luis Arango, Director de Información y Propaganda, quien se refiere al oficio del doctor Méndez del 11 de marzo.

Como el suscrito echara de menos el oficio del doctor Méndez, verbalmente se lo pedì al Secretario, quien lo introdujo en los autos.

El Director de Información y Propaganda en su referido oficio le trascribió al doctor Méndez el artículo 2º. del Decreto 3521 de

1949 y el 1º. del Decreto 1896 de 21 de julio de 1953, y expresó que para dictar las Resoluciones 57 y 58 de septiembre de 1953, emanadas de su Despacho, tuvo como base legal las disposiciones legales transcritas, y acompañó las copias auténticas pedidas. El señor Consejero ponente del recurso dirigió al mismo funcionario el oficio 228 de abril 14 de 1955, por el que le acusó recibo de las copias pero le advirtió que no aparecían adicionadas "con las constancias relativas a su publicación o notificación, según el caso, o la que indicara que estas diligencias no se habían practicado, si así hubiere ocurrido".

Y terminó pidiéndole copia de esas diligencias de notificación o publicación, y para que informara si existia "algún procedimiento especial establecido para la notificación o publicación de las providencias que llegaren a dictarse con fundamento en los Decretos nùmeros 3521 de1949 y 1896 de 1953".

El doctor Jorge Luis Arango, en su condición dicha por su nota 603, el 21 de abril de los corrientes contestó: "Como muy claramente lo dice la Resolución 57, en su artículo 2º., 'Queda encargada la Policía Nacional de hacer cumplir la presente Resolución".

"Adjunto a usted copia auténtica del oficio enviado por la Secretaría de Información y Propaganda del Estado el 24 de septiembre de 1953. Su lacónico texto dice:

Estimado Director: Me permito adjuntarle copia de la Resolución 57 de esta fecha, para los fines consiguientes".

El doctor Méndez, con invocación del artículo 327 del C. J., que considera aplicable por mandato del artículo 8º., Ley 153 de 1887, o sea que "por regla general ninguna resolución produce efectos antes de haberse notificado legalmente a las partes", nuevamente y por última vez se dirigió al Director de Información y Propaganda, transcribiéndole además los artículos 74, 75, 76 y 77 del C. C. A., para reiterarle que le enviara las copias dichas de noticiación o información de publicación subsidiaria o si existía algún procedimiento especial para la notificación, publicación y ejecución de las providencias que se dicten conforme a los Decretos 3521 de 1.949 y 1896 de 1.953.

El Director de Información y Propaganda categóricamente contestó ese oficio expresando que la Resolución 57 de 24 de septiembre de 1.953 dictada por esa oficina "en ejercicio de claras atribuciones legales, no es una providencia común y corriente ni aún siquiera ordinaria de Policía, sino una de las medidas tutelares del orden público que la Constitución autoriza al Gobierno para tomar, en ejercicio de facultades que le son propias y exclusivas, y por tanto, agregó, no está sujeta al trámite ordinario de cualquier providencia de carácter administrativo".

"Por esto se encomendó su ejecución a la Policia Nacional para que tuviera efecto inmediato y sin que contra ella valiera re-

curso alguno que hubiera hecho nugatorio el propósito preventivo del orden público".

Y dejó resumido el trámite del Consejero sustanciador del recurso de sùplica que antecediò a la providencia de que disiento.

FUNDAMENTO ADUCIDO POR EL AUTO RECURRIDO EN SUPLICA

El auto dictado por el Consejero sustanciador del negocio, doctor Galán Rodríguez, de fecha nueve de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro, que es el controvertido en súplica, tuvo como razones jurídicas para inadmitir la demanda, las siguientes, que resumo así:

1º. Que los hechos señalados por el actor en su demanda como causantes de la violación de su derecho particular, y cuya realización la atribuye a agentes de la Administración, ocurrieron en el lapso comprendido entre el 13 de junio y el 24 de septiembre de 1.953.

2º. Que la acción ejercitada es la de reparación económica o del restablecimiento del derecho, contenciosa administrativa de la vìa ordinaria que consagra el artículo 68 de la Ley 167 de 1.941, y que esta acción prescribe al cabo de cuatro meses a partir de la realización del hecho que causa la acción, de acuerdo con lo que establece el artículo 83 de la citada Ley, cuyas reglas se aplican según su propio texto a todos los actos administrativos, sean de carácter nacional, departamental o de una Intendencia o Comisaría.

El auto, luégo de reparar que la acciòn ejercitada no era una sola sino que comprendía varias de la misma naturaleza y viables todas por la vía ordinaria, porque los hechos enunciados como fundamento eran distintos y acaecidos en fechas distintas, aunque se podía aceptar su acumulación por haber surgido de relaciones jurídicas entre las mismas partes, era obvio que cada una de ellas tenía un lapso prescriptorio distinto, porque debían haber sido ejercitadas cada una en su tiempo de acuerdo con el artículo 83 mentado, concluyó que entre el 24 de septiembre de 1.953 y día ocho (8) de marzo de 1.954, en que fue presentada la demanda de aclación y corrección indicativa de que la acción que se ejercitaba no era la de plena jurisdicción sino la indemnizatoria de que trata el artículo 68 del C. C. A., transcurrieron más de cuatro meses. "Es decir, dijo el auto, que para esa fecha estaba prescrita la acción, y por lo tanto. había desaparecido también su viabilidad procesal, o sea que la demanda no podía ser admitida. Al respecto es terminante la disposición del artículo 87 de la Ley 167 de 1.941, que dice: "No se dará curso a la demanda que carezca de algunas de las anteriores formalidades, y su presentación no interrumpe los términos señalados para la caducidad de la acción".

CON QUÉ FUNDAMENTÒ EL AUTO LA SALA DE DECISION QUE DECRETA LA REVOCATORIA DEL ANTERIOR

El proveído de la Sala de Decisión admitió la demanda, revo-

cando tácitamente la inadmisión y ordenó lo que consecuencialmente se ordena en estos mismos casos. Dijo: "Admítese la demanda instaurada por la Editorial El Siglo, S. A., en los términos de la parte motiva de esta providencia, en consecuencia se dispone....."

En la parte motiva se dice que debe confirmarse el auto recurrido en "cuanto se refiere a los daños que pudieran haberse infligido a la empresa Editorial El Siglo, S. A., por las órdenes verbales del Ejército y la Policía para que no se editara el periódico *El Siglo* y de las cuales se ha dado cuenta". "b) También es del caso confirmar la providencia —agrega— en cuanto no admitió la demanda por los perjuicios que han podido derivarse del acto por el cual se suspendió la publicación del periódico por cinco días, pero no por el motivo que allí se da, sino porque no se acompañó la copia autentica del acto —la carta de la oficina de Información y Propaganda del Estado que dió la orden— ni se solicitó al Consejo que la pidiera, todo como lo prevé el artículo 86". En seguida en el numeral c) dice:

> «En cambio debe revocarse el auto en la parte que inadmitió la demanda por los perjuicios que se dice fueron ocasionados por la Resolución 57, por las siguientes razones:
>
> a) Se trata de uno de aquellos actos en que se resuelve una situación individual y concreta, que debe notificarse, y así no se hizo. Con esto no quiere decirse que su cumplimiento estaba condicionado a este requisito, ni a la decisión previa de los recursos administrativos, pues la censura de prensa es una de las medidas tutelares del orden público, de carácter policivo, y de consiguiente de cumplimiento inmediato; pero sí que al no estar suspendidas las normas legales sobre notificación y recursos gubernativos de los actos administrativos nacionales, ellas han debido cumplirse posteriormente. Sobre este particular, anota la Sala que por el conducto regular se pidió *repetidamente* al Director de Información y Propaganda del Estado, *sin obtenerlo*, que la ilustrara acerca de si esas diligencias se llevaron a término y si existían para el 24 de septiembre de 1.953 disposiciones especiales para la notificación, publicación y ejecución de las providencias de la naturaleza de la demanda: la Resolución 57.
>
> b) Que la falta de la notificación de la Resolución 57 conlleva a considerar que la acción en que se sustenta la demanda —en la cual se pide el estudio de la legalidad de tal *acto* como medio para el restablecimiento del perjuicio qne se estima ocasionado por su vigencia— no se encuentra *prescrita*, ya que al mandato del artículo 76 este *acto* sólo puede entenderse como notificado en el momento en que los representantes de Editorial El Siglo,

S. A. ejercitaron la vía jurisdiccional, que era la única procedente, pues al derogar la Administración —*motu proprio*— la Resolución, por falta de materia, desaparecieron los recursos por la vía gubernativa. No puede decirse que la exigencia de la notificación, en la forma especificada, sólo tiene por objeto indicar al lesionado la procedencia de los recursos administrativos, los cuales para el caso no tuvieron vida por haberse derogado tal providencia por la Resolución número 58, dictada por la misma entidad cinco días después, es decir, el 29 de septiembre de 1.953, ya que como este *acto* tampoco se notificó, de él puede repetirse lo dicho al respecto».

PRESUPUESTOS PROCESALES

Antes de referirme en la crítica que me propongo a la motivación anteriormente transcrita del auto del cual disiento, considero oportuno referirme a lo que se ha convenido en llamar los presupuestos procesales.

La doctrina y la jurisprudencia tienen establecido que en dos oportunidades compete y es obligatorio estudiar si se cumplen o no los presupuestos procesales: en el momento de admitirse una demanda y en el momento de pronunciar el fallo de fondo. De suerte que si en la primera se desecha u omite o se incurre en inexacta apreciación, se puede enmendar la omisión oel error en la segunda. Tales presupuestos son: capacidad sustantiva o personería sustantiva de quien demanda; capacidad procesal; legitimación en causa, activa y pasiva, o sea la existencia o fundamentación del derecho que se ejercita, o sea la facultad que la ley concede a quien demanda, que se confunde con el interés jurídico legalmente deducido, tanto para demandar, o sea con respecto al actor, legitimación activa, y pasiva, o sea que el demandado, legalmente, sea responsable. (Vease sentencia de la Corte Suprema de Justicia número 230.— G. J. número 1922).

Tanto en el campo de la justicia y del derecho común como en el campo y el derecho de lo contencioso-administrativo se tiene aceptado lo anterior.

También corresponde examinar en ambas oportunidades si hay competencia de jurisdicción por parte de la autoridad de quien se demanda y si la acción que se ejercita está o no prescrita.

El artículo 87 del C. de lo C. A., impone cuando se presenta una demanda hacer el examen de forma y del cumplimiento o no de los presupuestos procesales, y de los otros dos aspectos señalados.

El artículo 109 del C. A. formula que sólo son admisibles las excepciones que se oponen a lo sustancial de la acción.

El artículo 111 ibidem sienta la norma de que las excepciones se

deciden en la sentencia definitiva; y que pueden ser declaradas de oficio cuando se encuentran justificados los hechos u omisiones que las constituyen.

Lo anterior marca una diferencia profunda con respecto a lo que ocurre en el procedimiento civil y en el campo de la justicia ordinaria, por cuanto el C. J., admite las excepciones dilatorias que permiten enmendar o cambiar el procedimiento antes de darle curso a la demanda; esto no ocurre dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa, porque si los hechos configurativos de una excepción se oponen a lo sustancial de la acción, se declinan como perentorias en la sentencia, y si no tuvieren ese vigor, entonces pueden originar nulidades procedimentales, que las partes pueden proponer en cualquier estado del juicio.

Mientras dentro del procedimiento civil el Juez está obligado a declarar la excepción perentoria que encuentre configurada, aunque no se haya alegado ni propuesto, con excepción de la de prescripción (artículo 344), dentro del procedimiento cotencioso administrativo, el Juez puede y debe declarar esta excepción cuando la encuentre demostrada.

La jurisprudencia del Consejo de Estado tiene sentado que la excepción de prescripción de la acción puede y debe declararse o en el momento de admisión de la demanda, inadmitiéndola por ello, o en el momento de pronunciar el fallo definitivo, declarándola e inhibiéndose consecuencialmente el fallador de considerar lo que constituya el fondo de la acción.

Hay tratadistas de Derecho Contencioso Administrativo que sustentan que tal clase de excepción puede y debe declararse, dada su naturaleza, que extingue el derecho del demandante, en cualquier estado del juicio. (Véase Bielsa, por no citar más).

Flaco servicio se le haría a un litigante el de admitir una demanda cuya acción está prescrita, cuyo tiempo para ejercitarla se ha precluído definitivamente por el transcurso del tiempo, si por error o inadvertencia se incurre en ello, porque luégo en la sentencia definitiva habrá que enmendar el error declarando la excepción perentoria al respecto. El Consejo de Estado, por su Sala Contenciosa, todos los días en sentencias definitivas está declarando esta clase de excepción.

Pero hay más: casos ha habido en que habiendo inadmitido un Consejero sustanciador una demanda por encontrar caducada la acción, la Sala de Decisión, fallando el recurso de súplica consiguiente interpuesto, ha revocado, lo que implica que ha admitido la demanda, y más tarde en el fallo definitivo y ante la insistencia del sustanciador o ponente, ha tenido que rectificar declarando la excepción prescriptoria. Y esto es muy juridico, primero por la naturaleza de la excepción, y luégo porque los autos que ilegalmente se dicten no ligan al juzgador para el fallo definitivo, por aquello de que los autos ilegales no fundan ni pueden fundar, co-

mo lo tiene universalmente resuelto la jurisprudencia, ley del proceso.

El auto de la Sala de Decision que ordena admitir la demanda, desechando la prescripción de la acción ejercitada, es antiprocesal, antitécnico, antijurídico e ilegal.

Si la demanda no es viable porque está prescrita la acción, es antiprocesal; y antitécnico el auto en cuestión. Y es antijurídico e ilegal si contraría la ley escrita, la norma que estatuye de modo imperativo el modo como se ha de contar, como se ha de computar el lapso prescriptorio.

El artículo 83 de la Ley 167 de 1.941 o C. de lo C. A., prevé tres casos de ocurrencia distintos, para conforme a cada uno de ellos indicar desde qué momento se cuentan los cuatro meses que la misma disposición erige como lapso prescriptorio para la acción que se ejercite encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares (inciso 3º. del artículo citado).

Es incuestionable que la ocurrencia de uno cualquiera de esos tres casos excluya a los otros dos.

El inciso 3º. dicho reza:

> «La encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción».

La acción ejercitada es simplemente la de reparación por lesión de derechos particulares, o sea la contemplada por el artículo 68 de la misma Ley 167 de 1.941, que contempla que la causa de la violación del derecho sea "un hecho o una operación administrativa". Y va enderezada la acción, como lo prevé el mismo artículo 68, a que el restablecimiento del derecho se obtenga por medio de una indemnización pecuniaria.

La administración pública ejerce sus funciones por medio de actividades que se concretan en *hechos* y en *actos* administrativos.

Actos administrativos. Cuando la administración pública decide mediante disposición de carácter general o particular en ejercicio de sus funciones administrativas, sobre algún derecho o interés, tal decisión constituye un acto administrativo. Así, por lo tanto, los tratadistas definen el acto administrativo como decisión, general o especial, de una autoridad administrativa en ejercicio de sus propias funciones y que se refiera a derechos, deberes o intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellas.

Hechos administrativos. Cuando la administración pública en la ejecución de sus fines realiza una actividad material —en sentido lato— dirigida a obtener un efecto dado, por ejemplo: el cumplimiento de una medida de policía, la demolición de un edificio, la clausura de un local por razones de seguridad, el secuestro de

mercaderías por razones de higiene pública, etc., en todos estos casos esa actividad administrativa consiste en hechos administrativos, que serán jurídicos si producen efectos jurídicos.

De la definición de acto administrativo se desprende: 1º. Que es esencial el elemento de una decisión. 2º. Que ésta es de carácter general o particular. Si la decisión administrativa considera uno o más casos pero "*individualmente*" determinados y se manifiesta de manera concreta, el acto administrativo es especial. Si considera de una manera general y abstracta una pluralidad de casos o una situación general, el acto administrativo es general.

Cuando se trata de un acto administrativo o decisión de la primera clase, necesaria será su notificación, la que corresponderá hacerse como lo prescribe la ley procesal contenciosa, y entonces aquí se tiene la ocurrencia prevista por el inciso 3º. del artículo 83 atrás transcrito. Cuando se trata de la segunda clase de decisión o acto administrativo, la notificación se hará por medio de la publicación y promulgación consiguientes, y entonces se tiene el segundo caso de ocurrencia previsto por el mismo inciso. Huelga decir que para el primer caso caben los recursos administrativos de revocación, y que para el segundo, salvo excepciones, queda el recurso jurisdiccional de anulación.

Mas cuando se trata de hechos administrativos, bien se comprende que no son susceptibles de notificaciones como cuando se trata de los actos administrativos o decisiones administrativas, porque tales hechos por su naturaleza íntima, esencial, son insusceptibles de retrotracción. Así la demolición de un edificio, o el cumplimiento de hechos análogos, no pueden reponerse una vez cumplidos ni por anulación ni por revocación. De ahí que la ley otorgue al particular lesionado solamente la indemnización o reparación pecuniaria.

Hecha la distinción anterior, nos encontramos en presencia de la tercera ocurrencia contemplada por el inciso tercero del artículo 83 del C. de lo C. A., a saber: "o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción".

La providencia que critico, sobre actos y hechos administrativos, allega conceptos foráneos contradictorios y establece una confusión tal de significación jurídica respecto a unos y otros que hacen ininteligible el discurrimiento del proveído sobre el particular.

Quizá la confusión de ideas fue la que llevó al Consejero ponente doctor Méndez, a la obcecación primera, de que las órdenes de clausura o de suspensión del periódico "Editorial El Siglo", tenían que ser notificadas o públicadas en subsidio, y luégo, para con esa misma obcecación y confusión lucubrar y construír la tesis jurídica de nuevo cuño, que seguramente no hará carrera como jurisprudencia y doctrina aceptable, porque contraría abiertamente la ley contenciosa administrativa en su artículo 83, en su artículo 76 y en los artículos del C. J., concernientes a notificación y al concepto ju-

rídico tan trivial como lacónico, de que "notificación es dar conocimiento".

La notificación no es indispensable que siempre sea formal. Cuando se trata de hechos administrativos, como de los que da cuenta la demanda, el factor cognoscibilidad, que es indispensable que siempre juegue, aunque se trate de hechos administrativos, lo que vale decir, aunque se trate de la consumación de hechos materiales ejecutados por la administración pública, tal elemento tiene que entrar en juego, para a partir de él contar los cuatro meses señalados por la ley para la prescripción de la acción.

La actividad administrativa del señor Director de Información y Propaganda del Estado, que culminó con la clausura provisional, y a modo de sanción del periódico *El Siglo*, el 24 de septiembre de 1.953, constituye un acto gubernativo de poder, un acto de autoridad, o de imperio, como lo llaman los tratadistas. Y es un hecho cumplido por su delegado o agente del Poder Ejecutivo u órgano del poder público, emanado de facultades discrecionales.

Siguiendo al tratadista Bielsa en su obra de derecho administrativo, los actos de autoridad o de imperio son los que la administración pública realiza normalmente en el cumplimiento de sus funciones jurídicas esenciales. Como estas funciones son necesarias y deben cumplirse ssgún su objeto o fin, de ahí que esos actos tengan un carácter imperativo, de autoridad. Los actos en que se concreta tal actividad o función emanan *unilateralmente* del Estado.

En el orden administrativo compréndense en esta categoría las decisiones del Poder Ejecutivo, ya sean de carácter general (reglamentos), ya sean de carácter particular (resoluciones, órdenes); compréndense entre éstos los actos de ejecución en cumplimiento de funciones esenciales, por ejemplo, de policía, de reclutamiento o disposición de fuerzas militares, de recaudación de la renta pública, etc.

Ahora bien, sabido es que el régimen actual de derecho imperativo en el país es el de turbación del orden público establecido por el artículo 121 de la Constitución Nacional.

Dentro de este estado y de conformidad al inciso primero del mismo artículo, el Gobierno disfruta ,"además de las facultades legales, las que, conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes, rigen para la guerra entre naciones". Esto confiere al Gobierno un summum de poder extraordinario para realizar todos sus actos no sólo de gestión pública administrativo sino lo de imperio o autoridad. Si éstos normalmente se caracterizan por una actividad coercitiva en su ejercicio, con más veras deben revestirse de la característica en un Estado de juridicidad, que siendo anormal es normal, por constituír un receso de muchas garantías individuales o del *habeas corpus*, por necesidad de mantener en concepto del Poder Ejecutivo el orden público.

En tal régimen de gobierno los actos de autoridad tienen que

caracterizarse por ser de inmediata ejecución, urgentes, drásticos, enérgicos y robustecen extraordinariamente el poder de la Policía tanto en el orden preventivo como en el represivo.

Los expositores de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo convienen en que, en todo país en que por razón de conmociones internas o de guerra exterior se establezca el estado de sitio, el *habeas corpus* o derechos y garantías individuales consagrados por la Constitución, fatalmente se alteran, porque se afectan el derecho de reuión, la expresión libre de palabra hablada o escrita, lo que hiere necesariamente el periodismo porque la censura adquiere influjo predominante, y así con otros derechos. Se establece algo así como una suspensión constitucional en el plano de las garantías individuales.

Y todo ello porque el estado de sitio procede de un estado de *necesidad* que al Estado o Gobierno le interesa reglar.

ORDEN PUBLICO

Se dice que lógicamente, en el sentido constitucional, el orden jurídico es comprensivo del orden público; es un concepto referido al Estado, órgano del derecho, cuya función es, formalmente al menos, instituir y asegurar el orden jurídico. Una perturbación material de la tranquilidad pública, aunque no lesione derechos subjetivos ni intereses legítimos de los individuos, altera el orden público, pero también afecta el orden jurídico, si esa perturbación es ilícita *per se*; una multitud de personas que se agrupan en manifestación pública no lesiona, por eso sólo, derechos subjetivos ni intereses legítimos, y si es políticamente pacífica (con referencia al orden político del Estado), tampoco lesiona derechos públicos; pero si está prohibida o le falta autorización, lesiona el orden jurídico objetivo. Su disolución se justifica entonces no solamente por la falta de autorización, que es una trasgresión o infracción formal, sino porque una multitud presenta ese fenómeno de psicología colectiva que puede causar una perturbación del orden público y a la vez debilitar la responsabilidad de los autores o componentes de ella. De donde aquello de *malum non quia malum sed quia prohibitum*, o sea, que el hecho no es malo por sí mismo, sino porque él esta prohibido.

El concepto de orden público sugiere inmediatamente la idea o concepto correlativo de policía.

El concepto dominante de orden público en el Derecho Administrativo, está circunscrito por la idea del orden material, externo, objetivo, pero este concepto, aun en sentido lato, no es del todo comprendido. En efecto, no sólo se altera el orden público cuando ocurren desórdenes o manifestaciones materiales, es decir, no sólo cuando los propósitos de perturbarlo se traducen en hechos, sino cuando por una causa social, política o religiosa, se exalten los á-

nimos o cuando se conmueve el espíritu público, porque entonces, aunque esos síntomas no se exterioricen por hechos incriminados, sólo desórdenes materiales, genérase casi siempre cierta desconfianza e inquietud, lo cual crea un estado que virtualmente tiende a coartar la libertad de asociación, de opinión, de culto, etc. Cuando eso ocurre puede considerarse que el orden público está ya perturbado y la Policía de seguridad especialmente, cuyo esencial deber es mantener aquél, debe desarrollar una acción que combine sus dos funciones integrantes: preventivas y represivas. La acción de la Policía de seguridad será entonces tanto más eficaz cuanto más general; pero no debe olvidarse que si bien ella puede aumentar en intensidad, no puede, por eso, crecer en extensión.

En el sentido político, el concepto de orden público es más amplio y menos material u objetivo, entendiéndose en él no sólo las reuniones pacíficas del pueblo, bajo el sentimiento de la tranquilidad colectiva sino también el funcionamiento normal de las instituciones en la órbita propia de cada una y el ejercicio legal y civil de la libertad pública. (Véase *Derecho Administrativo,* de Rafael Bielsa, tomo IV, números 727 y 708),

La Constitución Nacional pregona por sus artículos 16 y 30 que las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas y residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, y de manera especial proclama la garantía del derecho de propiedad privada. Luego si por razones de orden público, por razones del Estado de sitio en que el país vive, las actividades del Estado en su función administrativa pública y haciendo uso de facultades regladas o discrecionales originan hechos que lesionen la propiedad de un particular, y aunque ello sea legítimo para preservar el orden jurídico concerniente al orden público, es claro que por virtud del principio de seguridad constitucional destacado, el particular o particulares que son lesionados por una medida preventiva o represiva de policía o de autoridad de Gobierno, como son los a que se refiere la demanda a que vengo refiriendo, es indiscutible que hay fundamento y derecho para solicitar la reparación económica consiguiente, y de derecho administrativo porque nuestro Código sobre la materia brinda la acción del artículo 68 bajo cuyos auspicios de demandante ha buscado protección.

No es el caso de referise a si un acto de autoridad o de imperio, discrecional o reglado, puede o no degenerar en vía de hecho o en arbitrariedad, porque no siendo un fallo de fondo el cuestionado sino un simple auto interlocutorio, es supérfluo ocuparme de tales aspectos.

He dejado, para terminar, referirme a que los hechos administrativos de que da cuenta la demanda, perpetrados el 24 de septiembre de 1.953 por la Policía en el edificio y oficinas pertenecientes a Editorial El Siglo, S. A., perpetrados en la ciudad de Bogotá, a

virtud de la Resolución número 57 expedida por el señor Director de Información y Propaganda del Estado, y a modo de sanción para ese periódico y a fin de suspender o poner en receso su publicación por un determinado lapso, en la consumación de tales hechos si se cumplió el elemento o factor cognoscibilidad que exige nuestra ley procesal y que la jurisprudencia del Consejo de Estado tiene sentado como indispensable que deba operar, que deba aparecer demostrado, para cuando se trata de un acto-condición, verbigracia la destitución de hecho de un empleado o de hechos u operaciones administrativos, que es el tercer caso contemplado por el inciso del artículo 83 de la Ley 167 de 1.941, para a partir de ese momento en que la cognoscibilidad opera, contar el término prescriptorio de los cuatro meses para el ejercicio de la acción.

Es de realidad procesal, porque ésta no es otra cosa sino lo que encierran las páginas de un expediente, que el conocimento a que llegaron quienes tienen la representación y personería jurídica de la entidad demandante, o sea su Gerente y quienes tenían al propio tiempo la Dirección y Codirección del periódico, directamente presenciaron e intervinieron en los hechos que narra la demanda como configurativos de los perpetrados por la Administración Pública o agentes del Ejecutivo Nacional. En efecto el demandante acompañó a su demanda las declaraciones extrajuicio o de nudo hecho recibidas entre los días 13 y 12 de agosto de 1.953, por el Juzgado 1º. Civil del Circuito de Bogotá, de los señores Belisario Bentancur, Hernando Cáceres Sanmiguel, Bernardo Ramírez R., Antonio Cácua Prada, Luis A. Castillo, Roberto Val-serra, Alfonso Pérez, Humberto Jaimes, Raúl Echavarría Barrientos, Héctor Alberto Niño, Aníbal Baena Sosa, Hernando Ramirez R, Emilio Trujillo y Pedro Pablo Camargo, quienes contestemente declaran y acreditan que *El Siglo* dejó de aparecer durante los días 5, 6, 7, 8 y 9 de agosto de 1.953, porque así lo impuso la censura y que esta intimación de suspensión la recibió el doctor Belisario Bentancur el 4 de agosto de 1.953, y que el 13 de julio del mismo año un destacamento de policía militar allanó el edificio del periódico y notificó a su Director Gabriel Carreño Mallarino que el periódico había sido suspendido hasta nueva orden.

En la demanda se confiesa en los hechos fundamentales de donde se arranca la acción de indemnización, que la Junta Directiva del periódico sesionó durante el día 25 de septiembre de 1.953, "y decidió que se licenciara el personal de redacción, máquinas, armada, circulación y parte del personal administrativo de Editorial El Siglo S. A., mediante el pago de preaviso y el anuncio de que las prestaciones sociales serían liquidadas dentro de las posibilidades de la empresa en un plazo más o menos próximo. Así lo dispuso la Gerencia".

Ante este documento y las confesiones que contiene la demanda no es posible sustentar, como lo hace el auto que vengo criticando, en la motivación que atrás transcribí sobre que el conoci-

miento que tuvo la empresa periodística de que se trata, por quienes tienen su personería legal, se debe arrancar ese conocimiento que equivale a notificación no desde el 24 de septiembre de 1953, en que ocurrió la última suspensión, sino desde el 11 de febrero de 1954, en que se presentó la demanda al Consejo dizque por no estar suspendidas las normas legales sobre notificación y recursos gubernativos de los actos administrativos nacionales y que ellas han debido cumplirse posteriormente; y que por esto no puede entenderse como notificados los representantes de la empresa periodística sino el día que ejercitaron la vía jurisdiccional, y les da respaldo legal a los conceptos anteriores que preconizan una nueva tesis jurídica con la cita que se hace del artículo 76 del C. C. A.

Dicha disposición tiene cabida, es cuando se expiden por la Administración decisiones como culminaciòn de gestiones hechas por particulares y como culminación de procesos administrativos en que ha habido *bilateralidad*. Además, el mismo artículo 76 prevé que la parte interesada se dé por suficientemente enterada, lo que quiere decir que si una parte interesada tiene conocimiento no por notificación formal sino porque se entera en cualquier forma, lo subviene a la notificación formal.

Además, ampliamente he demostrado cómo la Resolución 57 de la Direcciòn de Información y Propaganda del Estado no constituye, dada su forma como fué expedida y los motivos que a ello indujeron a ese funcionario, quien por otra parte estaba autorizado legalmente para hacerlo, no constituye técnica, jurídicamente hablando dentro del significado que le da el derecho administrativo, un *acto*, sino un *hecho administrativo*, como hechos administrativos son y fueron todos los enumerados por la demanda que coercitivamente se ejecutaron en los dias 13 de junio, 12 de julio, 13 de julio, 22 de junio y 4 de agosto de 1953, todos ellos narrados y presentados por la demanda como hechos básicos del derecho de reparación ejercitado, y que emanaron, en mi concepto, del poder discrecional del Poder Ejecutivo como preservativos del orden público, y dentro de la actividad política o netamente gubernativa, correspondiente al estado de sitio.

El doctor Ignacio Escallón recibió poder del Gerente señor Alfonso Hurtado el 30 de enero de 1954 y a virtud de autorización expedida por la Junta Directiva el 28 de enero de ese mismo año, es decir, cuando ambos actos se cumplieron estaba ya prescrita la acción. La negligencia en que se hubiera podido incurrir es manifiesto que no se puede imputar al señor abogado doctor Escallón.

El auto recurrido es perfectamente legal y merecía ser confirmado.

Dejo así expresado mi disentimiento o salvamento de voto.

Antonio José Prieto, miembro de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado.

AUTORIDADES NACIONALES

NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES DEL REGISTRADOR NACIONAL DEL ESTADO CIVIL Y DE LOS ACUERDOS DE LA CORTE ELECTORAL. MOTIVACION FALSA EN LA DESTITUCION DE UN DELEGADO.

(Consejero Ponente Dr: Antonio José Prieto)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotà, Septiembre nueve de mil novecientos cincuenta y cinco.

Referencia: No. 1818. Juicio de plena jurisdicciòn promovido por el Dr. Marco A. Constain sobre nulidad de la resolución No. 253 de 28 de abril de 1950, expedida por el Registrador Nacional del Estado Civil y el acuerdo No. 38 bis de 28 de junio del mismo año, originario de la Corte Electoral, confirmatorio de la resoluciòn citada.

El doctor Julio César Mosquera, en su caracter de apoderado del señor Marco Antonio Constain, formuló demanda de nulidad contra la resolución número 253 de fecha 28 de abril de 1950 dictada por el señor Registrador Nacional del Estado Civil, y el acuerdo número 38 bis de 28 de junio de 1950, originario de la Corte Electoral, providencias por medio de las cuales se removió del cargo de Delegado de la Registraduría Nacional en el Departamento del Cauca a su mandante, y se confirmó dicha remoción, respectivamente.

A la presente demanda se le dió el trámite legal correspondiente, y no habiendo causal de nulidad alguna que invalide el procedimiento, se procede a dictar el fallo correspondiente.

HECHOS:

Estos pueden sintetizarse así de la demanda:

El señor Marco Antonio Constain venía desempeñando el cargo de Registrador Nacional en el Departamento del Cauca a partir del 15 de enero de 1949, pero con fecha 14 de enero de 1950, un día antes de vencerse el período legal para que habìa sido elegido, recibiò el telegrama No. 504, del Registrador Nacional, en el cual se le pedía continuar en el cargo, y que no obstante lo anterior, con fecha 28 de abril del mismo año, se dictó por el mismo funcionario la resolución acusada, mediante la cual se le remo-

vió del cargo y que al subir en apelación a la Corte Electoral, fue confirmada mediante el acuerdo acusado.

Según el apoderado, el período legal debía ser hasta el 15 de enero de 1951, o hasta tanto el Registrador Nacional hiciera nombramiento en propiedad, previa lista enviada por la Corte Suprema.

CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal del Consejo de Estado en su vista de fondo concluye sosteniendo que los actos acusados son perfectamente legales y en uno de los apartes de su vista se expresa así:

> "En las condiciones anotadas se produjo la remoción del demandante Constain R, es decir, fuera del período legal para que fué designado, 15 de enero de 1949 al 14 de enero de 1950.-
>
> Es principio general de derecho administrativo que la pérdida de la investidura (desinvestidura) se produce por la expiración del plazo para el cual se confirió la función: y a términos del artículo 281 del Código Político y Municipal "ningún empleado administrativo dejará de funcionar, aunque su periodo haya terminado, sino luego que se presente a reemplazarlo el que haya sido nombrado para el efecto, o el suplente respectivo. "Este principio está destinado a regular situaciones como la contemplada en el presente caso, con miras a que la Administración no se paralice ni se interrunpa el servicio público, siendo de advertir que si sucediera lo contrario el empleado incurriría en un delito contemplado y castigado por el Código Penal.
>
> Por el aspecto contemplado el demandante no tiene ningún derecho derivado del hecho de no estar nombrado en propiedad.
>
> Habiendo expirado el período legal del Delegado Departamental del Estado Civil, Dr. Constain , el 14 de enero de 1950, podía ser reemplazado por quien debía y debe hacer el nombramiento, es decir, por el Registrador Nacional del Estado Civil, en virtud de que no se encontraba dentro del período para que fué nombrado".

Como disposiciones violadas por los actos acusados se citan los artículos 5, 38, 39, 55, 57, y concordantes de la ley 89 de 1948, y el artículo 22 de la Constitución Nacional.

Todas las argumentaciones de los apoderados de los demandantes se encaminaron a demostrar que los fundamentos o motivaciones que dieron las resoluciones acusadas son inexactos, y en consecuencia no se configuraba la causal de "*negligencia*" bajo cuyo pretexto se separó al demandante del cargo de Registrador Delegado del Estado Civil del Departamento del Cauca.

Del copioso caudal probatorio que al expediente fué traído por la parte actora para desvirtuar la motivación de negligencia en el desempeño de sus funciones por parte del actor, que le dieron las Resoluciones acusadas, se infiere que con anterioridad a la Resolución del Registrador Nacional del Estado Civil, no había quejas contra el Delegado Departamental capaces de configurar la negligencia notoria, antes por el contrario, de las numerosas copias de sus actuaciones, como de las declaraciones de las personas que lo vieron actuar, y de las actas de visitas que le fueron practicadas cuando ejercía el cargo, se concluye que el doctor Constain en el ejercicio de su cargo obró con diligencia y esmero en el cumplimiento de sus funciones.

No se atemperó pues, la motivación que se quiso darle a las Resoluciones acusadas a las ritualidades y procedimiento de los artículos 38, 39 y 55 de la Ley 89 de 1948, y se observa que la Corte Electoral, al confirmar la Resolución expedida por el señor Registrador del Estado Civil, se basó unicamente en el informe dado por dicho funcionario sobre imputaciones y cargos hechos al destituído, cuyos antecedentes no constaron para nada en el pronunciamiento de su Resolución, sino que surgieron con posterioridad para que la Corte los hubiera tenido en cuenta en la confirmación de la Resolución que había sido apelada por el actor.

Pero es más: el doctor Marcos A. Constain para la fecha en que fué separado por las Resoluciones acusadas, era un empleado cuyo período había expirado, se encontraba en interinidad y por consiguiente el Registrador del Estado Civil podía cambiarlo libremente, sin que estuviera obligado a dar el motivo de la destitución, pero al darlo, éste debía resultar verdadero, y unicamente inspirado por la preocupación del interes pùblico, pues de no ocurrir así, hay nulidad en los Actos Administrativos por motivación falsa.

Sobre el particular ya el Consejo en diversos fallos ha sostenido la doctrina en el sentido de declarar que cuando el agente de servicio obre con facultad discrecional, por enunciación de motivos no verdaderos, que no está obligado a dar, o con facultad reglada, cuando le es obligatorio expresar los motivos y estos resultan falsos, hay nulidad de los Actos Administrativos por motivación falsa.

Dentro de las pruebas que desvirtuan plenamente la motivación falsa que se dió a las Resoluciones, se destacan las declaraciones de los señores Tancredo Guzmàn, Luis Angel Libreros, a los folios 66 a 67 y la copia auténtica del informe rendido por los Delegados Departamentales al Registrador Nacional del Estado Civil el 27 de marzo de 1950, fols. 8 a 12.

Por medio de la Resolución No. 253 de 28 de abril de 1950, el Registrador Nacional del Estado Civil removió al doctor Marco A. Constain del cargo de Delegado de la Registraduría Nacional en el Departamento del Cauca, y dispusó comunicar dicha Resolución al

señor Gobernador del referido Departamento para que con fundamento en las atribuciones del art. 249 del Código de R. P. y M. nombrara con carácter de interino la persona que debía reemplazar al demandante, mientras se hacía el nombramiento de Delegado con la plenitud de los tramites legales.

De manera pues, que teniendo en cuenta lo anterior, si el Gobernador hizo el respectivo nombramiento ha debido demandarse igualmente dicho acto, como lo tiene suficientemente establecido la doctrina de esta Corporación, para que opere el restablecimiento del derecho y el consiguiente pago de sueldos dejados de recibir por el empleado que ha sido separado del servicio.

En el evento de que el Gobernador no hubiera hecho el respectivo nombramiento, es claro que el actor no sufrió ningún perjuicio material porque desempeñó el cargo hasta cuando se hizo el nombramiento de Delegado de la Registraduría en la forma legal.

De consiguiente, la demanda está encaminada a prosperar en lo que respecta a la nulidad de las Resoluciones acusadas, más no en lo relativo al restablecimiento del derecho y pago de sueldos de que se hubiera privado al demandante como consecuencia de los actos ilegales que lo separaron del referido cargo.

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

FALLA:

1º.- Es nula la Resolución Nº 253 de 28 de abril de 1950, dictada por el Registrador Nacional del Estado Civil, y el Acuerdo Nº 38 bis, originario de la Corte Electoral que la confirmó, actos administrativos por medio de los cuales se removió al señor Marco A. Constain del cargo de Delegado de la Registraduría Nacional en el Departamento del Cauca.

2o.-Niéganse las demás súplicas de la demanda a que se ha hecho mérito en está providencia.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

José Enrique Arboleda V., Antonio José Prieto., Manuel Buenahora, Rafael Rueda Briceño, Ildefonso Méndez, Daniel Anzola Escobar, Rafael Marriaga.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

AUTORIDADES NACIONALES

RESOLUCIONES DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL. LIQUIDACION DEL AUXILIO DE CESANTIA Y REQUISITOS QUE DEBEN LLENAR LAS NOTIFICACIONES.

(Consejero Ponente Dr: Rafael Rueda Briceño)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá Septiembre veintinueve de mil novecientos cincuenta y cinco.

Referencia.- Expediente No. 5311. Actor: Bernardo Umaña de Brigard. Acciòn: Nulidad de las Resoluciones Nos. J-7556 y J-0302, de la Caja Nacional de Previsión.

En libelo presentado en la Secretaria de esta Corporación el día treinta(30) de abril de mil novecientos cincuenta y cuatro(1.954), el doctor Leopoldo Poveda Galán, en su carácter de apoderado especial del doctor Bernardo Umaña de Brigard, pidió se declare lo siguiente:

Primero.- Que es nula la Resolución No.J-7556 de 11 de octubre de 1.950, proferida por la Caja Nacional de Previsión Social, por cuanto al determinar la cuantía del auxilio de cesantía a que tiene derecho mi poderdante, doctor Bernardo Umaña de Brigard, dejó de computarse, en la liquidación definitiva el tiempo de servicios correspondiente a las liquidaciones parciales otorgadas al mismo demandante, con la misma base o índice mensual de salarios señalada por la misma Caja, que lo fue de $1.143.75, por haber considerado la Caja, con violación de las normas legales, que las liquidaciones parciales sobre el auxilio de cesantía son de carácter exhaustivo, es decir, definitivas."

Segundo:- Que es igualmente nula la Resolución No. J-0302 de 28 de enero de 1.953, proferida por la misma Caja Nacional de Previsión Social, por cuanto resolvió confirmar la providencia a que se refiere la petición anterior, manteniendo la misma tesis contraria a la Ley, es decir, que la liquidación definitiva de la cesantía debe hacerse computando unicamente el tiempo posterior a las liquidaciones parciales y no todo el tiempo de servicio.

Tercero:- Que en consecuencia de la nulidad declarada por ilegalidad de las resoluciones anteriores, la Caja Nacional de Previ-

sión Social, deberá pagar a mi poderdante, doctor Umaña de Brigard, o a quien sus derechos represente, la prestación social junta por concepto de cesantía, según la liquidación que haga ese Honorable Consejo de Estado, o en subsidio, determinando la cesantía con sujeción y acatamiento de las disposiciones legales, o sea computando su valor de acuerdo con el último salario base, de mil ciento cuarenta y tres pesos, setenta y cinco centavos ($1.143.75), determinado por la misma Caja, pero abarcando todo el tiempo de servicio, para luego hacer las deducciones por los pagos adelantados en virtud de las cesantías parciales.

Cuarto:- Que se declaren nulas y sin ningún valor las providencias de fecha 9 de noviembre de 1.953 y 28 de diciembre del mismo año, proferidas por la Caja Nacional de Previsión Social en el expediente sobre petición de cesantía, a que se refieren las Resoluciones demandadas en los primeros puntos de este libelo, y por las cuales se agotó la vía gubernativa".

Agotados como están los trámites propios de la instancia, procede el Consejo de Estado a desatar la controversia, previas las consideraciones que se anotan a continuación.

El señor Fiscal 1º. de la Corporación, doctor Justo Franco V., depués de transcribir las peticiones del libelo, insertas también anteriormente, dice:

Tiene origen esta demanda en los hechos que a continuación se resumen, asi:

El médico doctor Bernardo Umaña de Brigard durante el tiempo que prestó servicios a diferentes entidades nacionales estuvo afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social, habiendo obtenido de dicha Caja dos anticipos de cesantía para los fines indicados en los casos exceptivos en que se puede conceder parcialmente esta prestación. Con posterioridad al retiro definitivo del servicio oficial, el doctor Umaña de Brigard, solicitó de la Caja Nacional de Previsión el reconocimiento del auxilio de cesantía a que tenía derecho, pidiendo que la liquidaciòn de tal prestación se verificara tomando como base el último sueldo devengado y reajustando todo el tiempo servido. Por el contrario la Caja poniendo en práctica su vieja tesis de que la cesantía parcial tiene el caràcter de exahustiva, sòlo le reconoció cesantía por el tiempo posterior a la última liquidación parcial. En este sentido pronunció la Caja dos providencias: La Resolucción No. J-7556 de 11 de octubre de 1.950 y la No. J-0302 de 28 de enero de 1.953, que negó la reposición de la primera.

Ahora bien. Se dice en la demanda que la última de las Resoluciones citadas no fue conocida de los interesados, porque de ella no se hizo notificación personal ni se cumplieron los requisitos necesarios para surtirse una notificación por edicto, por lo cual el actor elevó una petición ante la Caja solicitando que la notificación se le hiciera en forma legal. La Caja negó dicha petición por estimar que la notificación se había cumplido en virtud de un aviso

que se fijó en sus oficinas, recayendo sobre este punto las providencias de fechas de 19 de noviembre y 28 de diciembre de 1.953, con las que el demandante considera agotada la vía gubernativa.

El apoderado del demandante expone en forma detenida los fundamentos de derecho, sustentando sus razonamientos con la transcripción de jurisprudencia tomada de los Anales del H. Consejo de Estado.

Consideraciones de la Fiscalía:

Dos cuestiones diferentes plantea el actor en la demanda que es objeto de estudio: una que contempla el problema mismo de la prestación reclamada ante la Caja y la otra, la ilegalidad de la notificación de la segunda de las Resoluciones acusadas. Y como la solución de esta última, por entrañar una controversia sobre el procedimiento imprimido a dichas Resoluciones en la etapa administrativa, incide en la primera, es el caso de estudiar primeramente lo referente a la legalidad de la notificación que dió origen a los autos de 19 de noviembre y 28 de diciembre de 1.953, dictados también por la Caja Nacional de Previsión.

Según se desprende de los autos, sucedió que por no haberse presentado ni el interesado ni su apoderado, la Caja no pudo notificar personalmente la Resolución Nº. J-0302 de 28 de enero de 1.953, que negó la reposición de la Nº. J-7556 de 15 de octubre de 1.950 y con la cual quedaba agotada la vía gubernativa, habiéndose surtido por este motivo la notificación mediante un "Aviso" fijado en las oficinas de la caja. Posteriormente, el nuevo apoderado del doctor Umaña de Brigard, Dr. Leopoldo Poveda Galán, presentó un memorial ante la Caja solicitando se dispusiera hacer la notificación de la Resolución No. J-0302 de 28 de enero de 1.953 en forma ritual, "a fin de que los interesados puedan interponer los recursos legales que estimen convenientes o hacer uso de los derechos que la Ley otorga, sobre la base de la previa observancia de los requisitos de procedimiento". La Caja negó la anterior solicitud, arguyendo que la notificación hecha "por medio de aviso fijado en lugar público de la Secretaría" se ceñía al procedimiento señalado por el artículo 32 del Acuerdo número 19 de 1.951, dictado por la Junta Directiva de la Institución en uso de las facultades que le confiere el numeral 7º. del artículo 10º. del Acuerdo número 4 de 1.945, que contiene los Estatutos de la Caja, y, por lo tanto, la notificación era perfectamente legal. En el mismo sentido decidió la Caja la reposición interpuesta por el interesado contra la providencia que sostuvo lo anterior.

Por su parte, el apoderado del doctor Umaña de Brigard, tanto ante la Caja Nacional de Previsión como en la demanda instaurada en el Consejo de Estado, sostiene que la Caja no puede desviarse de los preceptos sustantivos de procedimiento que son de orden público y de estricto rigor, sin que la facultad estatutaria otorgada a la Junta para reglamentar la expedición interna, pueda extenderse hasta violar tales preceptos, convirtiéndose por tales

medios en co-legisladora, y al efecto, para demostrar que la notificación hecha por medio de "Aviso" no se ajustó a las normas generales de procedimiento, que son de obligada observancia en todo trámite gubernativo, se expresa así:

> «El Art. 74 de la Ley 167 de 1.941, establece:
>
> Las providencias que ponen término a un negocio o actuación administrativa de carácter nacional se notifican personalmente al interesado, o a su representante o apoderado, dentro de los cinco días siguientes a su expedición, debiendo expresarse los recursos que por la vía gubernativa procedan y el término dentro del cual deban interponerse, todo bajo la responsabilidad del funcionario correspondiente.
>
> Deberán notificarse personalmente todas las providencias relativas a negocios en que individualmente haya intervenido o deba quedar obligado un particular».

El art. 75 complementa la disposición anterior con nuevas exigencias o condiciones para que se entienda surtida la notificación legal de las providencias, y en efecto ordena:

> «Si no pudiere hacerse notificación personal, se fijará un edicto en papel común en lugar público del respectivo Despacho por el término de cinco días, con inserción de la parte resolutiva de la providencia y con las prevenciones mencionadas en el inciso primero del artículo anterior.
>
> Si se trata de una providencia del Gobierno o de un Ministro, desfijado el edicto se publicará por una sola vez en el Diario Oficial.»
>
> «La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 10 de junio de 1.948, LXIV, 429, dijo:
>
> La notificación es el conocimiento real o presunto, que se da a las partes en juicio y, excepcionalmente, a terceros, de los actos y decisiones judiciales que tienen lugar en él. Está basada en un principio jurídico de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído».

Y más adelante, luego de hacer otras consideraciones, concluye:

> «En el caso sometido a consideración del H. Consejo, podrá comprobarse sobre el expediente contentivo de los antecedentes, que no se hizo notificación personal, ni citación alguna para efectuarla o diligencia que pudiera convencer de imposibilidad, ni se establecieron o previeron los recursos y términos, que por la vía gubernativa fueran procedentes. Se fijó un aviso, en que tampoco hubo

transcripción de la parte resolutiva de la providencia que pretendía notificarse, ni las prevenciones mencionadas en el inciso 1º del art. 74 del Código Administrativo.

Al tenor del art. 76, las notificaciones que no reunan los requisitos de los dos artículos anteriores de la Ley 167 de 1.941, no producirán efectos legales ni se tendrán por bien hechas. Al tenor de lo anterior, las providencias proferidas por la Caja Nacional de Previsión, a que se refiere la petición 4a. de esta demanda, son nulas, por cuanto en ellas se negó la solicitud de notificación legal y se mantuvo como válidas y efectivas, las maneras o sistemas que siguió la Caja que en ninguna forma consultan las normas sustantivas de procedimiento que son de orden público y el sentido mismo o finalidad de la notificación, que es la de poner en conocimiento del interesado las conclusiones del fallador, a fin de que no lo tomen desprevenidamente y pueda hacer uso de los recursos legales».

A primera vista se observa la marcada diferencia que hay entre el procedimiento ordenado para notificar las providencias relativas a negocios en que individualmente haya intervenido un particular, por los artículos 74 y 75 de la Ley 167 de 1.941, y el que en el caso de autos practicó la Caja Nacional de Previsión Social con base en lo dispuesto por un simple Acuerdo de la Junta Directiva de dicha Institución.

El primero, como lo recuerda el apoderado demandante, establece, para el caso de no ser posible la notificación personal, que ésta deberá surtirse mediante la fijación de "un edicto en papel común en lugar público del respectivo Despacho por el término de cinco días, *con inserción de la parte resolutiva de la providencia y* con las prevenciones mencionadas en el inciso primero del artículo anterior" o sea del 74 de la ley 167 de 1.941, ésto es "debiendo expresarse los recursos que por la vía gubernativa procedan y el término dentro del cual deban interponerse".

Y el segundo, o sea el practicado por la Caja Nacional de Previsión, se limita a la fijación del aviso cuyo original aparece visible al folio 21 del expediente administrativo, que dice:

«LA CAJA NACIONAL DE PREVISION
AVISA:

Al señor UMAÑA DE BRIGARD BERNARDO que sobre su reclamación de AUXILIO DE CESANTIA ha recaido la Resolución de carácter definitivo número 0302 de ENERO 28 de 1.953, la cual queda ejecutoriada diez días después de desfijado el presente aviso.

Bogotá Febrero 18 de 1.953.

Desfijado en la fecha 24 FEB. 1.953 (firma ilegible) CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN Departamento Jurídico, Oficial Mayor (Firma ilegible). Departamento Jurídico Secretario».

Como facilmente puede apreciarse, el procedimiento adoptado por la Caja Nacional de Previsión se aparta sustancialmente del establecido en los artículos 74 y 75 del Código Contencioso Administrativo, ya que en él no se cumplen los requisitos de inserción de la parte resolutiva de la providencia respectiva ni se advierten los recursos procedentes contra ella, de donde resulta que la notificación así hecha no puede producir efectos legales al tenor de lo dispuesto por el artículo 76 ibídem, siendo, por tanto, violadora de tales normas, las que, por ser de orden público, son de obligada observancia.

Así las cosas, es claro que la notificación de la Resolución número J.- 0302 de 28 de enero de 1.953, no puede tenerse por bién hecha, por ilegal, por lo cual las providencias mediante las cuales la Caja quiso mantenerla y negó la solicitud del apoderado del actor, se hallan viciadas de nulidad.

Demostrado, pues, que la notificación antes estudiada no se hizo con sujeción a las normas generales de procedimiento, es lógico concluír en que el término de la prescripción en este caso debe contarse a partir de la ejecutoria de la última providencia dictada por la Caja Nacional de Previsión, que fue la que agotó el trámite gubernativo, de donde resulta que la demanda fue presentada en tiempo y, por lo tanto, debe procederse a examinar el problema de fondo planteado en ella.

No es nuevo el punto aquí controvertido. Son innumerables los negocios fallados por el H. Consejo de Estado análogos al presente, en las cuales la Corporación ha desechado la tesis de algunas instituciones de Previsión Social de que la cesantía parcial tenga el carácter de exhaustiva, sentando, en contrario, reiterada jurisprudencia en el sentido de que las liquidaciones parciales del auxilio de cesantía se consideran como simples anticipos, que deben imputarse a la liquidación definitiva, ya que esta última debe abarcar todo el lapso de servicio del trabajador.

Es por esta razón que la Fiscalía está en absoluto acuerdo con los razonamientos expuestos en la demanda, encaminados a demostrar la ilegalidad de los actos acusados, los cuales no solamente violan las disposiciones normativas y reglamentarias del auxilio de cesantía, sino que contradicen la constante jurisprudencia que en este sentido viene practicando el más alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Es, pues, tan evidente la ilegalidad de las Resoluciones de la Caja Nacional de Previsión que negaron el reajuste de cesantía al demandante doctor Bernardo Umaña de Brigard, que este Despacho estima innecesario entrar en más consideraciones de orden o conceptuar sobre el caso debatido en este juicio.

Con fundamento en las consideraciones anteriores CONCEPTUO que el H. Consejo de Estado debe despachar favorablemente las peticiones de la demanda".

El análisis anterior del señor Agente del Ministerio Público es exacto y jurídico. Lo comparte la Sala por acomodarse a la reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corporaciòn, sentada en diferentes casos de idéntica fisonomía.

Observa además que en lo referente a la notificación, la disposición contenida en el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo, es de amplitud tan extraordinaria que no sólo exige que se haga personalmente, sino que el error u omisión de no hacer las advertencias alusivas a los recursos que por la vía gubernativa procedan, acarrea responsabilidad directa del funcionario. Y esto quiere decir también en sana lógica, que el Estado puede repetir la responsabilidad que se exige en contra del empleado que no se ha ceñido rigurosamente a los ordenamientos expresos y terminantes del artículo citado. No en otra forma se puede interpretar tal mandato.

"Y si no pudiere hacerse notificación personal, se fijará un edicto en papel común en lugar público del respectivo despacho por el término de cinco días, con inserción de la parte resolutiva de la providencia y con las prevenciones mencionadas en el inciso primero del artículo anterior" (art. 75 ibìdem). Nada de esto se hizo. La Caja se limitó a fijar el aviso que copia en su visita el señor Fiscal y que comenta con visible acierto, aviso que, por otra parte, no reune las normas legales de que se viene tratando para que esté elevado a la categoria de "edicto" y configure la notificación de que trata la disposición ùltimamente citada.

El argumento de la Caja Nacional de Previsión consistente en que "es una entidad autónoma y está administrada por una Junta Directiva, una de cuyas funciones es la de establecer el procedimiento que ha de seguir la entidad para el reconocimiento de las prestaciones a su cargo", no puede interpretarse esa autonomía en el sentido de llegar a expedir "acuerdos" que violen y derogen implícitamente las leyes que rigen y señalan la ruta procedimental en la tramitación de los juicios. Tanto el Código Judicial como el Contencioso Administrativo determinan en forma precisa el procedimiento a seguir en los juicios y que garantiza ampliamente los derechos de los respectivos interesados. La simple lectura de las disposiciones 74 y 75 citadas indican a las claras que el argumento de la Caja Nacional sobre este tópico está desprovisto de respaldo legal.

Y en lo que respecta a la liquidación del auxilio de cesantía es cuestión que el Consejo de Estado ha definido acorde y repetidamente en distintos fallos. Ciertamente las doctrinas que el señor apoderado de la parte demandante reproduce en su alegato de conclusión aclaran suficientemente el punto controvertido y dejan sin valor y efecto la equívoca argumentación de la Caja de Previsión

de que la liquidación parcial es exhaustiva y no está sujeta a revisión posterior. La legislación general le da al empleado o trabajador la garantía del pago integral de su derecho al tiempo de retiro o dejación del servicio, mediante la liquidación definitiva "sobre el cómputo del sueldo devengado en los tres últimos meses y por el tiempo de servicio continuo o discontinuo (art. 17, ordinal a), de la ley 6ª. de 1.945, Decreto 1160 de 1.947 y art. 1º. de la ley 65 de 1.946).

Lo anterior es suficiente para que la totalidad de las súplicas de la demanda sean resueltas favorablemente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, acorde en un todo con el concepto Fiscal,

FALLA:

Primero: Son NULAS, y así se declara, las Resoluciones números J- 7556 de 11 de octubre de 1.950 y J- 0302 de 28 de enero de 1.953, proferidas por la Caja Nacional de Previsión Social, y como consecuencia se declaran NULAS igualmente las providencias de fechas 9 de noviembre y 28 de diciembre de 1.953 dictadas por la misma entidad.

Segundo: La Caja Nacional de Previsión Social liquidará, reconocerá y pagará al doctor BERNARDO UMAÑA DE BRIGARD, en el término señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, el auxilio de cesantía a que tiene derecho, teniendo como base de dicha liquidación el sueldo mensual de $1.143, 75, durante todo el tiempo servido a partir del 10 de septiembre de 1.942.

Tercero: De la suma anterior se le descontará al Dr. BERNARDO UMAÑA DE BRIGARD lo que le fue reconocido como auxilio de cesantía parcial por las Resoluciones Nos. 7459 de 14 de diciembre de 1.948 y J- 0341 de 21 de enero de 1.949, de la Caja Nacional de Previsión Social.

Cópiese, publíquese, comuníquese y archívese, previa devolución de las diligencias que envió la Caja Nacional de Previsión.

José Enrique Arboleda Valencia, Daniel Anzola Escobar, Manuel Buenahora, Ildelfonso Méndez, Rafael Marriaga, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

CONSULTAS DEL GOBIERNO

REGIMEN ESPECIAL DE ADNISTRACION FIDUCIARIA. MARCAS, PATENTES Y DEMAS MODALIDADES DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.

Honorables Consejeros de Estado —Sala de Negocios Generales:

El señor Ministro de Fomento, en oficio número 0054 de fecha 24 de febrero del presente año, formula la siguiente consulta:

> «Frente a las disposiciones transcritas (Decreto número 59 de 17 de enero de 1.942 artículo 1º. y Decreto número 2644 de 20 de diciembre de 1.943 artículos 1º, 2º., 3º. y 4º.), se han planteado dos tesis: la primera sostiene que, las marcas, patentes y demás modalidades de la propiedad industrial, no entraron en el régimen fiduciario que estableció el Decreto número 59 ya citado, sino cuando se legisló expresamente sobre ellas, o sea, cuando entró en vigencia el Decreto 2644; la otra opinión, en cambio, afirma que tales modalidades de propiedad estaban sometidas a lo dispuesto por el Decreto número 59 desde su fecha, puesto que en el ordinal e) de las normas transcritas se habla de "cualesquiera bienes, derechos o acciones no comprendidos en los ordinales anteriores", que pertenecieran a personas de los países ya nombrados que no estuvieran domiciliadas en el país.
>
> La consulta se concreta a saber cual de las dos interpretaciones anteriormente expuestas debe aceptarse para efecto de dar cumplimiento al Decreto 3109 de 1.954».

El objeto principal de la consulta en estudio, es, pues, el interés que tiene el Ministerio de Fomento en establecer cómo deben ser interpretados los Decretos números 59 del 17 de enero de 1.942 y 2644 de 30 de diciembre de 1.943, para el efecto de la aplicación que deba dar la División de Propiedad Industrial de dicho Despacho, al Decreto número 3109 de 22 de octubre de 1.954, "por el cual se dispone lo relativo a la manera como debe verificarse la cancelación de la inscripción y de los registros que hoy existen a favor del Estado colombiano, de marcas, patentes, dibujos y modelos industriales y su traspaso a favor de personas alemanas".

—I—

En primer término precisa puntualizar los elementos jurídicos, antecedentes y circunstancias que informan y determinan el origen y desarrollo de nuestra compleja y variada legislación relacionada con el régimen especial de administración fiduciaria de los bienes de las personas naturales y jurídicas de los países del Eje: Alemania, Japón e Italia, con motivo de la guerra total desencadenada por dichas potencias y que puso en grave peligro la existencia jurídica, económica y social de las naciones americanas del norte, centro y sur.

Nuestra Carta Fundamental, en sus artículos 10 y 11, somete a los extranjeros al imperio de la Constitución y de las leyes, así como al respeto y obediencia a las autoridades, y, a pesar de que consagra el principio de igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros en cuanto al disfrute de los derechos civiles y garantías concedidas a los nacionales, establece, sin embargo, la siguiente excepción que pone de relieve el profundo sentido de previsión por parte de nuestros constituyentes:

> «Pero la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.
>
> Gozarán asimismo los extranjeros en el territorio de la República de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución y las Leyes».

El legislador de 1.941, previendo las consecuencias que habrían de derivarse para nuestra economía nacional, debido a las medidas sobre bloqueo y congelación adoptadas entonces por los Estados Unidos, como también de la ruptura de nuestras relaciones diplomáticas y consulares con el Imperio del Japón, Alemania e Italia, en ejercicio de la facultad que le concede el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, dispuso lo siguiente:

> «Ley 128 de 1.941.-Artículo 16.- Revístese al Presidente de la República, de facultades extraordinarias hasta el 20 de julio de 1.942, para tomar las medidas que sean indispensables en el orden internacional o interno, para el mantenimiento leal y completo de la política de solidaridad y cooperación interamericana, de acuerdo con los compromisos de la Nacion.
>
> Igualmente usará de las mismas facultades y en el mismo tiempo, para organizar la vigilancia, control y reglamentación de las actividades de los extranjeros en el país; para ejercer el control total o parcial de las empresas o entidades cuyo funcionamiento pueda afectarse por virtud de medidas tomadas en relación con éllas por los países beligerantes; para controlar el movimiento de fondos y cuentas de ciudadanos o entidades extranjeras o el

de títulos o acciones pertenecientes a extranjeros; para proteger los intereses de los accionistas colombianos en sociedades que tengan su sede en país extrajero; para reglamentar la entrada, permanencia y salida de los extranjeros al territorio de la República; y, para prevenir, con toda eficacia, cualquiera actividad de nacionales o extranjeros que ponga en peligro la seguridad pública o que constituya una evidente amenaza para el desarrollo de la política internacional de Colombia».

En desarrollo de estas autorizaciones el Gobierno dicto el *Decreto-Ley número 59 de 17 de enero de 1.942*, que constituye el *estatuto orgánico fundamental del régimen especial de administración fiduciaria* de toda clase de bienes, derechos, acciones y valores de propiedad de personas naturales o jurídicas de las potencias del Eje, no domiciliadas en Colombia, en el cual se indicó qué entidades podian desempeñar el cargo de administradores y depositarios de tales bienes. Luego el Decreto número 99 de 22 de enero de 1.942 facultó, igualmente, al Fondo de Estabilización para ejercer las mismas funciones.

El artículo 11 del precitado Decreto número 59 de 1.942 dispone lo siguiente:

«Art. 11.- Cuando cesen las condiciones que motivan el presente régimen de excepción, el administrador fiduciario hará entrega de los fondos, valores, bienes o empresas cuya administración le haya sido confiada a sus legítimos propietarios, mediante plena comprobación del derecho de éstos y con autorización en cada caso del Ministerio de Hacienda y Crédito Pùblico. Si surgiere alguna duda sobre el derecho de dominio, corresponde decidirla a la justicia ordinaria».

El dia 20 de enero de 1.943 el Gobierno de Colombia se adhirió al texto de la declaración conjunta hecha en los siguientes términos por los Gobiernos de las Naciones Unidas el día 5 de los mismos, en la Conferencia de Cancilleres en Rio de Janeiro.

«RESOLUCION NUMERO 5

«DE LA CONFERENCIA DE CANCILLERES DE RIO DE JANEIRO. Se recomienda a los Gobiernos que tomen medidas para:

«1.- Impedir, dentro de las Repúblicas Americanas, las operaciones comerciales y financieras contrarias a la seguridad del hemisferio occidental celebradas directamente por los Estados miembros del Pacto Tripartito, por los territorios dominados por ellos, o por sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas; y evitar también las cele-

bradas indirectamente por dichos Estados o por los nacionales de ellos y las que redunden en beneficio de dichos Estados o territorios y de sus nacionales, quedando entendido que las personas naturales podrán ser exceptuadas de tales medidas si son residentes de una república americana y a condición de que queden controladas conforme lo prevé el inciso siguiente.

2.- Vigilar y controlar todas las operaciones comerciales y financieras que celebren, dentro de las repúblicas americanas, los nacionales signatarios del Pacto Tripartito o de los territorios dominados por ellos, que residen en dichas repúblicas y prohibir todas las operaciones de cualquier naturaleza contrarias a la seguridad del hemisferio occidental.

Siempre que una república americana lo estime conveniente y de acuerdo con sus intereses y su propia legislación, y especialmente si alguna de las medidas antes mencionadas, al aplicarse a casos concretos, resultare en perjuicio de su economía nacional, los bienes y las empresas de esos Estados y nacionales que se encuentren dentro de su jurisdicción podrán llegar a ser dados en encargo fiduciario o sometidos a intervención administrativa permanente para efectos de control; o bien podrá procederse a su venta a nacionales del respectivo país americano, siempre que el producto de tal venta quede sujeto al mismo control y a reglamentos similares a los que se apliquen a los fondos de los extranjeros arriba mencionados».

El legislador de 1.943 amplió en los siguientes términos las facultades extraordinarias concedidas al Ejecutivo Nacional en el año de 1.941:

«Ley 7a. de 1.943.- Artículo 13.- Parágrafo.- Revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 31 de diciembre de 1.943, para adicionar o modificar los Decretos extraordinarios sobre administración y control de algunos bienes de extranjeros, dentro de las normas señaladas en el artículo 16 de la ley 128 de 1.941».

En la *noche del 26 de noviembre de 1943* el Ministro de Relaciones Exteriores, doctor Carlos Lozano y Lozano, hizo ante el Senado de la República la siguiente declaración para proclamar el estado de beligerancia con Alemania:

«El gobierno alemán ha ejecutado contra la nación colombiana una serie de agresiones que tienen el carácter de actos de guerra no provocados, colocándose así en una

situación de beligerancia respecto de la República de Colombia. No nos cabe responsabilidad alguna en esa situación, pero no podemos dejar de reconocerla, así como no podemos sustraernos a sus efectos y consecuencias.

El Gobierno Nacional deja pública constancia de este hecho y declara que se halla colocado en la obligación de tomar las medidas necesarias para defender al pueblo colombiano de la agresión externa y para preservar su soberanía, su honor y sus derechos. El Gobierno no considera que esas medidas deban interrumpir ni la normalicad constitucional de la Repùblica, ni la marcha ordenada y regular de sus instituciones jurídicas.

En cumplimiento de los acuerdos suscritos en Panamá, La Habana y Rio de Janeiro, el Gobierno pondrá estos hechos en conocimiento de las naciones americanas, y expresa su voluntad de buscar una vinculación más estrecha con los Estados del Continente, a fin de participar con mayor vigor en la defensa común y de fortalecer su propia seguridad».

El Senado de la República aprobó la siguiente proposición, publicada en el número 25408 del Diario Oficial de fecha 29 de noviembre de 1.943:

«El Senado de la República, oída la declaración oficial del Gobierno acerca de los hechos de agresión que le hacen reconocer que Alemania se halla en estado de beligerancia contra Colombia y de acuerdo con el discurso del señor Ministro de Relaciones Exteriores, expresa su conformidad con tales declaraciones que implican, a su juicio, la afirmación del derecho de Colombia para asumir la posición que corresponde a la tomada por el Reich.

El Senado manifiesta ante la Nación y ante los pueblos de América, que está dispuesto, en defensa de la dignidad patria y de los regímenes democráticos, a tomar todas las medidas tendientes a rechazar los ataques de que son objeto, y a coadyuvar a los que en igual sentido tome el Organo Ejecutivo del Poder Público».

A su turno, la Cámara de Representantes, con motivo de la injustificada agresión alemana en aguas de nuestro mar territorial a unas goletas pescadoras, de bandera colombiana, en noviembre de 1.943, declaró:

«El Gobierno alemán ha ejecutado contra la Nación colombiana una serie de agresiones que tienen el carácter de actos de guerra no provocados, colocándose así en situación de beligerancia respecto de la República de Colombia».

Como consecuencia lógica y jurìdica de este estado de beligerancia no provocada por Colombia y de acuerdo con las prácticas del Derecho Internacional, los bienes del Reich y de sus súbditos quedaron sujetos al pago de las indenmizaciones y reparaciones por razón de los daños que el Estado alemán o sus súbditos causaran a las propiedades del Estado colombiano o de los ciudadanos colombianos, o a las personas de éstos, así como al pago de los gastos que esa situación de beligerancia, provocada por Alemania, impusiera al Tesoro Público de la Nación.

Esta situación jurídica, determinó el nuevo aspecto de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional a partir del *Decreto-Ley número 2622 de 29 de diciembre de 1943*, en relación con los bienes de los extranjeros que se hallaban sometidos al régimen especial de administraciòn fiduciaria iniciado con el Decreto-Ley número 59 de 17 de enero de 1952.

El artículo 1º. del mencionado Decreto-Ley número 2622 de 29 de diciembre de 1943 estableció lo siguiente:

> «Artículo 1o. El régimen de administración fiduciaria a que están sujetos, conforme a las disposiciones vigentes los bienes de ciudadanos alemanes, permanecerá en vigor mientras no se hayan pagado las indemnizaciones y reparaciones a que haya lugar por razón de los daños que el Estado alemán o sus súbditos causen a las propiedades del Estado colombiano o de los ciudadanos colombianos, o a las personas de éstos, y por razón igualmente delos gastos que la situación de beligerancia, provocada por Alemania, imponga al Tesoro Pùblico de la Nación.
>
> Queda en estos términos modificado el artículo 11 del Decreto 59 de 1942.
>
> Para la *administración fiduciaria de estos bienes*, se operó un proceso de unificaciòn que vino a culminar en su otorgamiento exclusivo a favor del Fondo de Estabilización, por medio del *Decreto-Ley número 1723 de 25 de julio de 1944* "por el cual se ordena la venta de las propiedades alemanas que se encuentran en administración fiduciaria y se dictan otras disposiciones", que en el artículo 10 estatuyó lo siguiente:
>
> Artículo 10.-Se designa al Fondo de Estabilización Administrador fiduciario de todos los bienes pertenecientes a Alemania. Las entidades que desempeñen en la actualidad administraciones fiduciarias de los bienes mencionados, harán el traspaso de ellas de conformidad con esta disposición».

Terminado el conflicto mundial, surgiò consecuencialmente la necesidad de proveer a la liquidación y pago de las cuotas indivi-

duales por indemnización de guerra y de las reparaciones correspondientes al Estado y a los ciudadanos colombianos que debían hacerse efectivas, por el Fondo de Estabilización, sobre los bienes de los alemanes sujetos a tales indemnizaciones y reparaciones y que se hallaban bajo el régimen excepcional de administración fiduciaria. Precisaba, igualmente, atender a la devolución de los sobrantes a sus respectivos propietarios. Al efecto fue expedida la ley 39 de 1945, reglamentada por el Decreto número 216 de 24 de enero de 1946 y modificada por la ley 118 de 1948.

—II—

Las marcas, patentes, dibujos y demás modalidades de la propiedad industrial a que se refiere la consulta del señor Ministro de Fomento, quedaron sometidas, desde un principio, al mismo régimen especial de administración fiduciaria, que se ha dejado analizado en el capítulo que precede, en cuanto a sus orígenes y desarrollo. Ninguno de los textos legales y reglamentarios que hacen alusión, concreta y expresa, a tales modalidades de la propiedad industrial autorizan o permiten pensar que sobre el particular se hubiera establecido un régimen diferente.

Ciertamente, "tales modalidades de la propiedad estaban sometidas a lo dispuesto por el Decreto número 59 desde su fecha", o sea, desde el 17 de enero de 1942, conforme lo establece la siguiente disposición de dicho estatuto:

> «DECRETO—LEY número 59 de 1942. Artículo 1o. Estarán sujetos al régimen de administración que establece el presente Decreto los siguientes fondos y valores:
>
> e). Cualesquiera bienes, derechos o acciones no comprendidos en los ordinales anteriores pertenecientes a ciudadanos o entidades de los países indicados que no estén domiciliados en el país».

El Decreto número 2644 de 30 de diciembre de 1943, no establece una legislación expresa sobre régimen especial de administración fiduciaria de las marcas, patentes y demás modalidades de la propiedad industrial pertenecientes a personas naturales o jurídicas de Alemania o sus aliados. El artículo 1o, se refiere a la suspensión de los términos de caducidad por falta de solicitud oportuna de renovación, mientras dure el conflicto bélico, para los propietarios de marcas de fábrica, de comercio o de agricultura que no sean nacionales de los países del Eje o de los colaboradores de éste y que estén domiciliados fuera del Continente americano. El artículo 2o, reserva a favor del Gobierno la explotación o cesión mediante convenios especiales "de las marcas de fábrica, de comercio o de agricultura pertenecientes a personas naturales o jurídicas de Alemania o sus aliados, que caduquen por falta de solicitud oportuna de renovación." El artículo 3o, prohibe la explotación directa o indirecta dentro del territorio nacional, sin autorización y con las con-

diciones que fije el Gobierno, de las marcas, patentes, dibujos y modelos industriales "de propiedad de personas naturales o jurídicas de Alemania o sus aliados, o de sociedades domiciliadas en Colombia, pero colocadas bajo el règimen de administración fiduciaria". De tal suerte que este Decreto no hizo cosa distinta que desarrollar el régimen general de la administración fiduciaria iniciado con el Decreto número 59 de 17 de enero de 1942 a que se refiere el estudio que se hizo en el capítulo I de este informe e igual afirmación cabe hacer con relación a las disposiciones que a continuaciòn se transcriben y demás que contemplan este aspecto de la cuestión.

El Decreto número 1723 de 1944 dispuso:

«Artículo 8o. Las marcas, patentes, dibujos o modelos industriales de propiedad de personas naturales o jurídicas de Alemania, o de sociedades colocadas bajo el régimen de administración fiduciaria por estar vinculados a intereses alemanes, no podrán ser explotados directa ni indirectamente por dichas personas dentro del territorio de la República, sino por aquellas a quienes autorice el Gobierno de acuerdo con una reglamentación especial.

Quéda en estos términos reformado el artículo 3o. del Decreto 2644 de 1943.

La ley 39 de 1945 estableció:

Artículo 3o. Para la efectividad de los pagos (de indemnizaciones y reparaciones) a que se refiere el artículo 2o. autorízase al Fondo de Estabilización a fín de que haga a la Nación el pago de los porcentajes establecidos en dicho artículo.

Parágrafo.- Los fondos que fueron consignados en la Tesorería General de la República conforme a lo dispuesto en el artículo 8o. del Decreto 1723 de 1944, se imputarán por el Fondo de Estabilización proporcionalmente a las cuentas respectivas de los bienes comprendidos en el ordinal a), del artículo 1o. de esta ley; el saldo que reste una vez hecha esta imputación se consignará, asimismo, en la Tesorería General de la República en la forma establecida en este artículo.

El Decreto 216 del 24 de enero de 1946 dice:

Artículo 4o. Las liquidaciones de la cuota que por indemnización corresponden, según la ley, se harán por el Fondo de Estabilización.....

Paràgrafo 2o. Cuando los bienes de que trata este Decreto consistan en valores mobiliarios que se coticen en los mercados colombianos, su valor se fijará por la última cotización de la Bolsa de Bogotá. Si se trata de valores mobiliarios, nacionales o extranjeros que no cursen

en los mercados del país, o en créditos activos, *patentes, marcas de fábrica o de comercio, dibujos o modelos industriales* (subraya la Comisión), dividendos, derechos emanados de contratos de arrendamiento o de otra clase (pólizas de seguro, etc.), u otros bienes muebles semejantes, se avaluarán por peritos, los cuales tendrán en cuenta la importancia y eficacia en Colombia de esos bienes.

El Decreto 549 de 17 de febrero de 1947, preceptúa:

Artículo 1º. Las marcas, patentes, dibujos o modelos industriales a que se refieren los Decretos 2644 de 1943 y 1723 de 1944, podrán ser explotados libremente con sujeción únicamente a las disposiciones de carácter general sobre la materia.

a) Por el Fondo de Estabilización, como administrador fiduciario o por administración delegada de la Nación;

b) Por las personas que adquieran la propiedad de tales bienes del Fondo de Estabilización, y

c) Por los que hayan obtenido el comprobante de estar a paz y salvo con la Nación por concepto de cuota de indemnización de guerra, de conformidad con lo dispuesto en la ley 39 de 1945 y en su Decreto reglamentario número 216 de 1946.

El Decreto 1778 de 29 de mayo de 1948 estatuyó:

Artículo 1º. Las marcas de fábrica, de comercio, de agricultura, patentes, licencias, dibujos o modelos industriales, a que se refiere el artículo 2º. del Decreto 2644 de 1943, que hayan caducado o caduquen en lo sucesivo por falta de solicitud oportuna de renovación, serán registrados por la Sección de Propiedad Industrial del Ministerio de Comercio e Industrias, en favor de la Nación, en cumplimiento de lo establecido en la referida disposición.

Del registro, que queda exento de toda clase de derechos, se dará aviso al Fondo de Estabilización para que esa entidad proceda a administrarlos, a explotarlos o a venderlos, como está previsto en el articulo 1º. del Decreto 0549 de 1.947.

Artículo 2º. Las marcas, patentes, licencias, dibujos o modelos industriales, de cualquier clase, que correspondan a la Nación por virtud de la liquidación de las cuotas de guerra, serán registrados a favor del Fondo de Estabilización. -Ley 39 de 1.945,- con el fin de que dicha entidad proceda a realizarlos o a explotarlos a nombre del Estado, de acuerdo con las disposiciones de la mencionada Ley.

El Fondo de Estabilización dará el aviso del caso a la Sección de Propiedad Industrial del Ministerio de Comercio e Industrias para que verifique el registro de con-

formidad con éste artículo, acto que estará exento de toda clase de derechos.

Artículo 3º. La revisión de las licencias de especialidades farmacéuticas, concedidas a personas o entidades que se encuentren en administración fiduciaria o que hayan pasado al patrimonio de la Nación en cumplimiento de las disposiciones de la ley 39 de 1.945, será realizada por el Departamento Jurídico del Ministerio de Higiene tan pronto el Fondo de Estabilización los enajene o cese por cualquier causa la administración fiduciaria.

Parágrafo. El Fondo de Estabilización dará aviso inmediato al Departamento Jurídico del Ministerio de Higiene de las enajenaciones que haga a terceros de las licencias de especialidades farmacéuticas, las cuales no podrán ser explotadas por éstos sin el requisito de la revisión de que trata el artículo 14 del Decreto 2713 de 1947.

Artículo 4º. Si el Fondo de Estabilización, como delegado de la Nación, vende marcas, patentes, dibujos o modelos industriales, las personas que adquieran la propiedad de tales bienes podrán explotarlos libremente, con sujeción únicamente a las disposiciones de carácter general sobre la materia, como lo establece el Decreto 549 de 1.947.

El Fondo de Estabilización dará aviso al Ministerio de Comercio e Industrias, Sección de Propiedad Industrial, de todos los traspasos para los fines legales.

Artículo 5º. Las marcas, patentes, licencias, dibujos o modelos industriales, estarán libres de todos los motivos de caducidad que establecen las leyes, mientras formen parte del patrimonio del Estado».

CONCLUSIONES

a) Las marcas, patentes y demás modalidades de la propiedad industrial, pertenecientes a personas naturales o jurídicas de los países del Eje, no domiciliadas en Colombia, fueron sometidas desde un principio al régimen especial de administración fiduciaria, iniciado por el *Decreto-Ley número 59 del 17 de enero de 1.942*, más tarde, como consecuencia de la situación de beligerancia con Colombia, provocada por Alemania, quedaron vinculadas o sujetas, conforme a las prácticas del Derecho Internacional y al *Decreto-Ley número 2622 del 29 de Diciembre de 1.943*, al pago de las indemnizaciones y reparaciones respectivas a favor del Estado Colombiano y de los súbditos de éste y, finalmente formaron parte del proceso de liquidación y pago de las cuotas individuales por indemnización de guerra y de las reparaciones correspondientes, de acuerdo con lo prescrito por la *ley 39 de 1.945*, reglamentada por el *Decreto número 216 de 24 de enero de 1.946* y modificada por la *ley 118 de 1.948.*

b) Las disposiciones que se refieren concretamente a las marcas, patentes y demás modalidades de la propiedad industrial: tales como el *Decreto-Ley número 2644 del 30 de diciembre de 1.943;* las disposiciones legales y reglamentarias que, a título de ilustración, se dejan transcritas en el capítulo II de este estudio y, demás preceptos legales y reglamentarios, cuya transcripción se omitió en gracia de brevedad, no constituyen, ni establecieron un régimen de administración fiduciaria diferente del contemplado en el capítulo I, pues, todos estos preceptos legales, son desarrollo natural y obvio de las medidas que el Gobierno Nacional, con fundamento en claros preceptos constitucionales y legales, inició a partir del Decreto número 59 de 17 de enero de 1.942 y desarrolló y liquidó, por último, ajustándose a los más puros principios de ética jurídica que informan las relaciones de todo órden entre los pueblos del orbe civilizado.

c) El canje de notas entre el Gobierno de Colombia y la Embajada de la República Federal de Alemania, efectuado el 19 de mayo de 1.954, anexas al CONVENIO DE INTERCAMBIO DE MERCANCIAS ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, firmado en Bonn a los veintisiete días del mes de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro, cristalizaron en el *Decreto número 3109 del 22 de octubre de 1.954,* "por el cual se dispone lo relativo a la manera como debe verificarse la cancelación de la inscripción y de los registros que hoy existen a favor del Estado colombiano, de marcas, patentes, dibujos y modelos industriales y su traspaso a favor de personas alemanas", publicado en el Diario Oficial número 29616 del 2 de noviembre de 1.954.

d) La interpretación que procede adoptar -lógica y jurídicamente- para efecto de dar cumplimiento al precitado Decreto número 3109 del 22 de octubre de 1.954, no puede ser otra distinta a la de que las marcas, patentes y demás modalidades de la propiedad industrial estaban sometidas a lo dispuesto por el Decreto-Ley número 59 desde su fecha, o sea, desde el 17 de enero de 1.942.

e) Queda en estos términos absuelta la consulta formulada por el señor Ministro de Fomento a la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado en su atento oficio número 0054 de fecha 24 de febrero de 1.955.

En consecuecia, vuestra Comisión se permite proponeros:

Transcríbase al señor Ministro de Fomento el estudio que precede como respuesta a la consulta que tuvo a bien hacer a esta Corporación por medio de su atento oficio número 0054 de fecha 24 de febrero del presente año.

Bogotá, marzo 15 de 1.955.

VUESTRA COMISION.

Guillermo Acosta Acosta.

CONSULTAS DEL GOBIERNO

CUANDO CESA LA PRESTACION SOCIAL DE INVALIDEZ. CASOS EN QUE NO SE ADMITE LA APLICACION DE LAS DISPOSICIONES POR INTERPRETACION ANALOGICA.

Honorables Consejeros de Estado —Sala de Negocios Generales:—

En Oficio número 00732 de 11 de agosto del presente año, el señor Ministro de Guerra formula a la Sala de Negocios Generales la siguiente consulta:

> «Se presenta el caso de que algunos militares que disfrutan de pensiòn, por invalidez absoluta, reconocida por Resolución del Ministerio de Guerra, sirven cargos Oficiales y devengan conjuntamente las asignaciones de sueldo y pensiòn, muchas veces en cuantia superior a la permitida por la ley. Se consulta si un militar que ha sido amparado con pensión de invalidez absoluta y permanente para toda clase de actividades tanto militares como civiles, puede percibir sueldo proveniente del desempeño de empleos públicos, conjuntamente con la pensión de invalidez; o si el desempeño de tales cargos precisamente está demostrando que la invalidez desapareció y en consecuencia debe suspenderse la pensión que se decretó con fundamento en esa incapacidad permanente y absoluta.
>
> ....
>
> Se pregunta si por analogía pueden aplicarse estas disposiciones (se refiere al ordinal b) del artículo 16 del Decreto No. 981 de 1.946 y al artículo 11 de la ley 72 de 1947) a militares a quienes se ha decretado pensión vitalicia por invalidez absoluta para toda clase de actividades tanto militares como civiles, pero que con el transcurso del tiempo aparecen desempeñando cargos remunerados en la administración y por lo mismo percibiendo conjuntamente dos asignaciones del Tesoro Público. Esto es, si la pensión de invalidez debe en este caso suspenderse, con arreglo a las disposiciones citadas y en atención a que habiendo desaparecido la causa que la motivó, debe extinguirse, o por el contrario, debe seguirse cubriendo».

Se considera:

La prestación que consagra el artículo 41 de la ley 2a. de 1.945 tiene como causa la invalidez absoluta y permanente para toda clase de actividades, tanto militares como civiles, adquirida en el servicio. De tal suerte que la misma disposición está indicando que cuando cesa la incapacidad debe ponerse término a la prestación así reconocida. Esto es, justamente, el fundamento de la parte final de la causal 2a. de revisión que contempla el artículo 165 del C. C. A.

Como esta clase de prestaciones sociales se reconocen por medio de resolución o sentencia, es claro que dados los efectos de la cosa juzgada solamente puede lograrse la invalidación de dicha sentencia o resolución mediante el juicio especial de revisión de dicha resolución o sentencia. Juicio en el cual debe producirse la prueba de que ha cesado la invalidez que dió orígen al reconocimiento y como es natural sería prueba pertinente la demostración del hecho de que el pensionado esté desempeñando o haya desempeñado cargos civiles o militares después de concedido el reconocimiento de la prestación.

En cuanto a los preceptos que consagran el numeral b) del artículo 16 del Decreto 981 de 1.946 "por el cual se reorganiza la Caja de Protección Social de la Policía Nacional" y el artículo 11 de la ley 72 de 1.947, por ser disposiciones de carácter especial, relacionadas exclusivamente con prestaciones sociales de los afiliados de la Caja de Protección Social de la Policía Nacional, no son aplicables por analogía a las prestaciones sociales que la ley consagra también en forma especial para las Fuerzas Armadas y para otras ramas del servicio público, pues todo precepto de excepción tiene aplicación restrictiva y no admite la aplicación a otros casos por interpretación analógica.

En consecuencia me permito proponer a la H. Sala de Negocios Generales:

Transcríbase, en nota de estilo, el anterior informe al señor Ministro de Guerra, como respuesta a la consulta que se permitió hacer a esta Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado en su atento oficio No. 00732 de fecha 11 de los corrientes.

Bogotá, agosto 22 de 1.955.

VUESTRA COMISION.

Guillermo Acosta Acosta.

DECRETOS DEL GOBIERNO

RAMO EDUCACION NACIONAL. EL ESCALAFON EN LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y LA INAMOVILIDAD RELATIVA.

(Consejero ponente: Dr. Rafael Rueda Briceño)

Consejo de estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, 28 de noviembre de 1.955.

Referencia: Expediente No. 3327: Contenido: Nulidad del Decreto Ejecutivo No. 2088, originario del Ministerio de Educación.
Actor: Florentino Cortés Bernal.

En escrito presentado en la Secretaría de la Sala, el día 22 de de marzo de 1.952, el señor Florentino Cortés Bernal por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 de la ley 167 de 1.941, demanda lo siguiente:

Primera.- Que el Decreto Ejecutivo número 2088 de mil novecientos cincuenta y uno, octubre diez (10), dictado por el señor Presidente de la República y su Ministro de Educación Nacional, es *nulo* en cuanto nombró al señor Alejandro Rey Rey para el cargo de jefe de Negocios Generales, de Escuelas, Colonias e Inspecciones del Departamento Nacional de Educación Primaria, dependiente de tal Ministerio, en reemplazo del señor licenciado Florentino Cortés Bernal, y traslado a éste de dicho cargo al puesto de Director o Rector del Colegio "Emilio Cifuentes" de Facatativá.

Segunda.- Que, una vez ejecutoriada la sentencia que recaiga a esta demanda, el señor licenciado Florentino Cortès Bernal debe ser reintegrado, restablecido o restituído por el Gobierno Nacional en el cargo de Jefe de Negocios Generales, de Escuelas, Colonias e Inspecciones del Departamento Nacional de Educación Primaria del Ministerio respectivo; o designado o posesionado en otro cargo de sueldo o categoría iguales o superiores a los que el diez (10) de octubre tenía el citado cargo anterior, siempre dentro del escalafón de empleos de la Carrera Administrativa de dicho Ministerio, en el ramo a que pertenece la especialidad profesional y administrativa del demandante.

Tercera.- Que el señor licenciado, Florentino Cortés Bernal tiene

derecho a cobrar y, el Estado Colombiano por conducto del Gobierno Nacional debe pagarle los sueldos, primas, bonificaciones y demás retribuciones correspondientes al aludido cargo de Jefe de Negocios Generales, etc., que desempeñaba, liquidados desde el primero de febrero de mil novecientos cincuenta y dos (1.952), fecha en que el demandante dejó de devengar sueldo del Estado, hasta el día en que sea restituido al mismo cargo dicho, u ocupe otro de los ya indicados, tomando como bases el sueldo y demás retribuciones que a ese cargo correspondan en la fecha de la restitución o nueva designación y posesión, pero en ningún caso en cuantía inferior a la del sueldo de quinientos pesos ($ 500.oo) y demás retribuciones correspondientes al cargo que ocupaba el diez de octubre de mil novecientos cincuenta y uno (1.951).

Cuarta.- Que el señor licenciado Florentino Cortès Bernal tiene derecho, y el Estado Colombiano está obligado al pago del auxilio de cesantía, vacaciones, jubilación y toda clase de prestaciones sociales correspondientes al mencionado cargo de Jefe de Negocios Generales, etc., del Ministerio de Educación Nacional -Departamento de Primaria,- sin que la suspensión de sus servicios al Gobierno, desde el primero de febrero de mil novecientos cincuenta y dos (1.952), hasta el día en que sea restablecido en dicho cargo u ocupe otro de los ya indicados se considere sin interrupción de tales servicios, sino continuidad de ellos, para efectos del reconocimiento y de la liquidación de esas prestaciones, que deberán calcularse sobre los sueldos y demás retribuciones determinados en la forma indicada en la declaración anterior".

Como hechos de la demanda el señor apoderado del actor enuncia los siguientes: "1)- El señor Florentino Cortés Bernal se graduó como Institutor en la Escuela Normal de Tunja en el año de 1.930; hizo luego estudios y obtuvo el título de profesor especializado; y más tarde, en 1.935, el de licenciado en la Facultad de Ciencias de la Educación (Tunja) de la Universidad Nacional.- 2)- Durante largos años sirvió al Ministerio de Educación Nacional, con eficiencia y consagración reconocidas por todos, llevando sus iniciativas y su colaboración hasta más allá de sus obligaciones, aún con menoscabo de sus propios intereses. 3)- Desde noviembre de 1.938 venía ejerciendo el cargo de Sub- Director Secretario de la Sección de Educación Primaria, cargo incluído en el Escalafón de Empleos de la Carrera Administrativa del Ministerio de Educación Nacional, por el art. 9o. del Decreto Ejecutivo No. 1343 de 1.942- junio 3 (D-Of. No. 2477, junio 10/42).- 4o)- Por Decreto No. 2351 de 1.947 (Julio 17), el señor Cortés fué nombrado Jefe de la Sección de Negocios Generales, Escuelas y Colonias escolares del Departamento Nacional de Educación Primaria, equivalente al cargo mencionado en el hecho anterior (3), por virtud del Decreto No. 2261 de 1.947, que reorganizó el Ministerio (julio 10). 5)-Dicho cargo, incluído en el Escalafón de la Carrera Administrativa, lo ejercitó el licenciado Cortés, desde el primero de julio

de 1.947, hasta el 16 de octubre de 1.951, en que, sin conocimiento ni consentimiento previos del señor Cortés, fuè removido de tal posición, en virtud del Decreto No. 2088, de octubre 10/51, objeto de esta demanda. 6)- Sin renunciar a las prerrogativas que le confiere su afiliacion al Escalafón de la Carrera Administrativa se posesionó de la Dirección del Colegio "Emilio Cifuentes" de Facatativá y la ejerciò desde el 16 de octubre de 1.951, para que las delicadas tareas de culminación del curso anual no sufrieran mengua. 7)- Fué factor personal determinante para la aceptación de esa Rectoría por el señor Cortés, la necesidad de que la perduracion de su calidad de empleado público le permitiera aprovechar el derecho de que esa calidad le conferia para que la Caja Nacional de Previsión Social le costeara una delicada intervenciòn quirúrgica, requerida para su salud y su vida, que de otra manera hubieran quedado desamparadas por carencia de recursos. Y se practicó tal intervenciòn durante las vacaciones, para no perjudicar el servicio público.- 8)- Apenas convaleciente, otra vez sin conocimiento ni consentimiento anticipados del señor Cortés, por Decreto Ejecutivo No. 0078, de 16 de enero de 1.952, fué nombrado Rector del "Instituto General Santander", de Honda, cargo del que alcanzó a posesionarse con fecha primero de febrero de 1.952. 9) -El señor licenciado Cortès no ejerció un solo día este último puesto de su obligada peregrinación hacia la cesantía; sus condiciones fisicas vulnerables por el clima cálido; sus circunstancias familiares, adecuadas a la *inamovilidad* que le garantizan las normas sobre Carrera Administrativa; y la inseguridad evidente de su nuevo destino, hechos que no estaban en su mano remediar, lo llevaron ineludiblemente a formular la renuncia irrevocable que de dicha Rectoría presentó en la mañana del dos (2) del corriente febrero de 1.952; a manifestarle al señor Ministro que no podía aceptar ya ningún cargo que no figurara dentro del Escalafón de la Carrera Administrativa; y a reclamar, como lo hace hoy, dentro del término que la ley le concede, las prerrogativas que su calidad de miembro de esa carrera le otorga".

Como fundamentos de derecho el señor apoderado del actor invocó la Ley 165 de 1.938, y su Decreto Reglamentario No. 2091 de 1.939.

Recibida la demanda en esta Corporación, fué sometida al reparto legal y tramitado el juicio hasta ser puesto en estado de recibir sentencia, sin que se observe ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado. Es de advertir que durante las oportunidades procesales correspondientes, el actor por intermedio de su apoderado, solicitó la práctica de pruebas y presentó alegato escrito de conclusión.

CONCEPTO FISCAL

Al descorrer el traslado para conceptuar de fondo el señor Fiscal Primero de la Corporación manifestó lo siguiente:

"La Fiscalía considera:

....
....

Según el Decreto No. 2088 de 10 de octubre de 1.951, es decir, el acto demandado, el señor Florentino Cortés B., fué *trasladado* del cargo de Jefe de Negocios Generales de Escuelas e Inspecciones del Departamento de Primaria, al puesto de Director del Colegio "Emilio Cifuentes" de Facatativá, y para reemplazar a Cortés, se designó al señor Alejandro Rey Rey. De esta Resolución y de la copia del acta de posesión visible al folio 39, se desprende que el señor Cortés fue promovido del cargo que tenía a otro superior, -o de igual categoría pero con mayor remuneración- pues el cargo de Director del Colegio "Emilio Cifuentes" estaba remunerado con $ 550.oo mensuales, es decir $ 50.oo más de lo que hasta entonces venía devengando el señor Cortés en el cargo de Jefe de Negocios Generales del Departamento de Educación Primaria.

Ahora bién: en el alegato de conclusión el señor apoderado, hace hincapié en el hecho de que el acto acusado viola los arts. 1o y 2o de la ley 165 de 1938 y 11 y 12 del Decreto 2091 de 1.939.

El artículo 1o. crea la Carrera Administrativa para los empleados oficiales que presten servicios permanentes.

El artículo 2o. de la Ley 165 de 1.938, determina que la Carrera Administrativa consiste en el derecho que se reconoce a los empleados de que trata la misma ley, a no ser *removidos* del cargo que desempeñan, sino por faltar a los deberes que en el artículo 7o. se determinan, y mediante un procedimiento especial en que sean oídos; a ser ascendidos en caso de que se halle vacante un cargo de mejores condiciones dentro de la jerarquía del ramo, según sus méritos, su competencia, etc.

Los artículos 11 y 12 del Decreto 2091 de 1.939, por el cual se reglamenta la Carrera Administrativa, prescribe que después de ser inscrito en el Escalafón administrativo el empleado, tendrá derecho a no ser *removido* del cargo que desempeña, sino por incumplimiento de los deberes que se determinan en el artículo 18 del mismo estatuto y mediante el procedimiento que se reglamenta en el Capítulo IV; y que el empleado inscrito tendrá derecho al ascenso según sus méritos, su competencia, etc., y que en igualdad de condiciones el empleado más antiguo tiene derecho de preferencia.

Como puede verse las disposiciones que se citan como violadas por la providencia acusada, solamente se refieren a los casos de REMOCION, sin que se contemple en ellas lo relativo a la simple promoción o traslado de los empleados inscritos en la Carrera Administrativa.

REMOVER, según el Diccionario de la Real Academia Española, es "deponer a alguno de su empleo o destino".

PROMOVER, quiere decir "levantar o elevar a otra persona

a una dignidad o empleo superior al que tenía"

TRASLADAR, significa "hacer pasar a una persona de un puesto o cargo a otro de la misma categoría."

De las anteriores definiciones se infiere que al demandante en el presente juicio no se le removió de su cargo sino que se le trasladò a un empleo de mayor remuneración que la que tenía aquel que venía desempeñando. De consiguiente, no se trata en el caso sub-judice de determinar si ha habido violación de las normas señaladas en la demanda, las cuales, como se ha visto, se refieren únicamente a los casos de remoción de los empleados inscritos en la Carrera Administrativa.

El demandante, empero, afirma que el traslado se le impuso como sanción disciplinaria. Este despacho procede a estudiar tal aspecto, para llegar a la conclusión de que el Jefe de la Administración tiene facultad discrecional para efectuar los traslados que considere convenientes. Este punto ya ha sido estudiado por el Consejo de Estado en diferentes ocasiones, y así, en sentencia de 22 de agosto de 1.951, proferida en el negocio del señor Fonseca Reyes, dijo lo que a continuación se transcribe:

> «Se trata, en el caso, no de una *remoción* sino de una simple *promociòn o traslado* del empleado demandante, que éste considera le fué decretado como pena disciplinaria. "Pero es de advertir que no todo traslado implica, necesariamente, pena disciplinaria, como que bien puede realizarlo la Administración por necesidades de servicio o por evidente conveniencia administrativa, para lo cual ella es autónoma".
>
> En estos autos se sostiene por el actor, que su traslado le fué impuesto como pena disciplinaria. Mas, a través del proceso no resulta legalmente comprobada esta afirmación; al contrario, en el expediente obra abundante prueba, aducida por el mismo demandante de donde se deduce con toda certeza que su promoción se decretó no precisamente como pena disciplinaria, sino por necesidades de servicio y por evidente conveniencia administrativa.
>
> «. ....
>
> No habiendo, pués, probado el actor que su promociòn o traslado, se lo impuso la Administración como pena disciplinaria, tal como lo afirmó en su libelo, sería suficiente lo expuesto para, sin más consideraciones, imponer la negativa de sus peticiones.
>
> Mas para llegar a idéntica conclusión, quiere la Sala sentenciadora abundar en razones y así acepta, en gracia de discusión, el acerto del actor de que el traslado se le

hizo como pena disciplinaria para evidenciar, que aún partiendo de este punto de vista las súplicas de la demanda están llamadas a fracasar.

Cree el señor apoderado del demandante, que ninguna de las penas disciplinarias establecidas en el art. 21 del Decreto 2091 de 1.939, puede imponerse legalmente si no media el procedimiento de que habla el artículo 25 ibídem. En otros términos: estima el señor apoderado que la ley estableció ese procedimiento como requisito previo indispensable para poder imponer cualesquiera de tales penas. Y es precisamente en esta apreciación en donde no acierta exactamente el distinguido abogado, como bien fácil es entender que el aludido trámite sólo lo impone la ley para cuando se trata de hacer efectiva la pena de REMOCION, no para cuando se trata de aplicar cualesquiera de las otras sanciones: la amonestación, la multa y el traslado a otro puesto.

Se explica:

Tratándose de la pena disciplinaria de *remoción*, es indudable que no puede imponerse sino mediante el procedimiento reglamentado en el Capítulo VI del precitado Decreto 2091, pues así lo preceptúan expresamente los artículos 11 de ese mismo estatuto y 2o. de la ley 165 de 1.938, disposiciones que se refieren única y exclusivamente a esa pena, a la remoción.

En tanto que tratándose de cualesquiera de las otras penas, el Jefe Superior de la Administración respectiva bien puede imponerlas de *plano*, sin el previo procedimiento alegado, pues éste en tales casos, a términos del artículo 25, ordinal a) del Decreto reglamentario, sólo se seguirá si dicho Jefe "lo estima conveniente" y consecuencialmente lo ordena.

Refuerza esta tesis el hecho de que la única pena disciplinaria que "acarrea la pérdida de todos los derechos otorgados al empleado de la Carrera Administrativa", es la de "remociòn", según el texto del art. 24 del mismo decreto. Mientras que la aplicación de las otras no conlleva tan drástica sanción, "no tiene otra consecuencia que la anotación en la hoja de servicios (art. 22); la multa, solamente equivale a una pena pecuniaria hasta el máximum de un sueldo mensual (art. 21); y el traslado a otro puesto, implica, cuando más, disminución de categoría del cargo o del sueldo, jamás la pérdida de las demás prerrogativas establecidas por la Ley 165 de 1.938 y el presente decreto" (art.23).

Es pués la gravedad de la pena de "remoción" la que, a diferencia de las demás, impone, sólo para ella, el previo trámite del procedimiento de que se viene hablando.

De donde se sigue que en el caso de autos la Administración no obró ilegalmente al decretar la promoción o traslado del señor Fonseca Reyes sin el previo trámite del cuestionado procedimiento, como que así procedió, fué, posiblemente, porque consideró "conveniente" disponer el cumplimiento de esa actuación o, lo que es lo mismo, hacer uso de la facultad DISCRECIONAL *no imperativa*, que al particular le otorga el precitado art. 25, ordinal a), del Decreto 2091 de 1.939.

Por tanto, debe negarse la súplica impetrada en la demanda y las peticiones consecuenciales, o sean las encaminadas al restablecimiento del derecho».

En el caso de autos la anterior jurisprudencia es perfectamente aplicable al señor Cortés Bernal, quien no ha demostrado que el traslado se le hubiera impuesto como pena disciplinaria y porque resulta evidente que con el traslado no se le desmejoró de la categoría en que se halla inscrito.

Efectivamente, no se le desmejoró de categoría, pues como al principio se ha visto, el señor Cortés Bernal, no solamente estaba inscrito en la Carrera Administrativa del Ministerio de Educación sino también lo estaba en el Escalafón de Enseñanza Secundaria en la misma Primera Categoría. El Gobierno Nacional, al nombrarlo Rector o Director del Colegio "Emilio Cifuentes" de Facatativá, tuvo en cuenta este escalafonamiento, ya que la misma ley dispone que para el desempeño del cargo de Rector o Director de colegios es necesario que el nombrado pertenezca a la Primera Categoría del Escalafón. Es evidente que el cargo de Director del Colegio "Emilio Cifuentes" de Facatativá, no aparece clasificado como de Carrera Administrativa, mas el hecho de que un empleado inscrito en dicha Carrera se le traslade a un puesto no clasificado dentro de ella, ni implica desviación de poder, ya que como lo ha dicho el Consejo de Estado "el empleado de Carrera que acepta una promoción o ascenso a otro puesto excluído de la Carrera, dentro de la misma dependencia oficial, no queda privado de las garantías de la Ley de Carrera, pués únicamente puede ser promovido al puesto anterior o a otro de superior o igual categoría, pues no es posible admitir que la primera promoción o el ascenso puedan implicar sanción para el empleado". Es decir: que cuando un empleado inscrito en la Carrera Administrativa es promovido o trasladado a un cargo que no se halla incluído dentro de la Carrera, conserva el derecho de ser restituído al cargo de donde fué promovido o a otro de igual o superior categoría.

De lo anterior se concluye que el acto acusado no violó en manera alguna los artículos 1o. y 2o. de la Ley 165 de 1.938, ni

los artículos 11, 12 y 25 del Decreto Reglamentario No. 2091 de 1.939, que el apoderado del demandante cita, en su alegato de conclusiòn, como violados "directa y ostensiblemente" por el Decreto No. 2088 de 10 de octubre de 1.951.

Mas como por medio del Decreto acusado se nombró en reemplazo del señor Cortés Bernal, al señor Alejandro Rey Rey, quien no se halla escalafonado en la Carrera Administrativa, por este aspecto la Administración sí obró con desviación de poder, y en consecuencia, por este aspecto es nulo.

Empero, en cuanto se relaciona directamente con el señor Cortés Bernal, se tiene que el acto acusado no lo desmejoró ni en sueldo ni en categoria, ya que para ser Rector o Director de Colegio se requiere pertenecer a la Primera Categoría del Escalafón de Enseñanza Secundaria, a la cual pertenecía el demandante, y las asignaciones fijadas para los cargos de Rector de los Colegios "Emilio Cifuentes" de Facatativá y "General Santander" de Honda, eran de $550.oo y 600.oo mensuales, respectivamente, que en todo caso eran superiores a la que venía devengando el demandante en el cargo del cual fué trasladado. Y, como el hecho de trasladar a un empleado inscrito en la Carrera Administrativa de un cargo clasificado dentro de ella, a un empleo que no se halla clasificado en la carrera, no implica la pérdida de las prerrogativas inherentes al empleado de Carrera, ya que este conserva el derecho a ser restituído al puesto primitivo o a otro de superior o igual categoría, esta Fiscalía considera que al señor Cortés Bernal le queda el derecho de ser restablecido al cargo de Jefe de la Sección de Negocios Generales del Departamento de Educación Primaria del Ministerio de Educación Nacional, por cuanto su reemplazo en dicho cargo no está inscrito en la Carrera Administrativa.

«Ahora, en cuanto al pago de sueldos, primas y demás retribuciones dejadas de devengar por el actor desde el 1o. de febrero de 1.952, este Despacho considera, en virtud de las consideraciones que se han dejado expuestas, y del hecho de que la separación del servicio, del señor Cortés se debió a renuncia voluntaria, que no puede accederse a tal petición ya que como antes se dijo, el Decreto demandado no lesionó en manera alguna los derechos del demandante, y al retirarse voluntariamente del servicio haciendo dejación de su cargo no puede lógicamente fundar su acción de restablecimiento del derecho en un hecho propio, libre y espontáneo como fué la renuncia, que tiene la virtualidad de desligar al individuo de la Administración. No es jurídico desistir de lo que se ha desistido, conforme lo ha sostenido este Despacho en varias ocasiones.

Con fundamento en las consideraciones que se han dejado expuestas, conceptúo que debe declararse la nulidad del acto acusado pero únicamente en cuanto se relaciona

con el nombramiento del señor Alejandro Rey Rey en reemplazo del demandante, accediendo así en parte a la petición contenida en la primera declaración del libelo de demanda; que se acceda a la segunda y se nieguen las demás (3 y 4)».

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para dilucidar la cuestión aquí controvertida, antes de toda consideración resulta indispensable relacionar los hechos acreditados en el expediente:

Aparece demostrado que el señor Florentino Cortés Bernal ejerció el cargo de Sub-director Secretario de la Sección de Educación Primaria desde noviembre 8 de 1.938, fecha en que tomó posesión de dicho puesto, hasta el 30 de junio de 1.945, y luego desde el 19 de junio de 1.946 hasta el 30 de junio de 1.947; que el 18 de junio de 1.947 tomó posesión del cargo de Jefe de la Sección de Negocios Generales de Escuelas y Colonias del Departamento de Educación Primaria, en virtud del nombramiento que se le hizo por Decreto 2351 de 17 de julio del mismo año, cargo que desempeñó hasta el día 16 de octubre de 1.951; que el 16 de octubre de 1.951 se posesionó del cargo de Director del Colegio "Emilio Cifuentes" de Facatativá, para el que había sido nombrado por Decreto 2088 de 10 de octubre de ese mismo año, y que ejerció hasta el 31 de enero de 1.952; que el mismo día 1º de febrero de 1.952, se posesionó del cargo de Rector del Instituto "General Santander" de Honda, para el que había sido nombrado por Decreto 0078 de 16 de enero del mismo año; que el señor Cortés Bernal quedó cesante desde el 2 de febrero de 1.952, por efecto de su renuncia irrevocable del cargo anterior (Fs. 38 a 40, 43 y 19).

Se halla igualmente demostrado en autos lo siguiente: Que el señor Cortés Bernal aparece escalafonado en la Carrera Administrativa como funcionario del Ministerio de Educación Nacional, mediante Resoluciòn No. 205 de 28 de julio de 1.942 en Primera Categoria, como Sub-director Secretario de la Sección de Educación Primaria del Ministerio de Educación Nacional (F. 10); que el señor Alejandro Rey Rey, nombrado en reemplazo del señor Cortés Bernal como Jefe de Negocios Generales de Escuelas, Colonias e Inspecciones del Departamento de Primaria, por medio del Decreto acusado, no aparece escalafonado en la Carrera Administrativa del Ministerio de Educaciòn Nacional, ni de ninguna otra dependencia oficial (f. 8); que el señor Cortés Bernal figura inscrito en la Primera Categoria Grupo A del Escalafón de Enseñanza Secundaria, por la Resolución No. 18 de 15 de octubre de 1946 que se halla vigente (fls. 47 y 55); que el sueldo asignado al Jefe de la Sección de Negocios Generales del Departamento de Educación Primaria, en octubre de 1.951, era de $500.oo mensuales (f. 43); que contra el señor Cortés Bernal no existe en el Consejo Nacional de Ad-

ministración y Disciplina constancia alguna desfavorable que le haya hecho acreedor a sanción (f.9 v. y 44); que el cargo de Director del Colegio "Emilio Cifuentes", de Facatativá, no aparece clasificado como de Carrera Administrativa (f. 8).

El texto de las disposiciones legales señaladas por el actor como violadas por el acto acusado es el siguiente:

«Ley 165 de 1.938, por el cual se crea la Carrera Administrativa».

Art. 1º. Créase la Carrera Administrativa para los Empleados nacionales, departamentales y municipales que presten servicios administrativos permanentes.

Art. 2º. Consiste la Carrera Administrativa en el derecho que se reconoce a los empleados ya expresados, a lo siguiente;

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

Modificado por la Ley 6a. de 1.945, art. 25, adelante.

b). A ser ascendidos en caso de que se halle vacante un cargo de mejores condiciones dentro de la jerarquía del ramo, según sus méritos y su competencia.

Decreto No. 2091 de 1.939 por el cual se reglamenta la Carrera Administrativa.

Capítulo IV de los derechos reconocidos a los empleados de la Carrera Administrativa.

Art. 11. Después de ser inscritos en el escalafón administrativo, el empleado respectivo tendrá derecho a no ser removido del cargo que desempeña, sino por incumplimiento de los deberes que se determinan en el art. 18 de este Decreto y mediante el procedimiento que se reglamenta en el Capítulo 6o.

Art. 12. El empleado inscrito en el escalafón administrativo tendrá derecho al ascenso según sus méritos y su competencia, cuando se halle vacante un cargo de mejores condiciones dentro de la jerarquía especial del ramo, susceptible de proveerse por ascenso, según las indicaciones del respectivo escalafón. En igualdad de condiciones, el empleado más antiguo tiene derecho al ascenso.

Si el Jefe de la Oficina estima que ninguno de los empleados es apto para cumplir las funciones del cargo de que se trata, este se proveerá por concurso, según el procedimiento fijado por el Consejo de Administración y Disciplina.

«El acto acusado es del tenor siguiente:

DECRETO NUMERO 2088 de 1.951 (OCTUBRE 10)

Por el cual se hacen unos traslados y un nombramiento.

El Presidente de la República de Colombia, en uso

de sus facultades legales,

DECRETA:

Artículo primero. Hácense los siguientes traslados:

....

Florentino Cortés B. al puesto de Director del Colegio "Emilio Cifuentes" de Facatativá, en reemplazo de Arturo Espinosa quien pasa a otro cargo.

Artículo segundo: Nómbrase al señor Alejandro Rey Rey, Jefe de Negocios Generales de Escuelas, Colonias e Inspecciones del Departamento de Primaria, en reemplazo de Florentino Cortés Bernal, quien pasa a otro puesto.

....»

De todo lo anteriormente relacionado fluye la solución que en innumerables negocios ha dado esta Sala a los problemas de la naturaleza del presente. Porque si es evidente que el actor estaba escalafonado en la Carrera Administrativa, la inamovilidad relativa lo amparaba solamente para el cargo en el cual estaba inscrito, es decir, como Sub- Director Secretario de la Sección de Educación Primaria, en su caracter de funcionario del Ministerio de Educación Nacional. Pero ocurre que el demandante Cortés Bernal aceptó el cargo de Director del Colegio "Emilio Cifuentes" de Facatativá, ejerciéndolo durante algún tiempo, y, como si esto no fuera bastante, posteriormente también aceptó y alcanzó a posesionarse del cargo de Rector del "Instituto General Santander" de Honda. En estas condiciones queda bien claro que el interesado por su propia voluntad dejó un empleo en el cual aparecía inscrito en el escalafón y desempeñó otros fuera de èste, sin haber siquiera puesto de presente que dejaba a salvo los derechos que lo amparaban como ciudadano inscrito en un determinado cargo dentro del escalafón, como bien claramente se puede ver en el acta de posesión que en copia obra al folio 33 del expediente. Esto quiere decir, de modo sencillo, que él asumió las consecuencias de dejar un cargo en el cual estaba inscrito por otro que carecìa de tales ventajas, sin que por tal motivo haya perdido el derecho de continuar en carrera, pero tampoco, como queda dicho que su acto voluntario lo autorice para hacer las peticiones que se hallan consignadas en el libelo.

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

FALLA:

NIEGA las peticiones de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese.

José Enrique Arboleda V, Daniel Anzola Escobar, Manuel Buenahora, Ildefonso Méndez, Rafael Marriaga, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

DECRETOS DEL GOBIERNO

RETIRO Y ASCENSOS DE OFICIALES DEL EJERCITO, CONSECUENCIA DE LAS SENTENCIAS DE LA H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Consejero Ponente: Dr. Rafael Rueda Briceño.

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, 21 de junio de mil novecientos cincuenta y cinco.

Referencia: Expediente No. 4334 Actor: Luis Carlos Gaitán Aldana
Acción: Nulidad del artículo 4o. del Decreto 2698 de 1.952 del Ministerio de Guerra.

El doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, abogado inscrito, obrando en nombre y representación del señor LUIS CARLOS GAITAN ALDANA, mayor de edad y de esta vecindad, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicita se haga por el Consejo de Estado las siguientes declaraciones:

«1o. Que el artículo 4o. del Decreto 2689 de 1.952 (octubre 28) que retiró del servicio activo del ejército con pase a la reserva, al Teniente LUIS CARLOS GAITAN ALDANA es violatorio del parágrafo único del artículo 12 de la ley 2ª de 1.945 y por lo tanto nulo; en consecuencia, debe el Gobierno Nacional dictar la medida legal correspondiente que se acomode a la disposición contenida en el parágrafo citado.

2o. Que la medida legal que el Gobierno debe dictar en reemplazo de la norma cuya nulidad se pide, debe reconocer en la persona de mi poderdante los grados de CAPITAN y de MAYOR que legalmente le corresponden y que el retiro debe producirse en el grado de MAYOR.

3o. Que los ascensos a Capitán y a Mayor deben decretarse con efectos fiscales retroactivos a las fechas en que mi poderdante adquirió el derecho a ser ascendido».

Como fundamentos de hecho, el libelo aduce los siguientes:

«En el año de 1.944 el entonces Teniente LUIS CAR-

LOS GAITAN ALDANA fué condenado por el Comando de la Brigada de Institutos Militares en sentencia del 31 de julio de 1.944 a la pena de siete (7) años de reclusión militar. Como efecto de dicho proveído el Gobierno Nacional dictó el decreto 1810 de 1.944, en el cual se ordenó la separación en forma absoluta del Ejército. Tanto la sentencia condenatoria como la separación del ejército tuvieron cumplimiento total.

El 11 de julio de 1.952 la Honorable Corte Suprema de Justicia al conocer el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Comando de la Brigada de Institutos Militares, invalidó la decisión de dicha Brigada declarando nulo lo actuado en el proceso correspondiente y ordenó al mismo Comando dar cumplimiento al artículo 110 de la Ley 84 de 1.931. Con fecha septiembre 15 de 1.952 el Comando General de las Fuerzas Militares confirmó en todas sus partes la absolución que el 23 de julio de 1.944 el Consejo de Guerra Verbal había decretado en favor del Teniente LUIS CARLOS GAITAN ALDANA.

En desarrollo de las sentencias de la Corte y del Comando del Ejército, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 2338 de 1.952 (septiembre 27) ordenando en su artículo 1º lo siguiente: "Declárase sin efecto el Decreto 1810 de 1944, en cuanto se refiere a la separación en forma absoluta del Ejército del Mayor Julio Millán C., y de los Tenientes Luis C. Gaitán A. y Hernando Sicard T." Por el artículo 2º destina a dichos oficiales a la sub-sección del personal agregado del Comando del Ejército; y por el término 3º ordenó, la presentación en la dependencia a la cual se les destinó, de dichos oficiales,dentro del plazo reglamentario.

En estas condiciones el Teniente Luis Carlos Gaitán Aldana recibió como resultado de las sentencias y del Decreto citado el reconocimiento de su inocencia y obtuvo la anulación de su retiro absoluto en tal forma que éste, por virtud del Acto Administrativo al ser declarado sin efecto el Decreto que lo ordenó se entiende como si hubiera existido y en tal virtud el Teniente LUIS CARLOS GAITAN ALDANA perteneció en forma continua al Ejército Nacional hasta la fecha del Decreto demandado por el cual se le retiró, que es el 2698 de 1.952. Dicho Decreto en su artículo 4º dispone: "Por solicitud propia retírase del servicio activo del Ejército, con pase a la reserva, al Teniente Luis C. Gaitán A., de la Subsección de Personal Agregado del Comando del Ejército, previa la formación de la correspondiente hoja de servicio, y para este fin se concede un plazo de tres (3) meses a partir del primero de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos (1.952), con derecho a su sueldo, primas y demás prerrogativas de actividad en cuanto hace a prestaciones sociales, para lo cual continuará de alta durante dicho plazo en la dependencia a que orgánicamente pertenece.

En la demanda se citan como violados los artículos 106, 169 de la Constitución Nacional, y las leyes 2a. de 1.945, 100 de 1.946, 82

de 1.947 y 100 de 1.948, y en el concepto de violación se expone así:

«De conformidad con las Leyes 2a. de 1.945, 100 de 1.946, 82 de 1.947 y 100 de 1.948, los Oficiales para ascender en las filas del Ejèrcito deben llenar los requisitos enumerados en dichas disposiciones.

El Oficial que llene los requisitos debe ser ascendido porque adquiere el derecho.

No puede privarse de los grados y honores inherentes a la carrera militar a los oficiales, sino por motivos expresamente señalados en las leyes (Artículo 166 y 169 de la Constitución Nacional).

De conformidad con el Artículo 99. de la Ley 2a. de 1.945 "los nombramientos y ascensos de los oficiales del Ejército se hacen por el Gobierno, de acuerdo con las disposiciones de la presente Ley".

Son requisitos para el ascenso: Tiempo de servicio; exámenes de competencia y condiciones morales, intelectuales y físicas. (Artículos 99 y siguientes de la Ley 2a. de 1.945).

Cumplidos todos los requisitos el oficial adquiere el derecho al ascenso, siempre y cuando que haya la vacante respectiva; éste ascenso le corresponde decretarlo al Gobierno Nacional. Cuando no existe la vacante, el oficial tiene derecho a su retiro, previo el ascenso al grado que le corresponde, por haber satisfecho todos los requisitos legales. (Artículo 12 de la Ley 2a. de 1.935 y parágrafo.).

LUIS CARLOS GAITAN ALDANA, fué ascendido a Teniente, con fecha 10 de febrero de 1.940, por Decreto 266 de 10 febrero de 1.940. El grado que le correspondía posteriormente era el de Capitán. Para ascender a dicho grado llenó todos los requisitos exigidos por la Ley, desde antes de ser retirado en forma absoluta en 1.944.

En efecto: a)- Cuatro años como Teniente, contados del 10 de febrero de 1.940 al 10 de febrero de 1.944.(El retiro se produjo por Decreto de 31 de Julio de 1.944 No. 1810.) De manera que el requisito de tiempo de servicios estaba cumplido (artículo 13 de la Ley 2a de 1.945.).

b)- Servicio en tropas: Estuvo esos cuatro años sirviendo en tropas, conforme consta en el extracto de la Hoja de Vida que se acompaña a la demanda.

c)- Estudios: En noviembre de 1.943 terminó el curso para Capitán, con excelente resultado y magníficas calificaciones.

d)- Condiciones Físicas: Las poseía, si se tiene en cuenta que continuó en el servicio activo, en la Escuela de Ingenieros.

Como el Decreto que lo retiró en forma absoluta del Ejército se produjo por virtud de una sentencia condenatoria, y ésta ha sido anulada posteriormente, absolviendo a mi poderdante; y ha sido declarado sin efectos el Decreto de retiro, tenemos que el Teniente LUIS CARLOS GAITAN ALDANA, debe ser ascendido al grado de Capitán. La fecha para su ascenso es el 10 de febrero de 1.944, cuando adquirió su derecho, porque había cumplido todos los requisitos necesarios para dicho ascenso.

El Gobierno al declarar sin efectos el Decreto de retiro absoluto, retrotrae la situación al momento en que éste Decreto se dictó en consecuencia la actividad hasta el día del Decreto que ahora se demanda.

El Gobierno puede retirarlo si quiere, como lo ha hecho, pero no puede hacerlo sin antes ascenderlo al Grado de Capitán, con retroactividad a la fecha en que adquirió ese derecho. Así deberá ascenderlo con fecha 10 de febrero de 1.944 al Grado de Capitán y retirarlo, conforme al Parágrafo del artículo 12 de la Ley 2a. de 1.945.

Pero también debe ascenderlo al grado de Mayor, antes del retiro y en éste grado se producirá éste. Porque habiendo sido declarado sin efectos el Decreto de 1.944 que lo retirò en forma absoluta, ese retiro no teniendo efectos, hace que el Teniente LUIS CARLOS GAITAN ALDANA, haya estado en servicio continuamente. Entonces por virtud de ello, cumplió tiempo de servicio para ascender al grado de Mayor (cuatro años) (Artículo 13 de la Ley 2a. de 1.945).

El Teniente LUIS CARLOS GAITAN ALDANA recibió el título de doctor en Ciencias, Ingeniería Hidráulica y Civil, según consta en la matrícula profesional número 2518, que se acompaña. Esta matrícula tiene fecha agosto 18 de 1.949, y en tal fecha debió ser trasladado a la rama de los servicios, dentro del Ejército.

Dentro de la rama de los servicios estaba exento de todo otro requisito y como tenía el tiempo de servicio, por virtud de la declaratoria de no surtir efectos el retiro absoluto, debió ser ascendido dentro de la rama de los servicios con fecha 18 de agosto de 1.949, al grado de Mayor, grado en el cual debió producirse el retiro de que se habla en el Decreto demandado, en su artículo 4o.

A la demanda se acompañaron el poder con que obra el doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, y los demás documentos y certificados en ella relacionados, posteriormente, y en tiempo oportuno, se hizo llegar como prueba el Certificado No. 6931 de 7 de enero de 1.944, que contiene las calificaciones del Teniente Luis Carlos Gaitán

Aldana, el concepto del Coronel Comandante de la Escuela de Ingenieros, y la siguiente manifestación: El 10 de febrero del presente año cumple antigüedad y, con ello, sus requisitos para el ascenso, el cual recomiendo.

El señor Fiscal 2o. de la Corporación, en escrito de 2 de febrero de 1.954 se expresó así: Se observa, sinembargo, que la disposición señalada por el demandante como violada fué *suspendida* por medio del Decreto Legislativo 3273 de 1.950, a partir del 26 de octubre del mismo año, fecha de su expedición. Dice en efecto el artículo 1o. del Decreto en referencia: Suspéndase el parágrafo único del artículo 12 de la ley 2a. de 1.945 y el artículo 12 y su parágrafo de la ley 82 de 1.947 en cuanto dispone que el Oficial que se retire con pase a la reserva, a solicitud propia o por disposición del Gobierno, cuando no pueda ascender en filas de actividad por falta de vacante, será previamente ascendido y recibirá el sueldo y demás prestaciones correspondientes al grado conferido al llamársele a calificar servicios. Por consiguiente, agrega, a partir de la vigencia de este Decreto SÓLO SE OTORGARAN ASCENSOS PARA CONTINUAR EN EL SERVICIO.

En tales circunstancias las súplicas de la demanda no pueden prosperar, por fundarse el cargo de ilegalidad en la violación de una norma cuya vigencia se halla en *suspenso* desde mucho antes de producirse el Decreto acusado.

Por lo expuesto, soy de parecer se nieguen las peticiones de la demanda.»

De su parte, el apoderado del demandante, solicitó el 10 de marzo de 1.954 señalamiento de fecha y hora para audiencia pública, la cual se celebró el 8 de abril siguiente. En el resumen escrito de su alegación oral en tal audiencia, entre otras cosas dice el doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola:

"Primero:- Con ocasión de los sucesos políticos-militares acontecidos el 10 de julio de 1.944, el Teniente Luis Carlos Gaitán Aldana fué ilegalmente sentenciado a siete años de reclusión y separado en forma absoluta del Ejército.

Segundo:- Por sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, de fecha 11 de Julio de 1,952, se ordenó a la Justicia Militar dar cumplimiento a la sentencia proferida por un Consejo de Guerra Verbal el 23 de julio de 1.944, por la cual se absolvió de los cargos por que se juzgó y sentenció al Teniente LUIS CARLOS GAITAN ALDANA.

Tercero:- En cumplimiento al mandato de la Honora-

ble Corte Suprema de Justicia, el Comando Superior de de las Fuerzas Militares, en fallo de fecha 15 de septiembre de 1.952, confirmó la sentencia de primera instancia dictada por un Consejo de Guerra Verbal el 23 de julio de 1.944.

En atención a las sentencias citadas, el Gobierno expidió el decreto número 2338 de-27 de septiembre de 1.952, por el cual se declaró sin efecto el decreto número 1810 de 1.944, en cuanto se refiere a la separación o retiro del Ejército del Teniente LUIS CARLOS GAITAN ALDANA, y la Resolución del Ministerio de Guerra número 1003 de 1.953, por la cual se reconoció como tiempo de servicio prestado en actividad, el lapso comprendido entre agosto 1o. de 1.944 y la fecha en que fué declarado sin efecto el Decreto de retiro.

Cuarto:- Como consta en el expediente respectivo, el demandante cumplió la totalidad de los requisitos legales el 10 de febrero de 1.944 para ascender al grado de Capitán.

Quinto.- Si se acepta que el demandante tenía derecho al ascenso a Capitán, el 10 de febrero de 1.944, cumplió legalmente los requisitos para el ascenso al grado de Mayor el 4 de julio de 1.949, fecha en que recibió su título profesional de Ingeniería.

Sexto:- El Honorable Consejo de Estado en sentencias proferidas el 7 de mayo de 1.947 y el 22 de agosto de 1.950, en el caso de las demandas presentadas por los señores Capitán de Corbeta Manuel A. García Naranjo y Mayor José Antonio Pedraza, respectivamente, falló en el sentido de reconocer como un derecho los grados militares cuando se hubieren satisfecho los requisitos legales en virtud de los mandatos constitucionales que regulan la fuerza pública.

Séptimo:- Que el Gobierno reconoció con anterioridad a los fallos proferidos por el Honorable Consejo de Estado, el derecho al grado cuando se han satisfechos los requisitos legales, al ascender a Teniente, Capitán, Mayor, Teniente Coronel, y Teniente y Capitán, a los señores Francisco Bernal y Daniel Cubillos respectivamente, por Decreto número 1541 de junio 27 de 1.944.

Octavo:- La sentencia proferida por la Honorable Corte Suprema de Justicia el 11 de junio de 1.952, tiene que implicar el reconocimiento de todos los derechos, grados, sueldos y demás prerrogativas de los oficiales en servicio activo, que conforme a las leyes militares correspondía y corresponden al demandante.

Undécimo:- Si en verdad el artículo 1o. del Decreto Legislativo número 3273 de 1.950 suspendió los efectos

del parágrafo único del artículo 12 de la Ley 2ª. de 1.945 y el artículo 12 y su paràgrafo de la ley 82 de 1.947, en cuanto dispone que el Oficial que se retire cuando no pueda ascender por falta de vacantes, será previamente ascendido y recibirá el sueldo de retiro y demás prestaciones correspondientes al grado conferido al retirársele; establece que los ascensos a partir de esa fecha se otorgarán sólo para continuar en servicio, disposición establecida nuevamente en el artículo 21 del Decreto Legislativo número 3220 de 1.953. No es menos cierto que tal disposición no pueda tener efecto retroactivo, y por consiguiente no puede referirse al caso particular del demandante, cuyos derechos al reconocimiento de los grados solicitados fueron adquiridos con anterioridad al Decreto Legislativo número 3275 de 1.950 y cuando legalmente se encontraba en servicio activo.

Si como se anotò en considerandos anteriores, un profesional con título de Universidad Mayor puede ser incorporado al Ejército con el grado de Capitán, no es explicable el que se le niegue èste mismo grado a quien ingresó a la Escuela Militar en abril de 1.933, y luego de satisfacer la totalidad de los requisitos, ascendió al grado de Sub-Teniente en noviembre de 1.936; obtuvo el grado de Teniente después de llenar los requisitos respectivos, e igualmente cumplió los que correspondía para el grado de Capitán; y además, posee un título profesional de Facultad Mayor, como es el de Ingeniero Hidráulico y Civil.

Como todos los hechos se encuentran probados, solicito al Honorable Consejo de Estado hacer las declaraciones pertinentes".

Agotados como están los trámites propios de la única instancia, se procede a fallar previas las consideraciones siguientes:

Toda la cuestiòn se reduce a estudiar si el Teniente LUIS CARLOS GAITAN ALDANA, como consecuencia de las providencias de la Honorable Corte Suprema de Justicia de fecha 11 de julio de 1.952 y del Comando General de las Fuerzas Militares del 15 de septiembre de 1.952, quedó amparado por las normas legales sobre actividad y ascensos de Oficiales del Ejército, si adquirió un derecho con justo título con arreglo a aquellas, y si la medida adoptada por el Decreto 3273 de 26 de octubre de 1.950 puede afectarlo.

Según lo sostiene el demandante, como consecuencia de los fallos citados de la H. Corte Suprema de Justicia y del Comando General de las Fuerzas Militares, el Teniente LUIS CARLOS GAITAN ALDANA no tuvo legalmente interrupción en su actividad como Oficial del Ejército en servicio sino hasta la expedición del Decreto 2698 de 28 de octubre de 1.952, cuando a solicitud propia

se le retiró del servicio activo del Ejército, según se expresa en dicho Decreto. El mismo Ministerio de Guerra, así lo confirma en la Resolución No. 1003 de 1.953, en la cual reconoció como tiempo de servicio prestado en actividad por dicho Oficial el comprendido entre el 1º de agosto de 1.944 y la fecha de retiro de tal servicio activo. El Consejo no puede desconocer la autoridad del Ministerio de Guerra en este punto, y acepta que el lapso a que se ha aludido, se computa como de servicio activo.

Reconociendo el hecho de que no hubo interrupción en el servicio activo del Oficial Luis Carlos Gaitán Aldana, corresponde determinar a què ascensos tiene derecho.

Según el certificado del Coronel Comandante de la Escuela de Ingènieros de fecha 7 de enero de 1.944, que obra en el expediente, el Oficial LUIS CARLOS GAITAN ALDANA, cumplía antigüedad y los requisitos para su ascenso a Capitán el cual recomendaba en dicho certificado el Coronel Comandante Francisco Tamayo el 10 de febrero de 1.944. No hay pues duda de que el demandante adquirió en la citada fecha su derecho al ascenso a Capitàn, el cual no le fué oportunamente reconocido por el Gobierno por causas totalmente ajenas al mencionado Oficial, que vinieron a desaparecer únicamente cuando la Honorable Corte Suprema de Justicia y el Comando General de las Fuerzas Militares pronunciaron las sentencias a que anteriormente se ha hecho referencia.

Por lo que hace a la solicitud para que se reconozca al demandante el grado de Mayor, cabe anotar que con fecha 14 de los corrientes esta Sala decidió los negocios adelantados por José Antonio Buchelli y Carlos Ortega Bernal en los cuales no se accedió a las peticiones de la demanda. Procede esta cita porque en aquellos negocios se dejó bien establecida la imposibilidad en que se encuentra el Consejo para reconocer a un Oficial el grado superior a que aspira sin que hubiere demostrado su permanencia en filas durante el tiempo determinado por la Ley. En el presente caso, según se dijo atrás, el tiempo en que sirvió en las filas el actor lo habilitan plenamente para obtener el grado de Capitán; mas, como por razones de que da cuenta el expediente, ya consignadas en el cuerpo de este fallo, no prestó ese servicio en filas el tiempo reclamado por las disposiciones terminantes para ascender a Mayor, el pedimento que se contrae a que se le reconozca tal grado, no puede prosperar.

* * * *

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

FALLA

Piimero:- Declárase NULO el artículo 4º del Decreto 2698 de

28 de octubre de 1.952, originario del Ministerio de Guerra, en cuanto se retira del servicio activo con pase a la reserva, con el grado de Teniente, al demandante LUIS CARLOS GAITAN ALDANA.

Segundo: El Gobierno Nacional, dentro del término señalado en el artículo 121 del Código de lo Contencioso Administrativo, dictará las medidas tendientes a reconocer al Oficial LUIS CARLOS GAITAN ALDANA el grado de Capitán, con fecha 10 de febrero de 1.944, de lo cual se tomará nota en la correspondiente hoja de vida.

Tercero: Igualmente el Gobierno, dentro del mismo término indicado en el punto anterior, dictará las medidas encaminadas a liquidar y pagar al demandante la diferencia por concepto de sueldos y prestaciones a que tenga derecho en el grado de Capitán desde la fecha fijada en el mismo punto.

Cuarto: Niéguese las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Rafael Rueda Briceño, Daniel Anzola Escobar, Ildefonso Méndez, Manuel Buenahora, Antonio José Prieto, José Enrique Arboleda V., Rafael Marriaga.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

DECRETOS DEL GOBIERNO.

LOS EMPLEADOS QUEDAN DESINVESTIDOS AL VENCIMIENTO DE SU PERIODO.

(Consejero ponente: Dr. Manuel Buenahora.)

Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotà, marzo 9 de 1955.

Referencia: Nulidad del Decreto Ejecutivo número 3560 de 30 de noviembre de 1.950, originario del Ministerio de Justicia.
Actor: Rafael Quiñones Neira.

Con fecha 27 de marzo de 1.951, el doctor Rafael Quiñones Neira, en su propio nombre, y en acción de plena jurisdicción, hace las siguientes peticiones:

«Primera. Declaración de nulidad del Decreto Ejecutivo 3560 de 1.950;

Segunda. Condena a la Nación representada al efecto por el Ministerio de Justicia, a pagarme la suma de quinientos cuarenta y dos pesos con veintitrés centavos ($542.23) m/c., mensuales a partir del 11 de enero del presente año (1.951) hasta el día en que se decrete por el Gobierno mi restablecimiento en el cargo de Procurador General, o hasta el día en que tome posesión mi sucesor elegido por la Cámara. No solicito el pago desde la fecha en que dejé de ejercer el cargo de Procurador General (19 de diciembre último) sino desde el 11 de enero del presente año, porque el Gobierno tuvo a bien reconocerme en dinero el valor de las vacaciones devengadas y no disfrutadas.

Tercera. Que se disponga, y así se haga saber a la Caja Nacional de Previsión, que tengo derecho a las prestaciones sociales correspondientes a todo el tiempo corrido desde la fecha en que dejé de ejercer el cargo de Procurador General, hasta aquella en que se disponga mi restablecimiento o en que tome posesión mi sucesor elegido por la Càmara. Tales prestaciones serían principalmente

el auxilio de cesantía adicional y el seguro, en caso de muerte.

Cuarta. Que se condene a la Nación, representada al efecto por el Ministerio de Justicia, a pagar a la Caja Nacional de Previsión la suma de mil cincuenta y siete pesos con setenta y siete centavos ($1.057.77) mensuales, suma que resulta de agregar a la pensión que la Caja me está pagando, la de ochenta pesos ($80.oo) m/c. que élla habría descontado mensualmente de mi sueldo si el Decreto acusado no se hubiera dictado. Este pago debe hacerse a contar desde el 20 de diciembre de 1.950, fecha desde la cual devengo pensión hasta el día en que el Gobierno decida restablecerme en el cargo de Procurador General, o hasta el día en que tome posesión mi sucesor elegido por la Cámara de Representantes. Pido el pago a la Caja porque no encuentro justo que élla contribuya a cubrirme perjuicios que no causó, ni que sin recibir mis aportes, se reconozca prestaciones por el tiempo mencionado en la medida 4a.».

El Decreto acusado dice, en su parte dispositiva, así:

«Artículo único. Por haber expirado el período de cuatro -4- años para que fué elegido el doctor Rafael Quiñones Neira y encontrarse vacante en consecuencia el empleo de Procurador General de la Nación, nómbrase para este cargo, en interinidad y hasta que la Cámara de Representantes haga la designación respectiva, al doctor Pedro Alejo Rodríguez.

Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá, a 30 de noviembre de 1.950.

LAUREANO GOMEZ. El Ministro de Gobierno, Domingo Sarasty M., El Ministro de Justicia, Guillermo Amaya Ramírez».

Como hechos de la demanda el actor aduce: el haber sido elegido legalmente como Procurador General de la Nación por la Cámara de Representantes para el período legal de 1.946 a 1.950; la confirmación de dicha elección; que por hallarse suspendidas las sesiones del Congreso el señor Presidente de la República se abstuvo de pasar a la Cámara la lista de candidatos para proveer el cargo en el período de 1.950 a 1.954; que por el Decreto acusado se declaró vacante el puesto de Procurador que venía desempeñando y se designó para representarlo al doctor Pedro Alejo Rodríguez; y que éste aceptó y se posesionó del cargo.

Como disposiciones violadas señala:

El art. 142 de la C. N.; los arts. 5, 11, 12, 13 y 15 del C. J.; y los arts. 249 y 305 de la Ley 4a. de 1.913. Por cuanto el primero de dichos ordenamientos otorga al Procurador General de

la Nación la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia ante quienes ejerce su cargo. Por cuanto el Código Judicial estatuye: en su art. 59., que los empleos judiciales sólo se pierden por muerte del nombrado, por no aceptación del cargo, por falta de exigida confirmación y por demora en la posesión; en su art. 11, que el funcionario del orden judicial o del Ministerio Público cuyo período haya terminado no puede separarse del desempeño de sus funciones mientras no se haya hecho cargo del destino el individuo que deba reemplazarlo; en su art. 12, que cuando no pueda hacerse el nombramiento o la elección de un empleado o Corporación judicial en la época señalada por la Constitución o la ley, el empleo debe proveerse por quien corresponda para el resto del período, tan pronto como desaparezca la causa que impidió la elección o nombramiento; y en sus arts. 13 y 15, los casos en que los destinos judiciales se pierden y cuando se produce la vacante de los mismos. Por cuanto la ley 4a. de 1.913, en su art. 305, indica que son faltas absolutas las que provienen de renuncia admitida, excusa definitiva aceptada, muerte, destitución y declaración de vacancia; y en su art. 249, que cuando faltare absolutamente un empleado que no pueda ser reemplazado por suplente, la primera autoridad política del lugar nombrará el empleado interino y dará cuenta en el acto al que debe proveer el empleo.

El señor Fiscal de la corporación, al emitir su concepto de fondo, se opone a las pretensiones de la demanda en un razonado y jurídico estudio cuyas partes pertinentes se transcriben a continuación:

> «Es de observar, ante todo, que el Decreto Ejecutivo 3560 de 1.950, "por el cual se nombra Procurador General de la Nación en interinidad", fué dictado sin precipitud; debió proceder a su expedición un serio y reposado estudio, pues los considerandos que lo sustentan así lo denuncian; están redactados con tán esmerada precisión que es oportuno transcribirlos íntegramente. Son de este tenor:
>
> Que conforme al art. 144 de la Constitución Nacional el Procurador General de la Nación es elegido por la Cámara de Representantes de terna enviada por el Presidente de la Repùblica, para un período de cuatro años;
>
> Que los cargos públicos de período fijo expiran automáticamente a la media noche en que termina el último día del correspondiente período;
>
> Que el doctor Rafael Quiñones Neira fuè elegido Procurador General de la Nación por la Cámara de Representantes el dia 9 de agosto de 1.946 para el período que comenzó el día 1o de septiembre del mismo año;
>
> Que estando cumplido el período de cuatro (4) años para que la Cámara de Representantes eligió al nombrado

doctor Rafael Quiñones Neira, el empleo de Procurador General de la Nación se halla vacante por ministerio de la ley; Que de acuerdo con el numeral 11 del artículo 68 del Código Político y Municipal, corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, nombrar interinamente, en receso del Congreso, los empleados que éste o cualquiera de sus Cámaras debiera elegir, siempre que falten o no haya suplentes que puedan reemplazarlos; y

Que el congreso está en receso en virtud de lo dispuesto por los Decretos extraordinarios números 3520 de 1.949 y 2207 de 1.950, DECRETA: ....»

«Todos los fundamentos de hecho y las razones jurídicas que podían tenerse en cuenta para justificar la determinación del Gobierno de nombrar interinamente Procurador General de la Nación, se hallan sintetizadas en los apartes transcritos, de modo que sólo basta comentarlas y explicarlas más a espacio a la luz de la legislación colombiana y de la doctrina en general, para concluír si la demanda del Ex-Procurador General de la Nación, doctor Rafael Quiñones Neira, debe prosperar o nó.

Quiere el actor en su libelo de demanda, cuando habla en primer término de violación del art. 142 de la C. N., considerar que este precepto de la carta, que confiere a los funcionarios del Ministerio Público "las mismas remuneración, categoría, privilegios y prestaciones de los magistrados y jueces ante quienes ejercen el cargo", se aplique en toda la rigidez de su letra y que, de consiguiente, todas y cada una de las disposiciones que regulan el "status" legal de la judicatura en el Código Judicial, comprendan tambien a aquellos, sin la menor discriminación olvidando, suponemos que no deliberadamente, que el Art. 162 del mismo Código dispone:

Art. 162.- Todo lo relativo a nombramientos y período de los Agentes del Ministerio Público, licencias y modo de reemplazarlos se rige por lo dispuesto en el Código Político y Municipal. Lo propio se dice del personal subalterno de los mismos Agentes.

Esto significa sencillamente que el texto constitucional aludido se debe entender en el sentido de que los funcionarios del Ministerio Público, tienen efectivamente las misma remuneración, la misma categoría, los mismos privilegios, la misma consideración y respeto a que son acreedores los magistrados y jueces, en términos generales, a fin de que en el ejercicio de sus funciones, en las gestiones que deben llevar a cabo ante ellos, no se encuentren en inferiores condiciones, con una especie de complejo o

"capitis diminutio" que les impide obrar con energía y eficacia.

Que así lo interpretó el Legislador y por ello se explica que en cuanto a nombramientos, período de sus cargos, licencias y modo de reemplazar a los funcionarios del Ministerio Público, no los asimilara a los jueces y magistrados, sino dijera que por ese aspecto su "status" legal es el que señala el Código Político y Municipal para los funcionarios del orden administrativo en general, según lo dispone el artículo del Código Judicial antes transcrito.

Siendo esto así, es equivocado afirmar, como lo hace la demanda, que el acto acusado violó los artículos 5, 11, 12, 13 y 15 del Código Judicial, que establecen para la judicatura propiamente dicha, normas expresas por lo que respecta a insubsistencia del empleo, pérdida del mismo, licencias, faltas, etc. Los funcionarios del Ministerio Público deben estar sujetos en esta materia al C. Político y Municipal, porque el art. 162 del C. Judicial es claro y terminante.

Sobre faltas absolutas de funcionarios del Ministerio Público -que es el caso de autos- es preciso entonces remitirse al art. 305 del C. Político y Municipal, otra de las disposiciones que el actor considera violada, pero que en realidad, en sentir de la Fiscalía, fué obedecida por el Gobierno en el decreto que se acusa. La primera parte de ese artículo, pues ella es pertinente, dice así:

"Son faltas absolutas las que provienen de renuncia admitida, excusa definitiva aceptada, muerte, destitución y *declaración de vacancia.*" (subraya la Fiscalía).

De modo que la DECLARACION DE VACANCIA es una de las causas para que haya FALTA ABSOLUTA de un empleado y, desde luego, motivo para proceder a reemplazarlo, por la autoridad a quien corresponda el nombramiento.

No dice el C. Político y Municipal cuándo hay lugar a la declaratoria de vacancia de un empleo, pero es obvio entender que ello se sucederá siempre que un funcionario debe ser reemplazado por causas distintas a renuncia admitida, excusa definitiva aceptada, muerte y destitución, siendo precisamente el caso clásico el de la expiración del período para el cual el funcionario fué nombrado; por eso en los considerandos del decreto acusado se habla con propiedad de "vacante por ministerio de la Ley".

Y como las vacantes corresponde llenarlas a la autoridad que hace el nombramiento, de ahí que el legislador que expidió el C. Político y Municipal, al considerar que en caso de vacante de un empleo de periodo fijo, por ex-

piración del plazo o período de las correspondientes funciones, y tratándose de funcionarios elegidos por el Congreso, se podía presentar la posibilidad de que éste no hiciera la elección en oportunidad, incluyó entre las facultades del Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, la de "Nombrar interinamente, en receso del Congreso, los empleados que èste o cualquiera de sus Cámaras debiera elegir, siempre que falten y no haya suplentes que puedan reemplazarlos"; disposición invocada como principal fundamento del Decreto 3560 de 1.950, materia de la demanda que se estudia.»

De las extensas transcripciones que se han hecho en gracia a la importancia del asunto, se desprende que el caso se reduce a saber, si conforme a nuestra legislación el vencimiento del período para el cual se elige a un funcionario produce la vacancia del empleo.

Que el vencimiento del período produce la vacancia es un principio universal que de antiguo tienen consagrado los tratadistas y que nuestra legislación acepta y consagra también con la atenuación que exige la continuidad administrativa.

En realidad, se trata de uno de aquellos conceptos que se imponen sin violencia al ánimo de todos, inclusive al de quienes no sean versados en la ciencia del Derecho. por la sola fuerza de los vocablos con que se enuncia.

En efecto: cuando se afirma que una persona ha sido nombrada para determinado cargo y por un período fijo, todo el mundo entiende que a la expiración de ese período el favorecido cesará en sus funciones. "Dies interpellat pro homine" reza el aforismo latino, con lo cual se quiere significar que cuando la ley, como en el caso presente, o la voluntad de las partes como en los contratos, ha fijado un plazo a cuyo vencimiento se han de producir determinados efectos, no es necesario requerimiento previo para que dichos efectos se produzcan.

En derecho administrativo es bien conocido el principio conforme al cual el acto que designa a un empleado o funcionario de la Administración Pública, bien sea que esta designación se haga por nombramiento o por elección, no tiene otro alcance jurídico que el de *investir* a un individuo de un status legal, el de concederle la investidura de la función pública. Trátase, dicen los autores, de un acto-condición que no tiene por efecto crear una situación jurídica individual, sino aplicar a un individuo una situación jurídica general, creada y organizada por la ley. Esa investidura, como que tiene orígen exclusivo en la ley o el reglamento, es una investidura reglada y esta reglamentación bien puede someterla a condiciones tales como la de hacerla temporal. Aún más, dice Jeze: "Fijar el término de la función es una de las reglas *esenciales* en la organización de un servicio público. Corresponde, pues, a la autoridad

competente organizar una función determinada, y a ella sola compete fijar el término durante el cual un individuo desempeñará esa función". De donde se deduce que si la investidura de la función ha sido concedida al agente, tan sólo para un período determinado, a la expiración de ese período el agente, se hallará desinvestido de ella.

Hablando de la extinción del vinculum iuris creado entre la Administración y el agente público, dice el ilustre Profesor Benjamin Villegas Basavilvaso:

> «En principio, el agente público designado por un período *determinado* se encuentra automáticamente desinvestido de la función por la expiración del término fijado por la ley. En este caso la extinción del vinculum iuris se produce de pleno derecho. El efecto extintivo se traduce en la desinvestidura.... ....
>
> «..... .... la eficacia jurídica del término tiene fuerza perentoria: díes interpellat pro homine. La relación debe necesariamente cesar, no obstante la voluntad del agente público». (Derecho Administrativo, tomo III, pág. 583).

Ya la Sala, con el respaldo del Profesor Gastón Jeze, ha aceptado la doctrina, como puede verse, entre otras, en la sentencia de 31 de agosto del pasado año, dictada con ponencia del H. Consejero Dr. Ildefonso Méndez. Dijo entonces:

> «De forma que la sustancia del juicio es estudiar y resolver si la expiración del período de un cargo público produce vacancia.
>
> El Profesor Gastón Jeze expone sobre el caso, en su obra intitulada "Principios Generales de Derecho Administrativo", así:
>
> "En Derecho, ser investido de una función temporaria equivale, en último análisis, a recibir una investidura con término extintivo. Llegado el término, el efecto extintivo se produce de pleno derecho. Trátase de la aplicación del principio general en materia de término extintivo. Al llegar el término extintivo caducan los efectos jurídicos del acto de investidura.
>
> .... "
>
> En consecuencia, debe plantearse con la mayor firmeza el principio general de que *salvo que exista un texto expreso*, cuando la fecha de la expiración de funciones se cumple, la desinvestidura es automática, inmediata y completa. *El agente público deja inmediatamente de ser titular de la función.* Los actos jurídicos cumplidos por él como titular de la función son inexistentes» (Libro 2o., págs. 255-356).

Más adelante, en la obra citada, refiriéndose Jeze a la desinvestidura automática del Presidente de la República, sobre la base de que este funcionario en Francia tiene asignado un período fijo para el desempeño de su investidura, sin que exista texto expreso que autorice la prórroga automática del mismo, anota: En consecuencia, debe decirse que, en Francia, un Presidente de la República que, por cualquier razón, permaneciese en funciones finalizados los siete años fijados por la Constitución, no solamente realizaría actos *inexistentes*, sino que, incluso, realizaría un golpe de Estado, un crimen de alta traición.

En la misma obra, y aludiendo al caso concreto de que en Francia las funciones de un Concejo Municipal terminan legalmente la víspera del día en que se elige un nuevo Concejo, dice: En esta fecha se produce, de pleno derecho, la desinvestidura, *automáticamente*, con todas sus consecuencias jurídicas; el Concejero pasa a ser un simple particular, un Ex-Concejero, título honorífico que carece de valor jurídico.

En nuestra organización política el principio de la desinvestidura del cargo público por vencimiento del período es la regla general. Tiene aplicación plena en el régimen del Congreso, de las Asambleas Departamentales y del Presidente de la República, y atenuada, en el de los demás empleados administrativos, de la Rama jurisdiccional y del Ministerio Público, por los efectos de los arts. 281 del Código de Régimen Político y Municipal y 11 del Judicial, pues de no ser así no tendría explicación que el Constituyente del año 10, en el art. 26 del Acto Legislativo No.3 (hoy art. 125 de la Codificación Nacional), hubiera establecido en forma exceptiva la prórroga de la investidura al Designado a la Presidencia de la República, "cuando por cualquier causa no hiciere el Congreso elección", ni que el artículo 166 de aquel Código disponga: "Cuando por cualquier circunstancia el Consejo no pudiere instalarse el 1o. de noviembre siguiente a la elección, continuará funcionando el del año anterior hasta que la instalación tenga lugar". Se pasa, pues, a analizar la tesis desde el ángulo de vista de los artículos 281 y 11, citados, que dicen:

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

"2. El funcionario del orden judicial o del Ministerio Público cuyo período haya terminado, o a quien se conceda licencia, o a quien se admita renuncia del empleo que ejerce, no puede separarse del desempeño de sus funciones mientras no se haya hecho cargo del destino el

individuo que deba reemplazarlo o sucederlo"

.....

No pueden interpretarse esos ordenamientos en el sentido que dispone algo contrario al principio expuesto en la parte precedente, entre otras razones, porque las normas legales hay que considerarlas como dictadas de concierto, si esto es posible, lo que hace concluír que los artículos en cuestión no prescriben en manera alguna la prórroga indefinida de los períodos en el evento allí contemplado, sino que -para evitar la discontinuidad en la admistración- prohibe al empleado cuyo período ha concluído, a abannar el puesto hasta tanto se presente la persona que deba reemplazarlo por nombramiento hecho, en propiedad, por quien deba proveer el empleo (artículo 250 del Código de Régimen Político), o en interinidad, por la primera autoridad política del lugar (artículo 249 ibídem). Un ejemplo dará luz sobre el caso: un empleado renuncia el cargo y se acepta su solicitud. Desde ese momento, al mandato del artículo 305 del ya tantas veces citado Código, si es del orden administrativo, o del 13 del Judicial, si pertenece al a rama jurisdiccional o al Ministerio Público, se produce la "falta absoluta" o "pérdida del destino o empleo" y el cargo queda vacante, es decir, por proveer (definición del vocablo, según el dicionario de la Real Academia Española), pero a virtud de los artículos 281 u 11, referidos, no obstante el hecho, no puede abandonar el puesto hasta cuando se presente el reemplazo.

Cosa análoga sucede al empleado a quien se le ha vencido el periodo. Por este hecho su investidura se torna precaria y se produce la vacante del cargo, mas no puede abandonarlo hasta tanto se presente la persona que deba reemplazarlo.

La tesis también fluye del contenido conceptual de las siguientes disposiciones legales:

1. Del artículo 248 del Código de Régimen Político y Municipal, al decir:

El individuo nombrado para un empleo de voluntaria aceptación tendrá diez días para aceptarlo o rehusarlo, y otros diez para posesionarse y entrar a servirlo. Si ya el período principió a correr, o no residiere en el lugar, tendrá además el tèrmino de la distancia y noventa días más.

Si tuviere algún inconveniente para entrar a funcionar, podrá concedérsele permiso para demorar la posesión, salvo lo que en casos especiales dispongan las leyes.

Pasados los términos respectivos se considerará vacante el empleo y se proveerá por quien corresponda. La declara-

ción de estar vacante el empleo se hace por el mismo que debe proveerlo.

2. Del Decreto Legislativo No. 960 de 1.950, en su artículo 2o.:

Facúltase igualmente a los mismos Alcaldes para crear las Juntas Administradoras de las Empresas Municipales o de otra índole, en cuanto al personal cuya designaciòn corresponde al Consejo, CUANDO HUBIERE VENCIDO EL RESPECTIVO PERIODO O POR CUALQUIER OTRA CAUSA SE PRODUZCAN VACANTES.

Lo que quiere decir, y aquí la interpretación obliga por ser hecha en autoridad —por un Decreto Legislativo— que el vencimiento del período es una de las causales de vacancia.

Fué por la razón expuesta, y para encarar la situaciòn que iba a producirse a partir del 31 de diciembre de 1.949 con la vancancia, por expiración del período de los funcionarios municipales nombrados por los Concejos, que se hallaban en receso, por lo que el Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el estado de sitio, dictó el Decreto Legislativo No. 3944, de ese año, con el cual resolvió el caso político modificando el régimen legal común, para que los Alcaldes, cancelada la Unión Nacional, no se tomaran posiciones ocupadas por personas de filiación política contraria, ordenando que siguieran desempeñados tales cargos por los mismos individuos designados por los Cabildos para el período del año de 1.949, en caso de que aquellos no hicieran uso de la facultad discrecional de convocarlos, otorgada por el mismo decreto, y autorizándolos sólo para proveer las otras vacantes, cuando se presentaran, todo con aprobación del respectivo Gobernador, Intendente o Comisario. Este régimen perduró hasta la expedición del Decreto 1627 de 1.952.

Dicen así los referidos Decretos:

DECRETO NUMERO 3944 DE 1.949.

(Diciembre 14).

Por el cual se confieren unas facultades a los Gobernadores, Intendentes, Comisarios Especiales y Alcaldes.

El Presidente de la República de Colombia,

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales, y especialmente de las que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, y

CONSIDERANDO: .....

.....

DECRETA: .....

.....

Artículo segundo. Facúltase a los Alcaldes para convocar los Concejos de sus respectivos Municipios en la fecha que lo estimen conveniente, previa aprobación de los Gobernadores, Intendentes y Comisarios Especiales correspondientes, para elegir Personeros, Tesoreros, Contralores y demás funcionarios cuya designación sea de cargo de los Cabildos.

En los Municipios en donde no se haga la convocatoria, continuaran ejerciendo sus funciones los empleados designados por los Concejos para el período en curso.

Si ocurriere la vacante de los empleados de que se trata en el presente artículo, legalmente comprobada y aprobada por los Gobernadores, Intendentes y Comisarios Especiales, los Alcaldes la declararán para suplirla y nombrarán interinos de ternas que pasarán los respectivos Gobernadores, Intendentes y Comisarios Especiales. Tales ternas serán integradas por ciudadanos pertenecientes a la filiación política del partido que haya obtenido la mayoría en las últimas elecciones de Concejales.

"..... ....."

DECRETO EXTRAORDINARIO No. 1627 DE 1.952:

.....

"Artículo 2º. Todos los empleados o funcionarios cuyo nombramiento corresponda a los Concejos Municipales, o los representantes de éstos en Juntas o Institutos o empresas oficiales o semioficiales o donde tengan interés las entidades municipales, y cuyo período haya o esté vencido, o que se hayan producido las vacantes por cualquier causa, serán nombrados interinamente por los Alcaldes, con la aprobación del Gobernador del Departamento.

....."

Para la Sala, la tesis que fluye del Decreto Legislativo No. 960 de 1.950, tiene especial significación porque èl establece de manera expresa que el vencimiento del período produce la vacancia del cargo, lo que vale decir que interpreta la legislaciòn general en este punto. Y esta exégesis se hace obligatoria para el Consejo, ya que no se trata de un decreto ordinario sino de caràcter legislativo, con fuerza de ley y, por lo tanto, contiene una interpretaciòn con autoridad que el juzgador no puede desatender.

El demandante, directamente y mediante conceptos traídos a los autos, para impugnar la tesis expuesta, sostiene:

1º. Que tanto en Francia como en Colombia el principio de la

desinvestidura no opera frente a un texto expreso, es decir, contra legem, como así ocurre con los Alcaldes Municipales en Francia, al tenor de la Ley de 6 de abril de 1.884, y en Colombia, para toda clase de funcionarios, al tenor de los artículos 281 del Código de Régimen Político y Municipal y 11 del Judicial;

2o. Que la consecuencia lógica de la tesis sería no sólo declarar la cesación de las funciones sino también la inexistencia de los actos que el funcionario de hecho o usurpador realizara; y

3o. Que el prohijamiento de la doctrina en Colombia producirá un verdadero caos, pues son muchos los funcionarios de alta jerarquía que han actuado y aún viene actuando después de la terminación de su período.

A lo anterior se replica:

a) Evidentemente, ni en Francia ni en Colombia el principio de la desinvestidura del cargo público se aplica, desde luego, frente a una disposición expresa en contrario.

Cuando existe una disposición de esa naturaleza el hecho no se produce y de ahí que hubiera la Sala ordenado restablecer en sus cargos a los funcionarios municipales debidamente nombrados por los Concejos para el período de 1.949, pues el Decreto Legislativo No. 3944, de ese año, ordenó que siguieran desenpeñando tales empleos por los mismos individuos, en caso de que los Alcaldes no usaran de la facultad discrecional de convocar los Cabildos, para que hicieran ellos las designaciones correspondientes.

b) Tampoco considera la Sala atendibles los dos restantes argumentos, porque para evitar los hechos que se suponen existen las disposiciones de los artículos 281 del Código de Régimen Político Municipal y 11 del Judicial. En la sentencia transcrita anteriormente se sostiene que de acuerdo con los ordenamientos citados, una vez vencido el período, no se produce automáticamente la desinvestidura, sino que ésta se torna precaria, ya que el empleado no puede separarse del desempeño de sus funciones hasta que se haga cargo del destino el individuo que deba reemplazarlo o sucederlo.

La tesis de la desinvestidura concuerda, además, con lo que dispone el Código de Régimen Político y Municipal en varios de sus artículos:

Con el artículo 68, que al tratar de las atribuciones concedidas al Presidente de la República, en forma expresa dice:

Nombrar interinamente, en receso del Congreso, los empleados que éste o cualquiera de sus Cámaras debiera elegir, siempre que falten y no haya suplentes que pueden reemplazarlos.

Con el artículo 249, que establece:

Cuando faltare absolutamente un empleado que no pueda ser reemplazado por el suplente o suplentes, la primera autoridad po-

lítica del lugar nombrará el empleado interino y dará cuenta en el acto al que deba proveer el empleo.

Obsérvese cómo la facultad que conceden esas disposiciones se refieren tan sòlo a nombramientos interinos y que por lo tanto no quebrantan la organización institucional del país, conforme a la cual se ha querido que determinados funcionarios sean elegidos por el Congreso, Asambleas y Concejos.

Y es precisamente la existencia de esas normas uno de los fundamentos para aceptar la doctrina de la desinvestidura en nuestra organización jurídica, ya que si el Legislador partiera del principio contrario no las hubiera dictado. En tal evento, habría guardado silencio a fin de que los funcionarios continuaran en sus cargos como si el período nada significara. Mas, precisamente, porque consideró que los empleados quedan desinvestidos de sus funciones al vencimiento de su período, y para evitar los trastornos que una situaciòn de emergencia pudiera acarrear, les impuso el deber inexcusable de continuar al frente de sus puestos hasta tanto se presente la persona que deba reemplazarlos; y en concierto, facultò a los Jefes de la Administración para proveer los cargos, en interinidad, mientras dure esta situación anormal.

Para el caso en estudio, la Sala consigna, también, su discrepancia con la alegación del demandante acerca de la identificación que hace entre el status del Procurador General de la Nación y el de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia ante quienes ejerce su cargo, fundándose en el artículo 142 de la Carta que dice:

> «Los funcionarios del Ministerio Público tendrán la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los Magistrados y Jueces ante quienes ejercen su cargo».

Esta disposición concede razón al demandante en cuanto se refiere a categoría, remuneración, privilegios y prestaciones, pero no en cuanto a la totalidad del status de tales Magistrados, porque, técnicamente, él tiene que ser distinto para los funcionarios del Ministerio Público y para los de la Judicatura, por cuanto representan instituciones diferentes; por eso la Constitución Política reglamenta sus atribuciones en títulos distintos.

Pero aún aceptando por vía de hipótesis que el status del Procurador sea el mismo de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en nada cambiarían los resultados de la demanda frente a la tesis sentada por la Sala, estudiada anteriormente y conforme a la cual el vencimiento del período produce la vacancia del cargo, ya que ella opera también para todos los funcionarios de período fijo, así sean Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o de Distrito Judicial, Jueces, Agentes del Ministerio Público o Consejeros de Estado.

Partiendo siempre de la tesis, de que el status del Procurador es el mismo del de los referidos Magistrados, afirma el demandante que la terminación del período de aquel cargo no produce vacancia, porque el art. 149 de nuestra Ley fundamental no la incluye entre las causales para producir falta absoluta. Aparte de que dicha enumeración no es taxativa, la omisión observada se explica sencillamente por el hecho de que para la época en que se expidió la disposición -1886- los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia eran vitalicios, lo cual hacía innecesario establecer la causal; pero al cambiar posteriormente el Constituyente el sistema y señalarles período a tales Magistrados, es jurídico deducir, por lo ya expuesto, que, al tenor de la legislación vigente, ella quedó virtualmente establecida.

De manera que si la tesis de la desinvestidura del cargo cobija a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, cae por su base la objeción de inaplicabilidad del art. 162 del Código Judicial para el caso, que hace el demandante.

Por las razones anteriores, el Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo—, oído el concepto fiscal y de acuerdo con èl, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NIEGA las sùplicas de la demanda.

Revalídese el papel común.

Notifíquese, cópiese y archívese.

Rafael Rueda Briceño, Manuel Buenahora, Daniel Anzola Escobar, Antonio José Prieto, José Enrique Arboleda V, Rafael Marriaga, Ildefonso Méndez.- Guillermo Novoa Rodriguez, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DR. RAFAEL RUEDA BRICEÑO.

Referencia: Expediente No. 2199.
Actor: Dr. Rafael Quiñones Neira.
Naturaleza: Decretos del Gobierno.

Aunque tengo varios reparos de fondo que formularle a la presente sentencia, me abstengo de hacerlo por cuanto ocurre la circunstancia de que a mi mesa se encuentra para fallo un negocio que, en rasgos generales, tiene puntos de contacto con el iniciado por el Dr. Quiñones Neira y, por tanto, considero más conveniente consignarlos en el proyecto que a la consideración de la Sala habrá de presentarse en dicho asunto.

Solamente quiero hacer hincapié en que la vista Fiscal —acogida como fundamento de la sentencia— considera acertadamente que la DECLARACION DE VACANCIA es una de las causas para que haya *falta absoluta* de un empleado, pero olvida que antes de procederse a llenar una vacante es indispensable hacer la declaración respectiva, pues de lo contrario no hay FALTA ABSOLUTA y no se podría hacer el nombramiento.

A pesar de que el señor Fiscal considera que el Decreto materia de acusación fué precedido de "un serio y reposado estudio", tiene en mi sentir el grave vacío que se anota, ya que, sin ir más lejos, un Decreto anterior, también de carácter extraordinario, el número 3944 de 1.949 (diciembre 14), "por el cual se confieren unas facultades a los Gobernadores, Intendentes, Comisarios Especiales y Alcaldes", en su artículo 2º dispuso:

«..... ....

> Si ocurriere la vacante de los empleados de que se trata en el presente artículo, legalmente comprobada y aprobada por los Gobernadores, Intendentes y Comisarios Especiales, los Alcaldes *la declararán* para suplirla y nombrarán interinos de ternas que pasarán los respectivos Gobernadores, Intendentes y Comisarios Especiales.....» (Subrayo)

Siendo así que por el Decreto acusado, o por otro anterior, no se declaró la vacante en el empleo de Procurador General de la Nación, no era posible proveer el cargo como lo hizo el Decreto 3560 de 30 de noviembre de 1.950, y por este solo hecho, a mi modo de ver, ha debido accederse a la nulidad impetrada.

Bogotá, 11 de marzo de 1.955.

Rafael Rueda Briceño.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR ANTONIO JOSE PRIETO

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, marzo once de mil novecientos cincuenta y cinco.

Referencia; Expediente No. 2199.- Juicio de plena jurisdicción promovido por el doctor Rafael Quiñones Neira para que se anulara el decreto ejecutivo No. 3560 de 30 de noviembre de 1.950 por el cual se tuvo como expirado el período de cuatro años para que fuè elegido por la Cámara de Representantes dicho Procurador General de la Naciòn, y en su lugar se nombró para ese cargo en interinidad al doctor Pedro Alejo Rodriguez hasta que la Cámara de Representantes hiciera la designaciòn respectiva, para que en orden a reparar los perjuicios que le fueron causados por tal acto al Dr. Quiñones Neira, se condenara a la Nación al pago de ellos en la forma y tiempo expresados en la demanda.

Formulo mi disentimiento al fallo que precede, del cual fué ponente el distinguido Consejero doctor Manuel Buenahora en la sustentación que paso a exponer y por haberse pronunciado negativamente o en contra a las súplicas de la demanda.

Aspecto jurídico del litigio. Cuàl fué la característica que le dió el Consejo de Estado. Síntesis jurídica de la estructuración en derecho dada por la sentencia.

El asunto debatido y sobre el cual rodó la litis planteada en la demanda es netamente constitucional. La sentencia dictada que es de fecha de hoy tuvo como captación jurídica central y matriz del caso falládo, que el Procurador General de la Nación no tiene asigdo status constitucional equiparante a la de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia: que por lo mismo no eran aplicables los artículos 142 de la Carta y 5, 11, 12, 13, y 15 del C. J. que son especiales y de aplicación estricta en tratándose de funcionarios de aquella alta jerarquía; que la expiración del período legal del Procurador General de la Nación constituye un caso de vacante legal determinativo de "desinvestidura automática del cargo" o "pérdida de la investidura", y que en este orden de ideas el Consejo de Estado dió primacía sobre disposiciones constitucionales a preceptos abrogados en parte del arcaico y desusado Código del Regimen Politico y Municipal; que la sentencia acogió el concepto del señor fiscal 1º del Consejo, en el cual se preconizó que los preceptos legales para desatar la litis eran los articulos 162 del C. J. y el C. de R. P. y M. o ley 4 de 1.913.

El señor Fiscal invocó el art. 281 de esta ley para defender la cesación automática de las funciones de un empleado como el Procurador General de la Nación, y para defender la facultad legal con que hubiera procedido el Presidente de la República para expedir el decreto ejecutivo acusado, se refirió de manera especial al art. 68 de la misma ley.

FUNDAMENTACION EN DERECHO PROPUESTO POR EL ACTOR

El actor fundamentó en derecho su acción en los citados artículos 142 de la Constitución Nacional, 5º. 11, 12, 13 y 15 del C. J. 249 y 305 de la ley 4 de 1.913.

El señor Fiscal y con él el Consejo invocaron en la sustentación jurídica que hicieron valer, el art. 305 de esta ley, que al determinar taxativamente las causales de "faltas absolutas de funcionarios del Ministerio Público "la de declaración de vacancia", para concluir que el decreto ejecutivo materia del litigio se atemperó a esa disposición.

La Sala de su propia cosecha deriva razones de los artículos 281, 249, y 250 del C. de R. P. y M. y decreto legislativo 960 de 1.950, pero especialmente estriba su argumentación del fallo, que critico para explicar mi disentimiento, en el doctrinante foráneo Gaston Jeze, sin reparar, ni examinar que este publicista francés enfrenta sus tesis frente a la construcción jurídica de su país constituva por su particular organización constitucional y política de un régimen parlamentario absolutamente contrario al nuestro, de nuestro derecho público y administrativo que se desprende de nuestra modalidad autóctona consagrada por una constitución que ha engendrado el llamado "Régimen Presidencial".

La sóla enunciación anterior explica y convence que el asidero en la doctrina jurídica francesa no es aceptable, es exótica y extraña al caso fallado por la discrepancia de regímenes constitucionales, políticos y administrativos de Colombia y Francia.

QUÉ ES UNA CONSTITUCION POLITICA? QUÉ FINALIDAD TIENE?

Siguiendo a tratadistas americanos como el chileno Rafael Raveau, se puede definir que una constitución es el conjunto de reglas que organizan los poderes públicos y aseguran las libertades políticas y civiles.

Las leyes calificadas como constitucionales antes del siglo XVII se las denominaba leyes fundamentales o leyes políticas. La palabra "constitución" no se conociò antes de este siglo. Pertenece al derecho moderno.

Sabido es que entre las variantes que caracterizan a las cons-

tituciones están las de ser "sumarias" o "desarrolladas". Se tiene como tipo de la primera clase en Europa la constitución Francesa de 1.875, porque está expresada en 24 artículos. En cambio las constituciones hispanoamericanas son del último tipo, porque además de exponer los fundamentos de la organización política, insertan disposiciones relativas a la administración, a la justicia y a otras materias.

La finalidad que tiene una constitución política es establecer con plena certidumbre las atribuciones de los diversos poderes y organos del Estado y precisar las libertades políticas y civiles.

QUÉ ES EL CONTROL CONSTITUCIONAL? QUÉ OBJETO FUNDAMENTAL TIENE?

Lo que se ha estratificado con el nombre de control constitucional a nuestro juicio arranca del sistema estructurado y de mecánica genial, fundado e inventado por los convencionistas norteamericanos de Filadelfia que la consignaron en la Constitución de 1.787 y la cual ha servido de modelo a todas las constituciones del mundo, pero principalmente a las iberoamericanas y a las latinas de Europa. Dicho sistema consiste en que dentro de las cláusulas que integran el artículo de la super-ley se armonizan el conjunto de intereses de todo orden: económicos, financieros, sociales, religiosos, políticos y aún de raza para la organización del Estado, y enmarcado todo ello dentro de la modalidad que corresponde al país, verbi y gracia al de Colombia, en su fisonomía Republicana, representativa y democrática; y para que dentro de la concurrencia de tan variados intereses confluyan todos de modo de comunicarle al Gobierno unidad, vigor y fuerza, sin desatender en el agrupamiento de los tres principales poderes que lo integran de ejecutivo, legislativo y judicial, la independencia de cada uno en sus funciones, con el constante y recíproco influjo de control y de equilibrio, que determine la coordinación, la cooperación, la interdependencia de todos tres en la coincidencia del anillo matriz que los une para buscar y garantizar el bienestar en sus múltiples aspectos, dentro del orden, y en el cumplimiento de las libertades civiles y políticas de todos los asociados. Y en el cumplimiento de tan elevados fines, los tres mencionados órganos del Poder Público, funciona el mecanismo de equilibrio de pesos, contrapesos, y de frenos en el desenvolvimiento de cada uno de ellos, en haz recíproco para que el Poder Ejecutivo no supedite al Legislativo y al Judicial, ni éstos a su vez sobre aquél ni sobre uno y otro. Así surge, así debe surgir y mantenerse en todo momento el equilibrio del gobierno democrático, republicano y representativo, y esto es justamente lo que constituye el control constitucional, o sea, el funcionamiento pleno de esos pesos, contrapesos y frenos consignados en cláusulas y artículos de la constitución que velan porque ese mecanismo funcione a toda hora; es lo que en definitiva

comprende el control constitucional que emana, debe emanar de la misma Constitución. Y velar con celo por el funcionamiento de ese control ha sido encomendado a la rama jurisdiccional: y a la Corte Suprema de Justicia, con el poder que tiene de declarar inconstitucional o anular leyes que contrarían el espíritu y la letra de la constitución. Ello mismo emanado de ésta. Y al Consejo de Estado y a los jueces en general inaplicando leyes, ordenanzas o acuerdos municipales que sean incompatibles con la constitución. Como una prolongación del control constitucional expresado, existe dentro de la legislación colombiana la capacidad legal del organismo llamado Contencioso Administrativo de anular actos del Gobierno que violen la constitución y la ley. En definitiva a la rama Jurisdiccional está encomendado el elevadísimo fin de velar y hacer cumplir el control constitucional y legal para salvaguardiar así las instituciones de gobierno republicano, representativo y democrático.

Así se garantiza que ninguno de los tres poderes del Poder Público arrase a los otros, degenerando en dictadura ejecutiva o legislativa o judicial. El control dicho combate a la dictadura y a la arbitrariedad y mantiene, debe mantener el equilibrio del país.

Y no es posible concebirlo siquiera que los altos polos de la Rama Jurisdiccional o del órgano que representa el Poder Judicial, digamos la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, pudieran en un momento dado dejar de cumplir con el sagrado deber que tienen encomendado de ejercitar aquel control, porque tanto equivaldría a que contribuirían al arrasamiento de las instituciones orgánicas y políticas de nuestro país, que engendran su derecho, que lo garantizan y que le dan vida y fisonomía propia.

Dejando de lado el dilucidamiento anterior que lo considero importante, estimo indispensable para mis conclusiones examinar qué es el argumento de "Doctrina".

LA DOCTRINA

La doctrina, dice un expositor de Derecho Constitucional Chileno y comparado, resultado de los expositores del Derecho Constitucional ,"por emanar de los particulares, no tiene otra autoridad que la que puede concederle nuestra razón." Con todo, agrega "la exposición de los tratadistas tiene bastante importancia, especialmente cuando trata de restablecer la verdadera doctrina con frecuencia desconocida o desfigurada por los intereses contrapuestos de los partidos políticos". (De la obra citada de Rafael Raveau)

Régimen Presidencial de los Gobiernos. En què consiste el régimen Presidencial constitucionalmente considerado.

El Gobierno Presidencial o estrictamente representativo, es aquel que tiene un Gobierno sin sujeción al Poder Legislativo, al que se le asigna la atribución privativa de legislar, de hacer la ley, pero no de gobernar. El Legislativo está subordinado al freno, al

tituciones están las de ser "sumarias" o "desarrolladas". Se tiene como tipo de la primera clase en Europa la constitución Francesa de 1.875, porque está expresada en 24 artículos. En cambio las constituciones hispanoamericanas son del último tipo, porque además de exponer los fundamentos de la organización política, insertan disposiciones relativas a la administración, a la justicia y a otras materias.

La finalidad que tiene una constitución política es establecer con plena certidumbre las atribuciones de los diversos poderes y organos del Estado y precisar las libertades políticas y civiles.

QUÉ ES EL CONTROL CONSTITUCIONAL? QUÉ OBJETO FUNDAMENTAL TIENE?

Lo que se ha estratificado con el nombre de control constitucional a nuestro juicio arranca del sistema estructurado y de mecánica genial, fundado e inventado por los convencionistas norteamericanos de Filadelfia que la consignaron en la Constitución de 1.787 y la cual ha servido de modelo a todas las constituciones del mundo, pero principalmente a las iberoamericanas y a las latinas de Europa. Dicho sistema consiste en que dentro de las cláusulas que integran el artículo de la super-ley se armonizan el conjunto de intereses de todo orden: económicos, financieros, sociales, religiosos, políticos y aún de raza para la organización del Estado, y enmarcado todo ello dentro de la modalidad que corresponde al país, verbi y gracia al de Colombia, en su fisonomía Republicana, representativa y democrática; y para que dentro de la concurrencia de tan variados intereses confluyan todos de modo de comunicarle al Gobierno unidad, vigor y fuerza, sin desatender en el agrupamiento de los tres principales poderes que lo integran de ejecutivo, legislativo y judicial, la independencia de cada uno en sus funciones, con el constante y recíproco influjo de control y de equilibrio, que determine la coordinación, la cooperación, la interdependencia de todos tres en la coincidencia del anillo matriz que los une para buscar y garantizar el bienestar en sus múltiples aspectos, dentro del orden, y en el cumplimiento de las libertades civiles y políticas de todos los asociados. Y en el cumplimiento de tan elevados fines, los tres mencionados órganos del Poder Público, funciona el mecanismo de equilibrio de pesos, contrapesos, y de frenos en el desenvolvimiento de cada uno de ellos, en haz recíproco para que el Poder Ejecutivo no supedite al Legislativo y al Judicial, ni éstos a su vez sobre aquél ni sobre uno y otro. Así surge, así debe surgir y mantenerse en todo momento el equilibrio del gobierno democrático, republicano y representativo, y esto es justamente lo que constituye el control constitucional, o sea, el funcionamiento pleno de esos pesos, contrapesos y frenos consignados en cláusulas y artículos de la constitución que velan porque ese mecanismo funcione a toda hora; es lo que en definitiva

comprende el control constitucional que emana, debe emanar de la misma Constitución. Y velar con celo por el funcionamiento de ese control ha sido encomendado a la rama jurisdiccional: y a la Corte Suprema de Justicia, con el poder que tiene de declarar inconstitucional o anular leyes que contrarían el espíritu y la letra de la constitución. Ello mismo emanado de ésta. Y al Consejo de Estado y a los jueces en general inaplicando leyes, ordenanzas o acuerdos municipales que sean incompatibles con la constitución. Como una prolongación del control constitucional expresado, existe dentro de la legislación colombiana la capacidad legal del organismo llamado Contencioso Administrativo de anular actos del Gobierno que violen la constitución y la ley. En definitiva a la rama Jurisdiccional está encomendado el elevadísimo fin de velar y hacer cumplir el control constitucional y legal para salvaguardiar así las instituciones de gobierno republicano, representativo y democrático.

Así se garantiza que ninguno de los tres poderes del Poder Público arrase a los otros, degenerando en dictadura ejecutiva o legislativa o judicial. El control dicho combate a la dictadura y a la arbitrariedad y mantiene, debe mantener el equilibrio del país.

Y no es posible concebirlo siquiera que los altos polos de la Rama Jurisdiccional o del órgano que representa el Poder Judicial, digamos la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, pudieran en un momento dado dejar de cumplir con el sagrado deber que tienen encomendado de ejercitar aquel control, porque tanto equivaldría a que contribuirían al arrasamiento de las instituciones orgánicas y políticas de nuestro país, que engendran su derecho, que lo garantizan y que le dan vida y fisonomía propia.

Dejando de lado el dilucidamiento anterior que lo considero importante, estimo indispensable para mis conclusiones examinar qué es el argumento de "Doctrina".

LA DOCTRINA

La doctrina, dice un expositor de Derecho Constitucional Chileno y comparado, resultado de los expositores del Derecho Constitucional, "por emanar de los particulares, no tiene otra autoridad que la que puede concederle nuestra razón." Con todo, agrega "la exposición de los tratadistas tiene bastante importancia, especialmente cuando trata de restablecer la verdadera doctrina con frecuencia desconocida o desfigurada por los intereses contrapuestos de los partidos políticos". (De la obra citada de Rafael Raveau)

Régimen Presidencial de los Gobiernos. En què consiste el régimen Presidencial constitucionalmente considerado.

El Gobierno Presidencial o estrictamente representativo, es aquel que tiene un Gobierno sin sujeción al Poder Legislativo, al que se le asigna la atribución privativa de legislar, de hacer la ley, pero no de gobernar. El Legislativo está subordinado al freno, al

contrapeso de no poder legislar ilimitadamente, porque tiene que hacerlo dentro de la Constitución.

Los Ministros de Estado no tienen responsabilidad política ante el Parlamento y son nombrados y removidos a voluntad del Ejecutivo, cuya única confianza deben tener para mantenerse en sus puestos. En este orden, el Gobierno reside en el Jefe del Estado, del cual los Ministros son simples Secretarios. Careciendo el Congreso de los medios de fiscalización que son de usanza en el régimen Parlamentario, envío de documentos, preguntas, comisión de investigación y especialmente el llamado de interpelación, que entre nosotros se ejercita inapropiadamente, y que es el más importante de todos, sólo puede ejercitarlo por medio del juicio político.

El régimen Presidencial fue inventado por los padres de la constitución norteamericana, por los convencionistas de Filadelfia en 1.787, con James Madison a la cabeza. Entre nosotros lo adoptó el padre de la Constitución de 1.886, el señor Miguel Antonio Caro, quien se imbuyó en el espíritu de aquélla, con la acomodación del caso trocándola de federalista en centralista.

REGIMEN DE GOBIERNO PARLAMENTARIO.

Este es otro tipo de Gobierno. Tuvo su origen en Inglaterra y de allí lo tomó Francia donde también rige desde 1.848. Hoy está condicionado por la constitución de 1.875.

Se caracteriza por el hecho de que el Gobierno lo hace el ejecutivo (Rey o Presidente) de acuerdo con el Parlamento, o con su Cámara Política si el Parlamento es bicameral, siendo responsables los Ministros ante el Parlamento con cuya confianza deben contar.

Más adelante me concreto a indicar en qué consiste el control o funciones de control que constitucionalmente corresponde en Francia a ese régimen, por parte del Parlamento.

Todo el mecanismo del régimen parlamentario de que los constituyentes quisieron dotar a Francia, reposa sobre la acción recíproca que Gobierno y Parlamento ejercen el uno sobre el otro. El Parlamento lo ejerce constantemente sobre el Gobierno por medio de su derecho de control y la acción constitucional que a su vez corresponde al Gobierno que le da la atribución hasta de disolver el Parlamento en determinados casos, para equilibrar, es de hecho, como lo observa el constitucionalista Leon Duguit, más teórica que práctica, y que esto obedece, al modo de elección del Presidente de la República, que es por el Parlamento, de donde resulta que la prepoderancia del Parlamento sobre el ejecutivo o Presidente es incontrastable.

FUERO JUDICIAL. INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL O RAMA JURISDICCIONAL.

La administración de Justicia descansa en tres bases fundamentales: que son tres bases fundamentales del Organo Judicial: independencia, inamovilidad y responsabilidad. La independencia del Poder Judicial está consagrada por todas las constituciones del mundo y es cosa que no se discute. Declarar que un Juez es inamovible equivale a asegurarle su independencia, lo mismo que el mantenimiento durante sus períodos de un determinado sueldo y al estatuir nuestra constitución que la responsabilidad sólo puede exigírsele en determinados casos y bajo forma determinada, equivale también a darle al Juez seguridades de independencia que tiene origen en la misma constitución, poniéndole a cubierto de los vaivenes políticos o administrativos a cuyos impulsos podría el Gobierno obrar en un momento dado.

Los preceptos de la carta que todo ello consagran son contrapesos de garantía frente a los Poderes u Organos Ejecutivo y Legislativo. Hacen parte del Control Constitucional. Es un fuero frente a los fueros que a su vez tienen esos dos Poderes (arts. 64, 65 y 66 del acto legislativo de 1.945, disposiciones estas de avance que lo consagran, consagrando aquellas tres bases fundamentales integrantes del artículo 160 de la compilación actual).

La organización de los funcionarios judiciales, de lo Contencioso Administrativo y del Ministerio Público forman una escala que va de la Jerarquía Superior a las inferiores, teniendo la primera, su raíz en la elección que hace el Congreso de Magistrados de la Corte, de Consejeros de Estado y de Procurador General de la Nación. Todas tres clases de funcionarios representa en cierta medida emanación de la soberanía del Estado, que como se sabe emerge de la Nación y se manifiesta por la elección del Congreso por medio del sufragio popular. (artículo 2º de la constitución de 1.886.)

El art. 149 de la compilación de la carta se compone del art. 50 del acto Legislativo de 1.945, incisos 1º, 2º y 3º, y de parte del art. 149 de la Constitución de 1.886, que integra el inciso 4º. Este inciso está vigente y no habiéndolo abrogado el constituyente de 1.945, ni habiéndolo modificado, no se sabe por qué la sentencia de que me ocupo le resta importancia para aseverar que los casos taxativos que define y estatuye de "falta absoluta", tenía aplicación cuando los Magistrados de la Corte eran vitalicios.

El art. 149 de la Constitución de 1.886 estatuyó taxativamente los casos de falta absoluta, consistentes en muerte, renuncia aceptada, vacante constitucional o destitución judicial, se refiere a principales y suplentes. En efecto, la disposición decía: "Habrá siete suplentes que llenarán las faltas temporales de los Magistrados principales de la Corte. Cuando ocurra falta absoluta de alguno, por muerte, renuncia aceptada, vacante constitucional o destitución judicial se procederá a nuevo nombramiento".

El caso de vacante constitucional consistía en que se aceptara por el Magistrado empleo del Gobierno. Así lo decía el inciso 2º

del mismo art. 149. Este caso de vacante constitucional está consagrado hoy por el inciso 3º del art. 160 de la compilación vigente y corresponde al inciso 3º de la obra en cita. La independencia de los jueces, su fuero, quedaría abrogado si se aceptara que los casos de falta absoluta no son taxativos, ni están regulados por el art. 149 de la Constitución sino por el Código de Règimen Político y Municipal.

Al respecto es inaceptable la tesis que preconiza el fallo de que disiento.

Es inaceptable que es, que constituye "falta absoluta" el vencimiento del período y que este es vacante constitucional porque dizque está comprendido entre los casos a que se refiere el citado art. 149, no obstante no decirlo.

Es inaceptable que la interpretación de dicha disposición en cuanto a definir que es "falta absoluta" sea de interpretación extensiva, no estricta. Esto contraría los preceptos de hermenéutica legal que consagran los arts. 27 y 28 del C. C..

Porqué los artículos 5, 11, 12, 13 y 15 del C. J. sí son aplicables al caso resuelto. Alcance del artículo 149 de la Constitución Nacional.

Las disposiciones citadas son congruentes con los preceptos constitucionales que consagran la independencia de los Jueces de Colombia.

Se pudiera decir que son como una prolongaciòn del contrapeso, del control constitucional que ha resaltado nítida y firmemente. Reglan ese control.

Los casos de falta absoluta estàn definidos por tales disposiciones y son taxativos.

El art. 15 dice:

> «Hay falta absoluta cuando ocurre alguno de los hechos que dejan vacacante el puesto, conforme a los arts. 5 y 13».

El art. 5º. determina los casos en que un empleo judicial queda insubsistente.

Son cinco casos; muerte, inaceptación manifiesta, falta de confirmación del nombramiento, demora en tomar posesión dentro del término de diez días contados a partir de la confirmación, si ya está corriendo el período legal, salvo caso fortuito comprobado y demora de un mes en tomar posesión el nombrado, cuando es el caso de confirmación.

El artículo 13 define siete casos en que los empleos judiciales se "pierden". Hubiera podido el legislador decir en que quedan vacantes y a tanto equivale la inflexión verbal que empleó; "Pierden".

Tales siete casos son: renuncia aceptada, admitir el empleado

otro cargo público, ejercicio del cargo de Congresista o de Diputado a la Asamblea Departamental, vencido el término de la licencia no entrar a ejercerlo el empleado, haber incurrido el empleado en la falta de que trata el art. 66 de la Constitución, o sea haber admitido por parte del empleado, merced o cargo de Gobierno extranjero sin permiso del Gobierno de Colombia, destitución decretada en sentencia ejecutoriada y notoria enajenación mental.

Si el vencimiento del período constituyera caso de "Falta Absoluta" el legislador lo habría dicho y también la Constitución. Pero no sólo se guardó silencio sino que el legislador por el inciso 1º. del art. 11 del C. J. preceptuó:

> «El funcionario del orden judicial o del Ministerio Público cuyo período haya terminado, ó a quien se conceda licencia, o a quien se admita renuncia del empleo que ejerce, no puede separarse del desempeño de sus funciones mientras no se haya hecho cargo del destino el individuo que deba reemplazarlo o sucederle.»

Y por el art. 12 ibídem previó y estableció:

> «Cuando por alguna causa no pueda hacerse el nombramiento o elección de un empleado o corporación judicial en época señalada por la Constitución o la ley, el empleo debe proveerse por quien corresponda, para el resto del período, tan pronto como desaparezca la causa que impidió la elección o el nombramiento».

Si el vencimiento de período para empleos del ramo judicial y del Ministerio Público, constituyera caso de vacante no taxativa ni legalmente definido sino de aplicación por interpretación extensiva, esas dos disposiciones no se habrían expedido, porque ellas velan porque no se desnaturalice el contrapeso, el control constitucional que ampara el fuero de los jueces y que cierra toda posibilidad al juego mezquino de tramoyas entre empleados y la administración, porque de consuno podrían sin el contrafuerte que representan, renunciar o pedir licencias que dieran lugar a que el Gobierno se saltara el Congreso o los Tribunales y hacer nombramientos por su cuenta en cualquier momento, de empleados judiciales o del Ministerio Público.

Ambos artículos respetan el control constitucional, mantenedores del fuero judicial y del Ministerio Público.

El art. 12 del C. J. es el que explica satisfactoriamente porqué el Gobierno, no obstante el transtorno político que mantiene alterada la República y que ha hecho supervivir por largo tiempo el Estado de Sitio, no haya podido designar en propiedad Magistrados de la Corte, Tribunales Superiores, Jueces, Consejeros de Estado, Procurador General de la Nación, etc.

Es que los arts. 11 y 12 del C. J. son prolongación, son con-

sonantes del control, del contrapeso constitucional que velan por el fuero de la Rama Jurisdiccional, de lo Contencioso Admistrativo y del Ministerio Público.

PERO LA SENTENCIA DICE Y SOSTIENE QUE EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION NO ESTA AMPARADO POR EL FUERO QUE CORRESPONDE A LOS JUECES, que por esto no son aplicables los arts. 5, 11, 12 y 13 del C. J.

Y que el art. 142 de la Constitución Nacional no le confirió al Procurador General de la Nación o mejor, no le asignó el status legal que le corresponde a los Magistrados de la Corte.

El señor Fiscal y la Sala Falladora olvidaron que el art. 142 de la Constitución precisamente en cuanto se refiere a conferirle al Procurador General de la Nación tal status, constituye una reforma consagrada por la enmienda del acto legislativo de 1.945, art. 44 que quedó como inciso 3º. del 142, porque los incisos 1º. y 2º. son de la constitución de 1.886. Tal art. 142 hay que interpretarlo con el 144 de la misma enmienda. Por este precepto se exigió que el Procurador debía reunir las mismas condiciones de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y por el inciso 3º. del art. 142 o art. 44 del acto legislativo de 1.945, que prescribió "Los funcionarios del Ministerio Público tendrán la misma categoría; remuneración, privilegios y prestaciones que los magistrados y jueces ante quienes ejercen su cargo", se extendió al Procurador el status de los Magistrados de la Corte Suprema. Luego el Procurador tiene la categoría que le corresponde al Magistrado de la Corte (dicho dos veces por los dos preceptos), y como él gozará de la misma remuneración *y privilegios* (se subraya).

Qué es privilegio? Privilegio es fuero, es derecho exclusivo, preferencial. Es el status todo de todo orden, constitucional y legal que le corresponde a dichos Magistrados. El status no es para la remuneración y las prestaciones, porque expresamente lo dice "privilegios". Los actos acusados del Gobierno violaron esa disposición y el Consejo también.

Luego si el Procurador General de la Nación goza de los privilegios de los Magistrados de la Corte, en un caso como del que se trata, forzosamente hay que considerar la situación planteada dentro de los artículos 5o,11, 12, y 13 del C. J. y no dentro del Código Político y Municipal, por que este es para los empleados administrativos pero no para los Jueces que tienen su status legal especial; el Código Judicial y la Constitución.

"PRIVILEGIO".- Conforme a Escriche es "la gracia o prerrogativa que se concede a uno libertándolo de alguna carga o gravamen, o confiriéndole algún derecho de que no gozan otros;" ley 1ª, tit. II, part. 1: y ley 2ª, título 18 , part. 3a. Y agrega; "Llámase real el que se concede por razón de cosa, causa, *cargo o estado* (subrayo) a que vá inherente . ."

El procurador General de la Nación si goza del fuero Judicial que corresponde a los Magistrados de la Corte. Y en todo sentido. Desde su elección que es análoga a la de estos. Y esta es otra de las reformas que introdujo la enmienda de la Carta, por el constituyente de 1.945. Antes el Presidente nombraba directamente al Procurador porque tal atribución que le confería la Constitución de 1.886, art. 142, fué enmendada por el acto legislativo de 1.945, que se la quitó para conferírsela al Congreso, de terna que debe enviar el Presidente de la República, y el período de tres años fué aumentado al que le corresponde a los Magistrados de la Corte.

Es equivocado el concepto de la Fiscalía y de la Sala Falladora porque ambas entidades olvidaron que esa disposición que pertenece a la ley 105 de 1.931 tuvo vigencia hasta cuando se expidió la enmienda constitucional de 1.945, que modificó la organización del Ministerio Público, fijándole períodos, modos de nombramiento, sueldos, prerrogativas, en una palabra, asignàndole un status que antes no tenía. Asi los señores Fiscales del Consejo de Estado tienen el de los Consejeros de Estado en todo sentido. El artículo 162 del C. J. y los que le eran congruentes del C. P. y M., quedaron abrogados por virtud del art. 44 de la enmienda constitucional de 1.945, desde el instante en que a todo el Ministerio Público les asignó el status de los jueces o rama jurisdiccional, y por lo tanto exclusivamente le son a sus funcionarios aplicables las disposiciones del C. J. que atrás tan ampliamente he examinado.

Por las mismas razones no es hoy aplicable el art. 68 del C. P. y M., en su numeral 11, por tratarse de funcionarios que como el Procurador pertenecen al Ministerio Público y tener hoy éste a partir de la reforma constitucional de 1.945, el status de los jueces. En consecuencia, su aplicación está condicionada a lo que prescriben los arts. 5º, 11, 12, 13, y 15 del C. J. En el caso de autos, toda vez que no había ocurrido falta absoluta, y apenas se había vencido el período y el Dr. Quiñones Neira no había solicitado se le reemplazara o admitiera renuncia, tenía derecho a continuar en el cargo hasta cuando el Congreso eligiera, del mismo modo que así ha ocurrido con los Magistrados de la Corte, y Consejeros de Estado.

El vencimiento del período no es falta absoluta, volvemos a repetir.

He demostrado ampliamente que el vencimiento de período de empleados que tienen su origen en la Constitución y en el Organo Legislativo no constituye vacante constitucional y legal, porque ninguna de las leyes examinadas la ha erigido causal especifica, y porque si hubiera alguna ley que así lo determinara sería inconstitucional y no podría aplicarse.

DESINVESTIDURA AUTOMATICA

Artículo 305 del C. P. y M.

He dejado demostrado atrás cuáles son las vacantes constitucionales y cuáles las faltas absolutas taxativas y expresamente señaladas por la constitución y la ley para funcionarios de la rama jurisdiccional Contencioso Administrativa y Ministerio Público, todos los cuales se encuentran en un mismo pié de igualdad y disfrutan de un mismo estatuto de fuero.

Con el desconocimiento de que al Ministerio Público no le atañe ese estatuto no obstante imponerlo expresamente la Constitución, se ha inventado como causal nueva no reconocida por la ley colombiana la de la "Desinvestidura automática" por expiración del período para que hayan sido nombrados los empleados, de tal rama del Poder Público. El Procurador General de la Nación es nombrado por el Congreso, de terna que envía y forma el Presidente de la República. Antes de la enmienda del año de 1.945, lo nombraba el Presidente autónomamente, pero la Constitución le tenía fijado el período de tres años. De suerte que aún dentro de la Constitución de 1.886, no podría el Presidente de la República a su arbitrio destituírlo, y dentro de la Constitución de 1.853, la admisión de la renuncia como la de los Magistrados de la Corte era de competencia del Congreso; por la constitución de 1.858, se le concedió voz en los debates del Congreso sobre materia civil y procedimiento judicial.

La institución del Ministerio Público es consignada expresa y claramente en las constituciones de 1.830, 1.858, 1.863, y 1.886. Ha sido elegido por el voto popular en el régimen de la constitución de 1.853, por la Cámara de representantes (1.858 y 1.863), y otras por el Presidente de la República lo mismo que los demás miembros del Ministerio Público (Constituciones de 1.830 y 1.886). Hoy por el Congreso, por la enmienda de 1.945, y los demás miembros en la forma señalada por el art. 144 o 45 de la misma reforma. Todo ello indica que el Procurador siempre ha sido tenido como funcionario de alta y especial jerarquía.

No es cierto que en nuestra legislación la desinvestidura sea regla y que se cumpla automáticamente para nadie. La desinvestidura automática sería la desinvestidura absoluta, y esta no se registra, desde luego, que nadie, cualquiera que sea la categoría del puesto puede abandonarlo, aunque se le cumpla el período.

Si la investidura no se adquiere sino por la posesión del empleo, la desinvestidura correlativamente no puede producirse sino cuando física, materialmente se deja de poseer el puesto. Sólo cuando esto ocurre habrá desinvestidura absoluta. La desinvestidura será siempre relativa, y cuando hay período fijo y este se cumple, la desinvestidura no se produce en la práctica sino cuando el empleado que está protegido por un precepto constitucional es reemplazado por la elección del Congreso, Asamblea o Concejo Municipal, cuando se trata de empleados que tienen origen en corporaciones de elección popular, porque en este caso se suplen los arts. 11

y 12 del C. J., si se trata de funcionarios del orden Judicial o del Ministerio Público.

En consecuencia, el numeral 11 del art. 68 del C. de R. P. y M., para los funcionarios indicados ha quedado abrogado como el 162 del C. J. por la reforma de 1.945 tratada.

VACANTE en su significado intrínseco y etimológico significa desocupación, desposesión. Así se dice del inmueble que aunque tiene o ha tenido dueño, éste lo abandona, deja de ejercitar su dominio por medio de la posesión y aparece como sin dueño conocido. En este orden de ideas, la herencia en que el heredero es desconocido o sin aceptar la herencia o llamamiento a aceptarla, se manifiesta ella como sin dueño, como abandonada y como "descansando" para usar un concepto de tratadistas, la herencia es vacante o yacente, que a tanto equivale. En tratándose de empleos, mi concepto de vacante es que para que esto obre, esto se realice, es menester que haya desaprehensión material, física, desocupación, desposesión material, física de él. Así la vacante con su consecuencia de desinvestidura absoluta y automática no puede operarse sino cuando ocurre la muerte del empleado, y aún así hay que declararla. En los demás casos calificados por el constituyente o el legislador, no puede operar en la misma forma. Y es por esto por lo que es indispensable en cada caso que se sucede que la Administración o el Gobierno para designar interino, si se trata de provisión que le corresponda a Entidades de elección popular, tenga imperiosamente que calificar el hecho, que registrarlo, que protocolizarlo, para justificar el nombramiento y esto es, en esto consiste "la declaración de vacancia", que no puede salirse de la escala de casos taxativos reputados así por el constituyente o legislador de *vacantes*. La declaración de vacancia de que habla la constitución y la ley no es un arbitrio, no es una facultad discrecional que se concede para inventar o crear casos de vacantes que la constitución o la ley no los haya prefijado, no los haya calificado y definido tales. Así dejo mi pensamiento expresado en punto tan importante y que me parece ha dado lugar a confusiones entre juristas y jueces, y concluyo afirmando categóricamente que "declaración de vacancia", no es causal discrecional del Gobierno o la Administración para originar "falta absoluta". Los casos de "falta absoluta", son taxativos y producen vacantes, vacantes y faltas absolutas son lo mismo.

Artículo 305 del Código de Régimen Político y Municipal.

Con las ideas anteriores entendemos la aplicación del art. 305 en cita. Allí estan expuestos los casos de vacantes por falta absoluta. Dicha disposición se atempera a las disposiciones del C. J. que hemos examinado, y la declaración de vacancia de que allí se habla, queda entendido, como es su aplicación. Luego el decreto ejecutivo del Gobierno aún dentro de ley 4 de 1.913, y para el supuesto de que no existiera la prevalencia del C. J. para el caso de autos, habría violado también esa disposición, *Artículos 249 y 281 del C. de R. P. y M.*

Concuerdan nuestras tesis inmediatamente anteriores con lo que preceptúa la última de las disposiciones, que es especial para "empleados administrativos", al estatuír:

> «Ningún empleado administrativo dejará de funcionar, aunque su período haya terminado, sino luego que se presente a reemplazarlo el que haya sido nombrado para el efecto, o el suplente respectivo.»

De donde se desprende, que ni aún para empleados del orden indicado la desinvestidura automática obra absoluta e inmediatamente como lo proclama el fallo recurrido. El artículo 249 no puede aplicarse para funcionarios del Organo Judicial, Contencioso Administrativo y Ministerio Público, sino con sujeción a lo que especialmente dispone el C. J. en las disposiciones arguídas por el actor y que son las que atrás examinamos. Esa disposición se atempera congruentemente a lo expuesto. La sentencia de fecha 31 de agosto de 1.954, en el juicio contencioso de anulación de un decreto expedido por el Alcalde Municipal de Quibdó, por el cual se destituyó al Personero del mismo municipio, que es acogido por el fallo de que discrepo y respecto al cual hice también salvamento de voto, es el que ha preconizado la desinvestidura a la expiración del período del empleado, con base en teorías del Profesor Jeze. Este mismo reconoce que si hay ley expresa que no lo permita, la desinvestidura no se produce, aunque se torne precaria, y afirma que el titular de un puesto deja de serlo por la extinción del plazo o período y que los actos jurídicos que cumpla son inexistentes.

En nuestra legislación esto no es asi. El Consejo acoge alborozadamente los ejemplos del profesor Jezé respecto a que los Diputados o Congresistas en Francia y Concejeros de Distrito, automáticamente al vencimiento de sus períodos caducan sus investiduras y este ejemplo o caso es trasladado por ese fallo al que es motivo de mi presente salvamento, sin parar mientes en que se contraría un principio elemental de lógica, de que no se pueden comparar sino cosas homólogas o semejantes.

Olvidó la Sala que los miembros de Corporaciones de elección popular que representan el poder u órgano legislativo no son empleados públicos, tienen su modalidad específica dentro de la organización política del Estado, su status constitucional propio, y funcionan dentro del mecanismo de pesos y contrapesos constitucionales autónomamente y frente al Gobierno Ejecutivo.

No se compadece por lo tanto, para la juridicidad de litigios desatados por el Consejo por la mentada sentencia y por el fallo de que vengo discrepando, el argumento de doctrina foráneo traído.

Tampoco viene a cuento la referencia que hace el fallo por bo-

ca del mismo profesor Jeze con vehemencia por su celo y amor al Parlamento Francés, sobre que si el Presidente de la República de Francia vencido su período septenal, perpetraría un delito horrendo de golpe de Estado si permaneciera en el puesto un día más de su período

Es explicable el concepto de celo de ese profesor porque el sistema parlamentario francés es de tanta envergadura que el Presidente allí se ha convertido en una figura decorativa nada más. Por otra parte el control constitucional que en Francia ejerce el Parlamento, constituye un mecanismo tan ingenioso, que en caso de muerte del Presidente, verbi-gracia, continuaría ejerciendo el Gobierno el Consejo de Ministros con su primer Ministro a la cabeza, mientras que el Parlamento se reune en Asamblea y nombra nuevo Presidente. El caso de dictadura de un Presidente en Francia, por prórroga de hecho, a la expiración del período, es imposible dado el sistema Parlamentario y su control sobre el Presidente.

Al respecto el notable constitucionalista Leon Duguit, recuerda que no obstante que la Constitución Francesa de 1.875 consagra la irresponsabilidad política del Jefe del Estado, ha sido desconocida o violada y cita tres casos ocurridos desde 1.875 a 1.914, en ocho Presidentes, tres, Mac Mahon, Grevy y Casimir Perier, se vieron obligados a retirarse antes de la expiración de su mandato, en las colisiones con el Parlamento, porque el eje del Gobierno es el Consejo de Ministros, y cuando pierden la confianza de las Cámaras, deben renunciar para constituir nuevo Gabinete que tenga opinión parlamentaria. El contrapeso en cambio en favor del Presidente de la República de disolver Parlamento, sólo se ha cumplido una vez, por el mariscal Mac Mahon.

Casimir Perier, Presidente de la Republica de 1.894 a 1.895 en carta que dirigió a la prensa a raíz de su retiro, manifestó su inconformidad ante la omnipotencia del Parlamento así: "Parece a primera vista, que la Constitución de 1.875 atribuye al Jefe del Estado casi todos los poderes que le reconocían la constitución de 1.848. Qué horror. El Presidente de 1.848 era todopoderoso. El Presidente tal como la ha querido la Asamblea Nacional, está reducida a la impotencia. De todos los poderes que aparece habersele atribuído, sólo hay uno que puede el Presidente ejercer libremente y personalmente: *es la Presidencia de las solemnidades Nacionales*"

En cambio en nuestras repúblicas hispánicas son tantos los Poderes del Jefe del Estado que por esto los publicistas europeos los califican de Presidentes sin corona.

En el caso de falta absoluta del Presidente, está también asegurado el control constitucional en Francia, que si es verdad que el Consejo de Ministros asume el Ejecutivo mientras se reune la Asamblea Nacional, es por quince días y sin esta expiración no reune a la Asamblea, el Senado por su propia iniciativa y pleno de-

recho se reune y ejerce el control sobre el Consejo de Ministros: y si la vacante coincidiere con que estuviere disuelta la Cámara de diputados, los Colegios Electorales serían inmediatamente convocados y el Senado se reuniría por derecho propio. (Ley constitucional de 16 de julio de 1.875 art. 3º parágrafo 4º).

Todo ello indica que son aspavientos las aprensiones del profesor Jeze, porque en su país la maquinaria gubernativa funciona tan admirablemente, gracias a los resortes del control constitucional, que no es posible en Francia ninguna dictadura, sea del Ejecutivo, sea del Parlamento.

En conclusión: la demanda del Dr. Quiñones Neira estaba ajustada a derecho y ha debido fallarse favorablemente. Las tesis del Francés Jeze no tienen cabida en nuestra legislación y no pueden tomarse de base para fallar pleitos nuestros, de casos ocurridos dentro de una juridicidad constitucional y legal que nada tiene de común con la de Francia.

Antonio José Prieto.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

DECRETOS DEL GOBIERNO.

"EL ESCALAFON DE UN RAMO DE LA ADMINISTRACION PUBLICA NO AMPARA A EMPLEADOS QUE TRABAJAN EN OTRO RAMO DE LA MISMA".

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

(Consejero ponente: Dr. José Enrique Arboleda V.).

Referencia: Expediente 3968. DECRETOS DEL GOBIERNO.
Acción de plena jurisdicción instaurada por Vicente Támara Sierra contra el Decreto 1326 de 30 de mayo de 1.952, del Ministerio del Trabajo.

El señor Vicente Támara Sierra actuaba como Revisor de la Oficina Central de Telégrafos, cuando por Resolución número 216 de 11 de diciembre de 1.944, fue inscrito en la carrera administrativa, así: "Artículo primero. De acuerdo con la ley 165 de 1.938 y el Decreto número 2091 de 1.939 que la reglamenta, acéptase en la Carrera Administrativa al señor Vicente Támara Sierra, empleado del servicio público nacional, en el cargo de Revisor de la Oficina Central de Telégrafos, que corresponde a la quinta categoría del capítulo IV del Decreto-Escalafón de Empleados del Ministerio de Correos y Telégrafos".

Támara Sierra desempeñó el mencionado cargo hasta el 12 de julio de 1,950, fecha en que tomó posesión del de Oficial de Estadística del Departamento de Investigaciones científicas del denominado entonces Ministerio del Trabajo, Higiene y Previsión Social según Decreto 02221 de 10 del mismo mes y año.

Por Decreto 0839 de 29 de marzo de 1.952, fue reorganizado el Departamento indicado anteriormente y dentro del nuevo personal de él, fue designado el señor Támara Sierra como Oficial de Crítica y Codificación, según Decreto 1023 de 22 de abril del mismo año.

El actor ocupó este puesto hasta el 31 de mayo de 1.952, pues por el Decreto acusado número 1326 de 30 del mismo mes y año, fue declarado insubsistente su nombramiento y reemplazado por el señor Carlos J. Villa Leyva.

El demandante considera que este último Decreto es ilegal, pues se encontraba amparado por la inamovilidad relativa del Escalafón de la Carrera Administrativa del Ministerio de Correos y Telégrafos, cuando aquèl se produjo. Tal acto además no cumplió para destituírlo ninguno de los requisitos exigidos por la ley 165 de 1.938, artículos 2º y 8º, ni los correspondientes del Decreto reglamentario 2091 de 1.939, orgánicos de la Carrera Administrativa, disposiciones que considera violadas. Argumenta por otra parte, que siendo la Carrera Administrativa una sóla, ella ampara con sus fueros a todos los empleados administrativos, sin consideración al ramo en que trabajen.

El señor Fiscal de la Corporación en su vista de fondo solicita se nieguen las peticiones de la demanda por considerar que la garantía otorgada por la carrera administrativa es respecto de determinado cargo, según el texto del inciso a) del artículo 2º de la ley 165 de 1.938, que es el que desempeña el empleado; que, en consecuencia, si éste renuncia ese cargo para ejercer otro en un ramo distinto de la Administración, el escalafón del primero no lo ampara respecto del segundo. "Si cada Ministerio, dice, con apoyo en tal ley (165 de 1.938) ha reglamentado la inscripción de los empleados que prestan servicios en él, y dichas reglamentaciones no contemplan el caso del traslado de un empleado pùblico de un Ministerio a otro, precisa concluír que lo que se ha querido establecer, con tales reglamentaciones, fue precisamente la inamovilidad del empleado dentro del ramo en que se inscribe. Por ello, si un empleado renuncia un cargo en determinado Ministerio, y acepta otro empleo en Ministerio diferente, debe sujetarse a las reglas sobre escalafonamiento vigentes en la nueva dependencia a que presta sus servicios, o hacer valer, previas las formalidades del caso, su inscripción dentro de la carrera administrativa, pero no con dependencia en Ministerio distinto, ya que el legislador, con criterio previsor, estimó que para que los empleados pudiesen disfrutar de sus derechos era necesario el cumplimiento de requisitos previos para su inscripción, requisitos que se hallan consignados en las reglamentaciones que sobre escalafonamiento en cada uno de los Ministerios se han efectuado, y que no pueden pretermitirse en modo alguno. Si ello no fuere así, no se ve la razón o causa fundamental que exista para que el Gobierno Nacional haya aprobado y puesto en vigencia los diferentes escalafones de empleos que para cada uno de los Ministerios existen; hubiera bastado con la sóla reglamentación que de la ley 165 de 1.938 se hizo por medio del Decreto 2091 de 1.939".

Como el asunto ha recibido la tramitaciòn que le es propia y no aparece causal de nulidad que la invalide, procede la Sala a decidirlo con base en lo que se dirá en seguida:

En sentencia de tres de agosto de 1.954 sostuvo esta Sala la siguiente tesis en relación con el punto en estudio:

> «El escalafón de un ramo de la administración pública no ampara a empleados que trabajan en otro ramo de la misma si no se hallan escalafonados también en el de éste, pues el escalafón de cada ramo implica diferentes condiciones, calidades y aptitudes para ser admitido en él. De otra manera habría un sólo escalafón nacional. Y así, quien está escalafonado en el Ministerio de Obras Públicas no puede pretender que su inscripción en dicho escalafón lo ampare respecto de un cargo que desempeñe en el Ministerio de Guerra; ni quien se halla inscrito en la carrera higienista del Ministerio de Salud Pública puede gozar de las prerrogativas de dicha carrera respecto de un cargo que desempeñe en el Ministerio de Educación Nacional». (Expedientes 1158 y 1170. Edmundo y Germán Pinilla R., respectivamente, contra el Ministerio de Guerra.).

La doctrina anterior surge como consecuencia lógica de la organización misma de la Carrera Administrativa, que si es una sóla, como afirma el demandante, está condicionada en sus efectos a la inscripción del empleado en el escalafón correspondiente al ramo administrativo en que trabaja. Y es ésta inscripción la que le otorga determinadas garantías y lo lleva a formar parte de la mencionada Carrera. Es decir, el empleado forma parte de la Carrera Administrativa porque se encuentra inscrito en el escalafón de un determinado ramo de la Administración y no a la inversa, o sea, que por pertenecer a la Carrera Administrativa está inscrito en el Escalafón de un determinado Ministerio o ramo Administrativo. De allí que el ser miembro del escalafón de un Ministerio o ramo dicho, no ampare respecto del escalafón de otro Ministerio o ramo.

Desde el punto de vista concreto que se estudia es suficiente mirar los Decretos nùmeros 1554 de 9 de agosto de 1.940, que estableciò el escalafón de Empleados del extinguido Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social y por el cual no ingresó el actor en la Carrera Administrativa, y el 1815 de 28 de septiembre del mismo año, que organizó el del Ministerio de Correos y Telégrafos y por el cual entró el demandante a la Carrera Administrativa, para establecer las disímiles condiciones y aptitudes requeridas por uno y otro para la inscripción, en una misma categoría de ambos, de los empleados escalafonados. Crece la fuerza de este argumento si se mira que el cargo en que fue inscrito en el Escalafón del Ministerio de Correos el peticionario es de cuarta categoría y que el cargo de que fue destituído en el de Trabajo es de quinta categoría. De modo, pues, que no sólo existe para considerar que la inscripción en un escalafón no lo amparaba en el otro, las diferentes condiciones requeridas para poder pertenecer a una misma categoría de los dos escalafones, sino además la dificultad de que en el segundo de tales Ministerios el puesto a que fue llamado era de categoría superior y requería, por tanto, nuevos y más exigentes requisitos para su ejercicio como escalafonado en él.

Para reforzar todavía más la tesis anterior no es necesario hacer la comparación de los dos escalafones citados; es suficiente estudiar, por ejemplo, el artículo 10 del Decreto sobre Escalafón del Ministerio de Correos y Telégrafos, que establece los cargos de la Tercera Categoría y que exige para algunos de ellos (los de los numerales a) a f), título oficial de contabilista como condicion para el desempeño de los mismos, condición que no se requiere para ejercer los otros cargos de esa misma categoría. Es decir, aún dentro de la misma categoría de un mismo Escalafón son distintos los requisitos necesarios para el desempeño de los diversos cargos de aquella y así un empleado que ejerza el puesto indicado en el ordinal g), v. gr, del artículo 10 citado, no obstante estar inscrito en la Tercera Categoría del Escalafón de dicho Ministerio, no podría desempeñar uno de los cargos de los ordinales anteriores, salvo que tuviese título oficial de contabilista. Esta consideración y la de que el artículo 2º de la ley 165 de 1.938, inciso a) (orgánica de la Carrera administrativa) establece que ésta da al empleado derecho a no ser removido *del cargo que desempeña* (subraya la Sala), lleva a la siguiente nítida conclusión: son los cargos públicos los que pertenecen a una determinada categoría del Escalafón de un ramo administrativo; el empleado que se inscribe en el respectivo Escalafón lo hace con relación a un determinado cargo y no directamente a una Categoría de aquel; pertenece a ésta sólo en razón del cargo que desempeña.

Lo expuesto es suficiente para llegar a la conclusión de que no asiste al demandante el derecho que pretende, en razón de lo cual el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NIEGA las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

José Enrique Arboleda V., Ildefonso Méndez, Rafael Rueda Briceño, Daniel Anzola E., Manuel Buenahora, Rafael Marriaga, Antonio José Prieto.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

DECRETOS DEL GOBIERNO

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO PARA CONOCER DE LOS DECRETOS DEL GOBIERNO.

(Consejero ponente: Dr. José Enrique Arboleda V.)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, D. E., diez de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco.

Referencia: Expediente 5966. -DECRETOS DEL GOBIERNO.
Acción de plena jurisdicción incoada por el Dr. Reinaldo Escobar Camargo contra el Decreto 2137 de 14 de julio de 1.954, originario del Ministerio de Justicia.

Por medio de apoderado solicitó el Dr. Reinaldo Escobar Camargo que se hicieran por esta Corporación las siguientes declaraciones:

"1º.).- Que es nulo, por inconstitucional, el Decreto número 2137 de 14 de julio de 1.954, por el cual se suprimen cargos en el Ministerio Público y en la rama jurisdiccional, se fijan asignaciones y se crean unas dependencias judiciales, en el parágrafo del artículo 2º. (segundo) en cuanto establece que: Los Jueces Municipales que no reunan las condiciones exigidas en el artículo 2º. del Decreto 2064 de 1.953, devengarán las asignaciones fijadas en el Decreto número 1231 de 1.951.

2º.)- Que como consecuencia de la declaración anterior, se restablezca en su derecho particular y concreto, violado por el precitado decreto, a mi mandante, disponiendo y ordenando, que:

a).- Que se pague a mi mandante por el Erario Nacional la diferencia de sueldo habida entre el establecido en el decreto acusado en su artículo 2º. y el que se le ha venido pagando a él en virtud del parágrafo del citado artículo, o sea, el establecido en el Decreto número 1231 de 1.951.

b).- Que igualmente se pague a mi mandante, por el

Erario Nacional, los intereses legales de la suma reclamada en el aparte "a" anterior desde que debieron pagarse por la Administración Pública Nacional, hasta el momento en que se verifique el pago de dichas sumas.

c).- Que igualmente se reconozca y se ordene pagar a mi mandante cualesquiera otros perjuicios que resulten probados de autos haber sufrido mi mandante como consecuencia de la diferenciación de sueldos establecidos por el Decreto acusado».

Como hechos de la acción aparecen en síntesis los siguientes:

Que el Dr. Reinaldo Escobar Camargo, estaba desempeñando el cargo de Juez Tercero Municipal de Santa Marta desde el día 2 de noviembre de 1.948, cuando se produjo el acto acusado;

Que antes de éste, el mismo Dr. Escobar Camargo percibía por razón de sueldo, "la asignaciòn mensual fijada en el artículo 12 del Decreto 1231 de 1º. de julio de 1.951";

Que el mismo doctor "ha dejado de recibir mensualmente como diferencia de asignación desde que entró en vigencia el artículo 2º y el parágrafo del mismo artículo del Decreto número 2137 de 14 de julio de 1.954, la suma de doscientos pesos ($200-00) m/l.".

Como violados invoca los artículos 62, 73, 76 (Nº. 9º y 10º.), 78 (Nº. 5º) y 160 de la Constitución Nacional y fundamenta el concepto de violaciòn de tales preceptos por el acto acusado.

El señor Fiscal de la Corporación presenta contra la demanda anterior las siguientes excepciones: la de ineptitud, por cuanto que no fue presentada ante el Juez de mayor categoría de Santa Marta, como ordena el artículo 125 del C. C. A., que lo sería para el caso el Civil del Circuito, sino ante el Juez 1º. Municipal de Santa Marta; y la de incompetencia de jurisdicción con base en el siguiente razonamiento:

«No está demás observar que el H. Consejo de Estado tampoco es competente para conocer de la demanda en cuestión, pues, en efecto, se ataca el Decreto número 2137 de 1.954, que tiene fuerza de *ley*, según el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, por haber sido dictado por el Presidente de la República en desarrollo de las facultades precisas que le confirió el Decreto extraordinario número 1781 de 1.954 "por el cual se faculta al Gobierno para suprimir cargos subalternos en la Rama Jurisdiccional y en el Ministerio Público y crear cargos en la Rama Jurisdiccional". Vale decir, que de su inexequibilidad sólo puede conocer la Corte Suprema de Justicia por mandato expreso de la misma Carta Fundamental».

Como el asunto ha sufrido la tramitación que le es propia y por no aparecer vicio que la invalide se encuentra en estado de re-

cibir sentencia, procede a ello la Sala, previas las siguientes consideraciones:

Es preciso ante todo estudiar las excepciones presentadas por el señor Agente del Ministerio Público.

Por lo que hace a la primera, es cierto que la no presentación de la demanda ante el Juez de mayor categoría del lugar en donde se hace, es una irregularidad que debe acarrear la no admisión de la misma, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87 del C. C. A.; pero tal irregularidad no conlleva ni nulidad de lo actuado por no ser causal establecida al respecto por el Código y es sabido que las nulidades son taxativas, ni la excepción alegada por el Sr. Fiscal u otra alguna, por cuanto que la ejecutoria del auto admisorio de la demanda así presentada cumplió el fenómeno de la preclusión, irreversible cuando se trata, como en el caso presente, de informalidad adjetiva y no de fondo, es decir, capaz de viciar el procedimiento o de enervar la efectividad de la acción intentada.

En cuanto a la falta de competencia de la Sala para conocer de este asunto por atacar la constitucionalidad de un Decreto dictado por el Gobierno en uso de atribuciones especiales que le confirió el Ejecutivo mediante Decreto Legislativo emanado de las facultades del artículo 121 de la Carta, juzga la Sala que sí tiene competencia para resolver el caso por las razones que pasan a exponerse:

El artículo 216 de la Constitución Nacional es del tenor siguiente: "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".

La norma anterior sienta los dos postulados siguentes: a).- Que la competencia general para decidir sobre la constitucionalidad de los decretos del Gobierno, corresponde a la jurisdicción contencioso—administrativo; b).- Que la Corte Suprema de Justicia tiene en ese particular una competencia de excepción concretada a tres tipos de Decretos: 1o.- A los de carácter de leyes dictados en uso de autorizaciones especiales que le ha otorgado el Congreso; 2o.- A los extraordinarios, llamados Decretos—Leyes, producidos en ejercicio de precisas facultades extraordinarias de que el mismo Congreso ha revestido, *pro tempore*, al Presidente de la República, y, 3o.- A los Decretos Legislativos dictados con base en las excepcionales prerrogativas que la Carta otorga a la Rama Ejecutiva en casos de turbación del orden público y de declaración de estado de sitio de todo o parte del territorio nacional.

Ahora bien. Siendo las disposiciones sobre competencia taxativas, salvo cuando se establece la cláusula general (que no es el caso presente), resulta que no es posible atribuír a la Corte Supre-

ma de Justicia el conocimiento de la constitucionalidad de Decretos dictados por el Gobierno en uso de autorizaciones que le confirió la Rama Ejecutiva mediante un Decreto Legislativo de los previstos por el artículo 121 de la Carta, pues tales Decretos no corresponden a ninguno de los tres tipos de que conoce dicha Corporación, como quedó indicado anteriormente. Y no vale argüir que los mencionados Decretos pueden equivaler, por comparación o analogía, a los dictados por el Gobierno en virtud de los numerales 11 y 12 del artículo 76 de la Constitución, pues aún siendo así, debe conocer sobre su exequibilidad el Consejo de Estado en razón de que la competencia le está fijada en forma genérica, mientras que a la Corte por excepción y no es jurídico determinarla por vía comparativa o analógica.

En relación con el principio expuesto, también se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia para sostener tesis idéntica, como puede verse de la providencia dictada por la Sala Plena en 27 de agosto de 1.945 (G. J. No. 2022. Pág. 308), que aparece bajo el número 11.165 (T. XII) de la jurisprudencia de G. Orozco Ochoa y que en gracia de brevedad no transcribe la Sala.

Establecido, pues, que no cabe la excepción de ineptitud de la demanda y que esta Corporación es la competente para fallar el negocio, procede a estudiarlo en el fondo:

La síntesis de este pleito en que el actor ejerce la acción de plena jurisdicción para buscar que se le restablezca en su derecho como resultado de la anulación de un acto- regla, aparece del aparte a) de la petición 2a. de la demanda y que la Sala (para mayor comprensión del asunto) transcribe nuevamente. Dice así:

> "a).- Que se pague a mi demandante por el Erario Nacional la diferencia de sueldo habida entre el establecido en el decreto acusado en su artículo 2o. y el que se le ha venido pagando a él en virtud del parágrafo del citado artículo, o sea, el establecido en el Decreto número 1231 de 1.951".

Es decir, el demandante presenta un antagonismo entre lo estatuído en el artículo 2o. y lo determinado en el parágrafo del mismo artículo del Decreto *sub-júdice,* 2137 de 1.954, antagonismo que consiste en que el mencionado artículo 2o. fija como sueldo de los jueces municipales de cabecera de Distrito Judicial la suma de $ 650-00, y en el parágrafo establece que los mismos jueces cuando no reunan las condiciones señaladas en el Decreto 2064 de 1.953, art. 2o., (que son: ser abogados titulados o aceptados o haber terminado estudios de derecho) sólo tendrán como asignación mensual la cantidad de $ 450-00, que es lo que determina el Decreto 1231 de 1.951. Y como el demandante considera que no es constitucional la discriminación indicada, pretende que a él deben pagársele $ 650-00 y no $ 450-00 y que, por tanto, el Estado le está debiendo desde la vigencia del acto demandado la suma de $ 200-00 mensuales.

La demanda así planteada no está en condiciones de tener eficacia jurídica por cuanto que no pudo ser el Decreto acusado el que directamente causó al actor el perjuicio que sostiene ha sufrido. En efecto: Dicho Decreto no envuelve una orden absoluta o incondicional sobre determinación de sueldos para los jueces municipales, sino una condicionada a que éstos reunan o no determinadas calidades. Por consiguiente, debió existir un acto posterior al tantas veces citado Decreto, emanado bien del Ministerio de Justicia o del de Hacienda, que determinò a cada caso particular la aplicación concreta de aquel. En otras palabras, al Dr. Reinaldo Escobar Camargo, juez 3o. Municipal de Santa Marta, le fueron pagados $ 450-00 mensuales y no $ 650-00 mensuales por no ser ni abogado titulado o aceptado, ni haber terminado estudios de derecho, circunstancias o calidades éstas que necesariamente fueron manifestadas para el caso del mismo por un acto distinto del Decreto *sub-judice*, como una orden, una Resolución, una circular etc., pues la aplicación del sueldo diferencial tenía que hacerse previa comprobación de la ausencia o de la existencia de alguna de tales calidades en cada uno de los jueces municipales de el País. Así las cosas, la acción de plena jurisdicción sólo era posible contra este último acto; contra el Decreto acusado sòlo cabía la acción de simple nulidad. Hay, pues, ineptitud sustantiva en la demanda.

La Sala entiende que por excepciòn un acto-regla puede ser acusado mediante el contencioso de plena jurisdicción, ya que contra actos de tal naturaleza generalmente procede el contencioso de anulación o legalidad. Como ejemplo de dicha excepción podría citarse un Decreto que rebaje incondicional o absolutamente el sueldo de que disfrutan funcionarios públicos, a causa de que ese Decreto así estructurado sí es el que directamente ocasiona la rebaja de los respectivos emolumentos. Pero cuando, como en el caso de autos, el acto-regla fija asignaciones diferentes para un mismo grupo de funcionarios según llenen o no éstos determinados requisitos, es obvio que tiene que existir un acto posterior que aplique a cada funcionario en particular la norma general sentada en aquél. Y es éste acto particular el que debe demandarse en acción de plena jurisdicción, excepcionado contra el carácter general por inconstitucionalidad o ilegalidad, si fuere necesario.

Por razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, oído el concepto de su Fiscal, en Sala de lo Contencioso Administrativo y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, DECLARA PROBADA LA EXCEPCION DE INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

José Enrique Arboleda V., Ildefonso Méndez, Rafael Rueda Briceño, Daniel Anzola E., Manuel Buenahora, Rafael Marriaga, Antonio José Prieto.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR ANTONIO JOSE PRIETO

Bogotá, octubre diez de mil novecientos cincuenta y cinco.

Referencia: Expediente No. 5966, -Nulidad del decreto número 2137 de 15 de junio de 1.954, expedido por el Ministerio de Justicia.

Mis puntos de vista en relación con el proyecto de ponencia de que fué autor el Señor Consejero Dr. Daniel Anzola en su condición de sustanciador del negocio, que lo declinó en el sentido de propugnar por declinatoria o incompetencia de jurisdicción no lo aceptó con la motivación que la sustentó por razones que más adelante doy. Tal proyecto le fué negado al Dr. Anzola y habiendo sido sustituído por ponencia redactada por el Consejero Dr. Arboleda, que ha sido acogida por la mayoria de los Consejeros que han firmado quedando asi elevada a sentencia tampoco la acepto. Dicha sentencia sustenta en contraposición al proyecto del Dr. Anzola la competencia del Consejo para conocer de demandas contra Decretos comunes del Ejecutivo Nacional o Gobierno Nacional, que se ataquen por inconstitucionalidad.

No aceptó las razones que prohija ese fallo para concluír con que esa competencia sí la tiene el Consejo de Estado, por las someras y sencillas razones siguientes:

El art. 216 de la Constitución Nacional que como asidero tomó la sentencia es inoperante hoy y por lo tanto, no puede aplicarse, lo que vale decir que la competencia para casos de acusaciòn de Decretos meramente Ejecutivos del Gobierno Nacional, hoy por hoy, corresponde aún a la Corte Suprema de Justicia.

En efecto: el art. 62 del C. de lo C. A. que estableció para la Jurisdicción contencioso-administrativa la competencia procesal para conocer de acusaciones, por inconstitucionalidad, contra tales Decretos Ejecutivos, por vacío Constitucional en el momento de expedirse tal Código, fué declarada inexequible en tal punto, por sentencia de la Corte de fecha 7 de julio de 1.942, pág. 232. Tal declaración asumió el caràcter de una derogatoria parcial de aquella disposición.

Posteriormente, o sea en el año de 1.945, el Constituyente hizo la reforma de la Carta por su Acto Legislativo Nº. 1, que consagró en su art. 41, que corresponde hoy al art. 216 de la Codificación actual. Es decir, que se proveyó sustantivamente a dársele competencia a lo Contencioso Administrativo, para el conocimiento

de las acusaciones contra los Decretos estrictamente Ejecutivos, para demandar en acción pública, pero como paralela y coetáneamente no se proveyó a revivir la disposición procesal citada que en el año de 1.941 cuando se expidió el Código de lo Contencioso Administrativo hizo parte del susodicho art. 62 de éste, se viene al conocimiento de que por este vacío legal de hoy, y mientras no se llene por una Reforma legal del Código de lo C. C., no es posible hacer operante la reforma Constitucional contenida en el art. 216 base de la sentencia de que disiento, salvo que se litigue en acción privada y en via de excepción dentro de la norma del art. 215 de la Constitución Nacional. En nuestras Instituciones existen otros casos que habiendo sido definidos preceptiva y sustantivamente por la Constitución, permanecen congelados por omisión del legislador en proveer a su operancia, V. Gr., el art. 161 de la Codificación o 62 del A. L. de 1.945, por su inciso último impone el retiro forzoso del funcionario judicial en dos casos: cuando por razones de salud en su trabajo sufra notoria disminución, o cuando haya cumplido la edad máxima señalada en la Ley para cada cargo.

Por vacío legal la disposición constitucional indicada no se puede cumplir, no se cumple, no es operante.-Así pasa con el otro punto tratado-.

Antonio José Prieto.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR ANZOLA ESCOBAR:

Me permito disentir de la sentencia anterior por no compartir las tesis de la mayoría de la Sala que llevaronla a declararse competente para fallar el negocio y a proceder a estudiarlo en el fondo, decidiendo, sin embargo, que se halla probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda. Los fundamentos de mi salvamento de voto son exactamente los mismos que expuse en mi ponencia y que me llevaron a estimar que el Consejo es incompetente para conocer de este juicio. Para tal efecto, vale decir, para que se conozcan esos fundamentos agrego el proyecto de sentencia por mí elaborado.

Bogotá, cinco de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco.

Daniel Anzola Escobar.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: Dr. ANZOLA ESCOBAR

Bogotá.

(*Ref.*: Exp. 5966 -REINALDO ESCOBAR CAMARGO- demanda de nulidad del Decreto 2137 de 14 de julio de 1.954, del Ministerio de Justicia).

El Presidente de la República en uso de las facultades especiales y precisas que le fueron conferidas por el Decreto Extraordinario Nº. 1781 de 1.954, "por el cual se faculta al Gobierno para suprimir cargos subalternos en la Rama Jurisdiccional y en el Ministerio Público y crear cargos en la Rama Jurisdiccional", dictó el decreto número 2137 del 14 de julio de 1.954, "por el cual se suprimen cargos en el Ministerio Público y en la Rama Jurisdiccional, se fijan asignaciones y se crean unas dependencias judiciales"; y entre otras cosas, a términos del parágrafo del artículo segundo de dicho estatuto dispuso: "Los Jueces Municipales que no reúnan las condiciones exigidas en el artículo segundo del Decreto 2064 de 1.953, devengarán las asignaciones fijadas en el Decreto 1231 de 1.951".

Las disposiciones aludidas estatuyen:

Artículo 2º. del Decreto 2064 de 1.953: "A partir del 11 de enero de 1.954, sólo podrán ejercer el cargo de Juez Municipal en interinidad:

a). Los abogados titulados;

b). Los ciudadanos que hayan terminado estudios de Derecho, y

c). Los abogados aceptados que hayan obtenido matrícula en los Tribunales Superiores de Distrito Judicial".

Artículo 12 del Decreto 1231 de 1.951: "A partir del primero de agosto próximo los Jueces Municipales tendrán las asignaciones mensuales siguientes: Los de las Cabeceras de Distrito Judicial, $ 450.00; los de las Cabeceras de Circuito, $ 400.00; los de los Municipios que determinará el Gobierno en atención al volumen de negocios que en ellos cursen, $ 350.00 y los de los Municipios restantes $ 300.00."

Así las cosas, el señor Reinaldo Escobar Camargo quien venía desempeñando el cargo de Juez Tercero Municipal de Santa Marta "sin interrupción alguna desde el día 2 de noviembre de 1.948" presentó, por medio de apoderado con fecha 12 de noviembre de 1.954, en el Juzgado primero Civil Municipal de aquella ciudad, y con destino al Consejo de Estado, la demanda de este proceso en la que solicita que con citación y audiencia del Ministerio Público y previo el trámite ordinario se declare:

> «1º.- Que es nulo, por inconstitucional el Decreto Nº. 2137 de 14 de julio de 1.954, por el cual se suprimen cargos en el Ministerio Público y en la Rama Jurisdiccional, se fijan asignaciones y se crean unas dependencias judiciales en el Parágrafo del art. 2º. (segundo) en cuanto establece que: "Los Jueces Municipales que no reunan las condiciones exigidas en el art. 2º. del Decreto Nº. 2061 de 1.953, devengarán las asignaciones fijadas en Decreto Nº. 1231 de 1.951".
>
> 2º.- Que como consecuencia de la declaración anterior, se restablezca en su derecho particular y concreto, violado por el precitado decreto, a mi mandante, disponiendo y or-

denando:

a) Que se pague a mi mandante por el Erario Nacional la diferencia de sueldo habida entre el establecido en el decreto acusado en su art. 2º. y el que se le ha venido pagando a él en virtud del parágrafo del citado artículo, o sea, el establecido en el Decreto Nº 1231 de 1.951.

b) Que igualmente se pague a mi mandante, por el Erario Nacional los intereses legales de la suma reclamada en el aparte "a" anterior desde que debieron pagarse por la Administración Pública Nacional, hasta el momento en que se verifique el pago de dicha suma.

c) Que igualmente se reconozca y se ordene pagar a mi mandante, cualesquieras otros perjuicios que resulten probados de autos haber sufrido mi mandante como consecuencia de la diferenciación de sueldos establecidos por el decreto acusado".

Los hechos sustentantes de la acción, en lo pertinente, se relacionan en el escrito en este orden:

«1º.- El Gobierno Nacional por Decreto Nº. 2064 de cinco de agosto de mil novecientos cincuenta y tres, por la cual se organiza la judicatura municipal, estableció en su artículo 10 lo siguiente: "Los Jueces Municipales y los interinos que reunan las calidades exigidas en los artículos anteriores de este decreto, tendrán a partir del 11 de enero de 1.954, las siguientes asignaciones: a) Los de las cabeceras de distrito judicial $ 650.00; b) Los de cabecera de Circuito $600.00; c) Los de los demás Municipios $500.00.

2º.- El Gobierno Nacional por Decreto Nº. 2137 de julio 14 de 1.954, por el cual se suprimen cargos en el Ministerio Público y en la Rama Jurisdiccional, se fijan asignaciones y se crean unas dependencias judiciales, estableció en su artículo 2º. lo siguiente: "A partir de la fecha fijada en el artículo anterior, el personal y asignaciones mensuales de las siguientes dependencias, serán como sigue:

a) .....

.....

f) Juzgados Municipales: Cabecera del Distrito Judicial de Barranquilla, Bogotá, Cali y Medellín, Jueces a $ 650.00, Secretarios a $ 350.00; Oficiales Mayores a $ 250.00; Escribientes Citadores a $ 200.00. Juzgados de Cabecera de Distrito Judicial no comprendidos anteriormente: Jueces a $ 650.00, Secretarios a $ 300.00, Escribientes Citadores a $ 200.00. Juzgados de Cabecera de Circuito: Jueces a $ 600.00, Secretarios a $ 275.00. Juzgados Municipales: Juzgados que no sean Cabecera de Distrito ni de Circuito: Jueces a $500.00, Secretarios a $ 200.00.

Y en el Parágrafo del mismo art. 2º. dispuso: "Los Jueces Municipales que no reunan las condiciones exigidas en el art. 2º. del Decreto Nº. 2064 de 1.953, devengarán las asignaciones fijadas en el Decreto Nº. 1231 de 1.951".

3º. - Las asignaciones fijadas por el Decreto Nº. 1231 de junio 1º. de 1.951, lo fueron en su artículo 12, en el cual se estableció: "A partir del 1º. de agosto próximo los Jueces Municipales tendrán las asignaciones mensuales siguientes: Los de las Cabeceras de Distrito Judicial, $ 450.oo; Los de las Cabeceras de Circuito $ 400.oo; los de los Municipios que determinará el Gobierno en atención al volumen de negocios que en ellos cursen, $ 350.oo y los de los Municipios restantes, $ 300.oo.

4º. - Mi mandante se encuentra ejerciendo el cargo de Juez Tercero Municipal de Santa Marta, desde antes de la vigencia del Decreto Nº. 2137 de 14 de julio de 1.954.

5º. - Mi mandante fue nombrado Juez Tercero Municipal de Santa Marta por Acuerdo Nº. 46 del H. Tribunal Superior de Santa Marta, de fecha 21 de octubre de 1.948.

6º. - Mi mandante tomó posesión de su cargo en la Alcaldía de Santa Marta el día 2 de noviembre de 1.948.

7º. ....

8º. - A mi mandante en cumplimiento de lo establecido en el Parágrafo del Art. 2º. del Decreto No. 2137 de 14 de julio de 1.954, se le ha venido pagando la asignación mensual fijada en el art. 12 del Decreto No. 1231 de 1º. de Julio de 1.951.

9º. - Mi mandante ha dejado de recibir mensualmente como diferencia de asignación desde que entró en vigencia el art. 2º. y el Parágrafo del mismo artículo del Decreto Nº. 2137 de 14 de julio de 1.954, la suma de doscientos pesos ($200.oo) m/l."

Previa transcripción de los artículos 62, 63, 76, números 9º. y 10º, 78, numeral 5º. del artículo 160 de la Constitución Nacional, formula el señor apoderado el concepto de violación de las expresadas normas, así:

«Los artículos constitucionales citados y atrás copiados establecen una articulación del servicio público a través de reglas de igualdad en cuanto al funcionamiento de los mismos y aseguran a los servidores públicos una remuneración que está en relación no con la capacitación para el ejercicio de la función, lo cual corresponde determinarlo al funcionario que hace la elección o a las condiciones impuestas por las leyes, sino en relación con la fun-

ción misma y el servicio que deben prestar en virtud de la reglamentación legal y la creación que de ellos se ha hecho, los dichos funcionarios. Es decir, la asignación, de acuerdo con el espíritu constitucional, está en relación con la función y no con la capacitación para ejercer dicha función, ya que lo contrario sería consagrar el absurdo, pues, si no se supone en el funcionario encargado del servicio la capacitación suficiente para el ejercicio del cargo, o bien deben establecerse los requisitos que aseguren la idoneidad, o no nombrar al empleado, pero si se le reconoce mérito suficiente para el desempeño del cargo es irracional la sanción de pagarle menos por ese ejercicio por cuanto no llena unos requisitos que la ley considera como mejores para desempeñar la función, pero no únicos puesto que permite que no se tengan en cuenta para el desempeño de ella. Lo anterior claro está no se encuentra consagrado expresamente en ningún texto constitucional, pero ello es debido a lo diáfano del espíritu de la misma Constitución y a lo aberrante que sería tener que estar consagrando expresamente normas que por una sencilla interpretación se entienden tácitamente vigentes en el cuerpo de la ley soberana.

También por otro lado hay que tener en cuenta lo estatuido en el art. 76 del Acto Legislativo de 1.945, correspondiente al inciso 3o. y último del art. 160 de la Constitución Nacional, en que está consagrado no solo el principio de la intangibilidad de la Rama Jurisdiccional del Poder Público en general, sino un principio de igualdad ante el servicio público y un mismo tratamiento para todos los Jueces y Magistrados pertenecientes a él. El citado artículo no sólo puede interpretarse en el sentido positivo en que está redactado, sino que la igualdad que consagra hay que extenderla también para aquellos casos en que valiéndose de recursos que aparentemente vienen a confirmar su letra, la están violando, pues, se están estableciendo diferencias, y el objeto perseguido por el Constituyente fue evitar la persecución y el vejámen económico para los jueces por parte de las otras ramas del Poder Público, y lograr con ello la independencia de la función y una garantía de respaldo suficiente que permitiera a los mencionados funcionarios cumplir con sus deberes sin interferencias de ninguna especie. En el momento económico actual en que los reajustes de sueldos se han hecho más que todo por la necesidad derivada del alza constante del costo de la vida y la depreciación de la moneda, y que en consecuencia no es una verdadera nueva asignación sino apenas como se ha dicho, un reajuste, es verdaderamente violatorio del dicho artículo constitucional la diferencia de sueldos impuesta.

Además, el Decreto No. 2137 de 14 de julio de 1.954, cuya nulidad demando fue dictado en uso de las facultades especiales que le confirió el art. 1o. del Decreto No. 1781 de 1.954, y entre esas facultades no aparece la de que el Ejecutivo pudiera establecer diferencia en los sueldos de los Jueces Municipales por ningún motivo. De suerte, que el Decreto No. 2137 de 1.954 se excedió al consagrar en el parágrafo del artículo 2o. diferencia en los sueldos de los Jueces Municipales».

Vino aparejada la demanda de una copia autenticada del Diario Oficial en donde corre el Decreto acusado parcialmente y varios documentos relacionados con las actas de nombramiento, posesión, ejercicio de funciones y cuantía de los sueldos devengados por el demandante en su condición de Juez Municipal de Santa Marta.

Admitida la demanda y libradas las comunicaciones del caso, se le dió a la instancia el trámite adecuado hasta obtener la visita del señor Fiscal colaborador Dr. Torres Niño quien conceptúa que deben negarse las peticiones de la demanda por considerarla inepta. En apoyo de su pedimento sustenta el Ministerio Público:

«A términos del artículo 125 del Código Contencioso Administrativo, "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* (Se subraya), debiendo, quien la reciba, poner al pié de ella la constancia de su presentación y la devolverá al interesado....»

El profesor Tascòn, al comentar el referido precepto, estima que el Juzgado de *mayor categoría* del lugar ante quien debe presentarse la demanda, cuando el demandante no reside en el mismo lugar del asiento del Tribunal, "será el Civil del Circuito", en donde lo haya, concepto éste que el H. Consejo de Estado ha elevado a la categoría de constante doctrina.

De modo que si la demanda con que se inicia el presente juicio se presentó, como se dijo al comienzo de este concepto, ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Santa Marta y no ante el Juzgado Primero Civil del Circuito que actúa en dicha ciudad, es claro que la citada demanda resulta *inepta*, desde luego que su presentación no reune las condiciones de rigor, y, por consiguiente, tal excepción debe ser reconocida en el fallo respectivo.

No está demás observar que el H. Consejo de Estado tampoco es competente para reconocer de la demanda en cuestión, pues, en efecto, se ataca el Decreto número 2137 de 1.954, que tiene fuerza de *ley*, según el ordinal 12 del

artículo 76 de la Constitución Nacional, por haber sido dictado por el Presidente de la República, en desarrollo de las facultades precisas que le confirió el Decreto extraordinario número 1781 de 1.954 "por el cual se faculta al Gobierno para suprimir cargos subalternos en la rama jurisdiccional". Vale decir, que de su inexequibilidad sólo puede conocer la Corte Suprema de Justicia por mandato expreso de la misma Carta fundamental.

En los términos anteriores dejo rendido el concepto que me corresponde".

Agotada así la instancia y en firme el auto de citación para sentencia, corresponde proferir el fallo que se estime legal, lo que hace la Sala, considerando:

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Como lo anota el señor Fiscal en su vista de fondo, a términos de lo dispuesto por el artículo 125 del C. de lo Contencioso Administrativo, "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 pié de ella la constancia de su presentación, y la devolverá al interesado. ....." Y ocurre, en el caso, que la demanda no se presentó ante el Juzgado Civil del Circuito de Santa Marta sino que la formalidad se sucedió ante el Juez Municipal de dicho lugar; innegable también que la doctrina imperante al particular en el Consejo, es la de que "el Juez Civil del Circuito del respectivo lugar es la autoridad de mayor categoría", y, por lo tanto, ante quien deben presentarse las demandas destinadas al Conocimiento del Consejo de Estado en los casos del artículo 125 citado.

Mas, si lo anterior es así, no lo es menos, que el hecho de haber omitido el señor apoderado presentar la demanda ante el Juez Civil del Circuito constituye apenas, según intepretación doctrinal del artículo 125 del C. C. A., una simple irregularidad que en manera alguna genera nulidad capaz de viciar el procedimiento, como que solamente los vicios que afecten el fondo de los trámites procesales o la efectividad del derecho de las partes son únicamente los que en su tiempo dejan de quedar o no quedan allanados por el silencio u oportuno reclamo de las partes. Las irregularidades adjetivas -palabras de la Corte Suprema de Justicia- lejos de generar nulidades, desaparecen jurídicamente, con la ejecutoria del auto o de la providencia que se dejó pasar inadvertidamente. Y este el caso de autos, como que en su tiempo, ni el señor Fiscal ni el Consejero de la ponencia anotaron la informalidad que se alega por el representante del Ministerio Público, para fundar

la excepción de ineptitud de la demanda; el fenómeno de la preclusión cumplió el efecto de allanar el defecto, informalidad o irregularidad de forma que el señor Fiscal puntualiza en su vista como fundamento para estimar inepta la demanda. No acepta el Consejo, en consecuencia, la tesis de la Fiscalía en relación con el punto cuestionado.

En cambio, comparte la Sala en su integridad la tesis de la Fiscalía en cuanto considera que el Consejo de Estado carece de competencia para conocer del negocio, porque, en síntesis, como se lee en la vista, "como lo que se ataca de nulidad en la demanda es un mandato del Decreto proferido por el Presidente de la República en uso de expresas facultades, resulta claro que del litigio en la forma planteada, vale decir, de la inconstitucionalidad del acto acusado, sólo puede conocer la H. Corte Suprema de Justicia".

Se explica:

El Consejo de Estado y con él la H. Corte Suprema de Justicia han sostenido reiteradamente "que cuando el decreto que se acusa por razones de inconstitucionalidad tiene por fundamento una ley, sin que el decreto se aparte de ella, no es posible entrar a examinar la inconstitucionalidad de éste' si nó se acusa al mismo tiempo la ley correspondiente". (Corte Suprema de Justicia -Sala Plena- Sentencia 13 de marzo de 1.941, - G. J. No. 1966, pág.700).

En el caso del proceso -como sucedió en el que dió lugar al aparte de la sentencia acabada de copiar- el decreto acusado "por razones de inconstitucionalidad", no tiene la simple calidad de decreto reglamentario; la materia del litigio se basa o deriva su fundamento, precisamente, de la autorización especial y expresa que le fue concedida al Gobierno mediante el decreto legislativo número 1781 de 1.954, por el cual, se repite "se faculta al Gobierno para suprimir cargos subalternos en la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público y crear cargos en la Rama Jurisdiccional".

Ahora bien: si a la vista del contenido de las disposiciones acusadas no puede sostenerse que ellas traspasan los límites del decreto legislativo -el que concedió la autorización- ni puede afirmarse que en alguna forma las normas acusadas lo contraríen o modifíquen hasta el punto de tornarse por sí solas en inconstitucionales, como que ni directa ni indirectamente violan los preceptos estatutarios citados en la demanda, forzoso es aceptar la tesis de la Fiscalía, en cuanto sostiene la incompetencia del Consejo para conocer del negocio.

Y no está demás advertir, que lo que se acaba de decir no puede implicar la consideración de que el Consejo trate de asumir una función que no le corresponde, cual sería la de juzgar de la constitucionalidad de las normas acusadas siendo que ellas han sido dictadas por el Gobierno, como viene dicho, en uso y desarrollo de las facultades especiales y expresas que le fueron concedi-

das; bien sabido es, y lo entiende la Sala claramente, que los decretos que dicte el Gobierno en uso de facultades especiales y expresadas, como ocurre en el caso controvertido, asumen el carácter de leyes, según mandato del ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional. Con los anteriores pasos quiere la Corporación, únicamente, confirmar la doctrina que ha venido sosteniendo en repetidos fallos consistente en que no apartándose la disposición que se acusa de la misma fuente, vale decir, del decreto-ley que concedió la autorización al Gobierno para legislar, no le es posible al Consejo estudiar lo relacionado con el cargo de inconstitucionalidad que se formula en el proceso. Si se tratara de un decreto reglamentario y se hubiera acusado una determinada norma por haber extralimitado el Gobierno la facultad reglamentaria, entonces no habría duda sobre la competencia del Consejo y hubiera procedido el estudio de fondo del negocio.

En síntesis, dado el planteamiento y finalidad del litigio, resulta claro que en el fondo no sólo se ataca el simple decreto del Gobierno sino la misma fuente o sea el decreto legislativo que concedió las autorizaciones; y esta circunstancia, por sí sola patentiza la incompetencia del Consejo para conocer del negocio. Así habrá de declararse en este fallo en un todo de acuerdo con el concepto fiscal.

* * *

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, en acuerdo con su Fiscal colaborador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, SE DECLARA INHIBIDO para conocer y resolver en el fondo las peticiones de la demanda con que se inició el presente Juicio.

Cópiese, notifíquese y oportunamente archívese el expediente.

Daniel Anzola Escobar.- Guillerno Novoa Rodríguez, Secretario.

DECRETOS DEL GOBIERNO.

TITULOS ODONTOLOGICOS Y FARMACEUTICOS. "LICENCIADOS O PERMITIDOS".

(Consejero Ponente: Dr. Manuel Buenahora).

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

Referencia: Nulidad del Decreto No. 1055 de marzo 31 de 1.954 originario del Ministerio de Salud Pública.
Actor: DIOGENES SEPULVEDA MEJIA.

En ejercicio del simple contencioso de anulación, el doctor Diógenes Sepúlveda Mejía solicita del Consejo las siguientes declaraciones:

«a) Que es nulo el parágrafo del artículo (11) once del Decreto Ejecutivo número 1055 de 1.954 (Marzo 31), 'por el cual se reglamentan los artículos 3º y siguientes del Decreto Extraordinario número 124 del año en curso', emanado del Ministerio de Salud Pública, y que al mismo tiempo lleva la firma del señor Ministro de Educación Nacional, Decreto que corre publicado en el número 28463 del Diario Oficial, de fecha 26 de abril de 1.954.

b) Que es igualmente nula la parte final del artículo (12) doce del mismo Decreto».

Apoya su demanda en los siguientes hechos:

«Los hechos en que se apoya esta demanda son los siguientes: El ejercicio de la profesión farmacéutica ha sido reglamentado en el país por diversas disposiciones legales, entre las cuales pueden citarse la del artículo 12 de la ley 83 de 1.914, que dispuso que 'para ejercer la profesión de Farmacéutico se requiere un título de idoneidad, expedido por dos médicos graduados y, además, la constancia de que el individuo ha practicado la farmacia en un establecimiento de notoria seriedad, por lo menos durante dos años'; y la del art. 59 de la ley 15 de 1.925, que determinó que 'después de tres años, a partir de la

vigencia de la presente ley, no podrán desempeñar el oficio o profesión de farmaceutas sino las personas que por sus estudios hayan obtenido el título de idoneidad expedido por una facultad oficial de Medicina, o las que presenten certificados jurados expedidos por tres médicos, en que se haga constar la competencia del farmacèutico'.

Con apoyo en tales disposiciones numerosos ciudadanos obtuvieron licencias y permisos para el ejercicio de la Farmacia en el territorio de la República, pues no se había creado la Facultad de Farmacia que fue establecida por el artículo 10 de la ley 11 de 1.927 y a cuyo mejor funcionamiento proveyó la ley 44 de 1.935.

En atención a la situación creada por la expedición de licencias y permisos para el ejercicio de la farmacia, al expedirse la mencionada Ley se reconoció en forma expresa el derecho que habían adquirido aquellos ciudadanos a ejercer su profesión, cuando en el artículo octavo se dispuso lo siguiente:

"Las licencias y permisos otorgados en virtud de leyes, decretos y resoluciones anteriores, *serán respetados y continuarán surtiendo sus efectos.* (Se subraya). El Gobierno determinará la forma de hacer la revisión de dichos permisos y licencias y procederá a retirarlos a quienes no los tuvieren ajustados a tales leyes, decretos y resoluciones. Cada revisión de permiso o de licencia tendrá un valor de diez pesos que se destinará por el Departamento Nacional de Higiene, única y exclusivamente, al fomento de la Policía Sanitaria Nacional".

En desarrollo de la anterior disposición el Gobierno dictó el Decreto Ejecutivo No. 1500 de 1.945, por el cual se reglamentó la revisión de las licencias y permisos expedidos por las autoridades con arreglo a las leyes, decretos y resoluciones anteriores que reconocieron a los farmacéuticos el derecho a ejercer su profesión en el territorio de la República.

Era esta la situación en que se hallaban las personas dedicadas al ejercicio de la farmacia, disfrutando de un status legal, por haber ajustado sus actividades a lo dispuesto por las normas existentes. A tal punto que al expedirse otra Ley sobre el particular, la 84 de 1.946, en forma expresa se dejó a salvo aquel derecho reconocido por la ley 44 de 1.935, en los siguientes términos:

"Ley 84 de 1.946. Artículo 1o. Desde la vigencia de la presente ley, solamente podrán ejercer la Farmacia en el territorio Nacional: ....b) Los farmacéuticos que tengan licencia o permiso revalidados de acuerdo con lo dispuesto por la ley 44 de 1.935 o por el De-

creto Ejecutivo 1500 de 1.945".

En estas circunstancias se dicta un nuevo Decreto, el marcado con el número 1.055, de 31 de marzo de este año, que con el pretexto de reglamentar los artículos 39 y siguientes del Decreto Extraordinario número 124 de 1.954, ordena cambiar las licencias expedidas por los 'modelos' que adopten las Juntas de Títulos Odontológicos y Farmacéuticos del Consejo Nacional de Prácticas Profesionales, dentro de un término especial, vencido el cual si no se hubiere hecho tal cambio o revisión de licencias y permisos, se cancelarán éstos, de oficio.

Pues bien: el Decreto 124 de 1.954 no contiene ninguna disposición en relación con los farmacéuticos licenciados, pues su objetivo primordial fué el de hacer mayores posibilidades para el ejercicio de la odontología y la farmacia, permitiéndolo a quienes venían ejerciendo o actuando sin licencia, durante un lapso de más de diez años, obtenerla, y dejando a salvo los derechos de aquellas personas que venían realizando su actividad profesional dentro de las normas legales existentes.

Basta examinar los considerandos del mencionado Decreto 124 para demostrar el anterior acerto. En efecto, en ellos se lee:

'Que el Decreto Extraordinario número 279 de 1953, circunscribió el ejercicio de la odontología y la farmacia a aquellas personas que hubieren obtenido título expedido por una Universidad reconocida por el Estado y a quienes se les hubiere otorgado licencia con anterioridad al 17 de febrero próximo pasado, fecha en que entró a regir tal Decreto.

Que con la aplicación estricta de tal norma quedan sin trabajo muchas personas, en su mayoría padres de familia, que por haber ejercido la profesión de dentistas o farmacéuticos por más de diez (10) años con buen éxito, tienen la aptitud suficiente para continuar actuando y a quienes no es justo ni humano privar del derecho de ganarse la vida, con las consecuentes repercusiones sociales.

Que corresponde al Gobierno Nacional tomar medidas encaminadas a poner término a la situación de hecho que se ha presentado, *autorizando el ejercicio de la farmacia y de la odontología* a quienes demuestren su aptitud profesional, en beneficio de la salud pública, y para evitar que gran número de municipios del país carezcan, por falta de odontólogos y farmacéuticos titulados, de tan elementales servicios.

Que las medidas que se adopten tienen por objeto

obtener que en el futuro solamente profesionales con título universitario ejerzan dentro de la República las profesiones de odontología y farmacia, dejando a salvo los derechos de quienes, por falta de una reglamentaciòn adecuada han venido ejerciendo hasta hoy tales profesiones.....'

Como puede observarse sin el menor esfuerzo, el objetivo buscado con la expedición del Decreto Extraordinario 124 de 1.954, no fué otro que el de permitir el ejercicio de la farmacia y de la odontología a quienes no se hallaban en posesión de las respectivas licencias, como lo expresan los considerandos transcritos antes. Pero el articulado del decreto no toca con los farmacéuticos y odontólogos en ejercicio, en virtud de licencias expedidas con anterioridad, y se limita desde su artículo tercero a reconocer el derecho a ejercer con el carácter de 'permitidos' a quienes comprueben haberlo hecho con honorabilidad, competencia y consagración, durante un período no menor de diez años (10) contados hacia atrás, desde el diez y siete de febrero del presente año.

Auncuando en uno de dichos considerandos se asevera que el Decreto extraordinario número 279 de 1.953, circunscribió el ejercicio de la odontología y la farmacia a los titulados o licenciados con anterioridad al 17 de febrero de 1.954, es lo cierto que tal Decreto se refiere exclusivamente al ejercicio de la medicina y odontología y en parte alguna a la farmacia. No obstante, es evidente que el propósito del Decreto 124 está claramente expuesto en los considerandos que se han copiado atrás.

Si, como queda expresado, el Decreto Extraordinario 124 de 1.954, no contiene ninguna disposiciòn referente a los farmacéuticos licenciados, es fácil concluir que el parágrafo del artículo once del Decreto Ejecutivo 1055, cuya nulidad se solicita, carece de apoyo legal, pues no solamente no reglamenta ninguna norma del Decreto 124, sino que, al contrario, pugna abiertamente con preceptos legales vigentes. La exigencia de acomodar las licencias ya expedidas a los nuevos modelos que adopten las respectivas juntas, es un mandato que no dice relación a ninguna de las disposiciones del Decreto 124 de 1.954. Por el contrario, cuando el artículo 1º. expresa que una de las funciones del Consejo Nacional de Práctica Profesional, letra g), es la de 'velar por el estricto cumplimiento de la legislación que regula el ejercicio de las profesiones y oficios a que se refiere el aparte b), cancelando los títulos, licencias o permisos otorgados, cuando se compruebe que de ellos se hace mal uso, por extralimitación o incompetencia de las personas que los poseen, implícitamente está diciendo que no pueden ser canceladas las licencias por

no someterse a una revisión que no autoriza el Decreto 124, pues solamente se contempla como causal para esa cancelación el mal uso que se haga de los títulos, licencias y permisos, por extralimitación o incompetencia de los profesionales.

Por la misma razón es improcedente exigir, como lo hace el artículo 12 del Decreto 1055, en su parte final, que los licenciados y permitidos, como dentistas y farmacéuticos, empleen obligatoriamente el título o licencia que les hayan otorgado las Juntas de Títulos Odontológicos y Farmacéuticos, si esos títulos y licencias fueron expedidos mucho antes de que existieran tales organismos. Quienes han sido investidos de un status legal no pueden ser privados de su derecho sino en virtud de causales contempladas por las mismas leyes que los han reconocido. Con el mismo criterio, podría exigirse el cambio de los títulos concedidos a todos los demás profesionales del país, por nuevos modelos que se adopten, so pena de cancelarlos si no se sometieren a una nueva revisión.»

Se señalan como disposiciones violadas:

«Art. 8o. de la ley 44 de 1.935; Art. 1o. de la ley 84 de 1.946, letra b); Art. 1o. del Decreto extraordinario No. 124 de 1.945 (entiéndase 1.954), letra g) y Art. 115 de la Constitución Nacional, ordinal 3o.»

CONCEPTO FISCAL

Después de un detenido estudio del caso, el señor Fiscal 2o. de la Corporación conceptúa que debe accederse a la petición de nulidad del parágrafo del art. 11 y negarse la petición relacionada con la parte final del art. 12.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1) - Sintetizando el concepto de la violación expresado por el demandante, puede decirse que son dos los cargos que se formulan contra las disposiciones acusadas: a) Que por ser el Decreto 1055 de 1.954 simplemente reglamentario, al expedirlo el Ejecutivo se excedió en la potestad que consagra el numeral 3o. del art. 120 de la C. N.; b) Que habiendo consagrado las leyes 44 de 1.935; 84 de 1.946 y el art. 1o. del Decreto Extraordinario 124 de 1.954, el derecho que asiste a los tenedores de licencias y permisos obtenidos con anterioridad, a que dichas licencias y permisos les sean respetados, la norma que consagra el cambio de modelos es violatoria de las primeramente citadas. Es decir, que aparte de la tacha sobre exce-

so de la potestad reglamentaria, la otra que se formula contra el decreto 1055 de 1.954 es la de ilegalidad.

2) - El ejercicio de las profesiones de odontología y farmacia ha sido objeto de una copiosa legislación durante los últimos años y a través de ella se ve patente la intención tanto del legislador como del Gobierno de dar aplicación exacta a los principios constitucionales y legales que informan la materia. Conforme a estos, si bien toda persona es libre de escoger profesión u oficio, la ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones (Art. 39 C. Cn.); y si bien se garantizan los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles, cuando se trata de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pùblica o de interés social y en ella resultaren en conflicto los derechos particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social (art. 30 ibídem). Los anteriores principios se hallan también consignados en el art. 28 de la ley 153 de 1.887 en donde, a pesar de reconocerse que "todo derecho real adquirido bajo el imperio de una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra," se reconoce igualmente que en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley."

En el caso que hoy ocupa la Sala es evidente que, como lo dice el actor, las leyes 44 de 1.935, 84 de 1.946 y el propio Decreto extraordinario 124 de 1.954, reconocen la validez de las licencias y permisos otorgados con anterioridad al decreto 1055 del mismo año, pero ello no quiere decir ni que por medio de una ley o decreto con fuerza de ley no se pueda proceder a reglamentar el ejercicio de las profesiones a que tales permisos y licencias se refieren, ni que si de la aplicación de las normas que las reglamentan resultaren en conflicto los intereses privados con la utilidad pública o el interés social, no deban aquellos ceder ante estos. Muchísimo menos podría afirmarse que tales profesiones, en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a la extinción del derecho para ejercerlas, no esten sometidos a la nueva ley.

3). Considera el demandante que el decreto 1055 de 1.954, al que pertenecen las disposiciones acusadas, es simplemente reglamentario del extraordinario No. 124 del mismo año, y que por no contener este ninguna disposición relacionada con los farmacèuticos licenciados, debe concluírse que no solamente excede la potestad reglamentaria sino que pugna abiertamente con él y con las demás disposiciones legales citadas atrás.

No comparte la Sala la afirmación básica de la demanda, o sea que se trata de un simple decreto reglamentario expedido en desarrollo de la potestad de que trata el ord. 3o. del Art. 120 de la C. N., porque si bien es cierto que en el encabezamiento dado al decreto 1055 se dice que por él se reglamentan los artículos 3º y siguientes del decreto extraordinario 124 de 1.954, no es menos cierto:

Primero: Que dentro de los artículos siguientes al tercero se encuentra el 25 que dice textualmente lo siguiente:

> «Art. 25.- Queda facultado el Gobierno Nacional para que por medio de Decreto reglamente las ramas auxiliares de la medicina, tales como la fisioterapia, la optometría y el oficio de enfermeros».

De esta suerte, es apenas natural afirmar que cuando el Gobierno dijo reglamentar los artículos 3º y siguientes del decreto extraordinario 124 citado, quiso también referirse al transcrito, que lo faculta en términos amplísimos para reglamentar las ramas auxiliares de la medicina entre las que se encuentran, a no dudarlo, las de odontología y farmacia. (Véase certificado de la Academia Nacional de Medicina f. 30).

Segundo: Que en el mismo encabezamiento del decreto acusado se dijo textualmente: "El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades legales, ..." con lo cual se está diciendo que para expedir tal acto se hacía uso de facultades que le habían sido conferidas anteriormente por ley especial y que si hubiera querido usar la simple potestad reglamentaria así lo hubiera expresado, sin que sobre advertir que la potestad reglamentaria es de carácter constitucional y no legal.

En esta forma se deduce que teniendo el Gobierno autorizaciones tan especiales para reglamentar las profesiones auxiliares de la medicina, reglamentación que incluye tambien la forma de hacer la revisión de las licencias expedidas con anterioridad, es lógico suponer que aun cuando al expedir el decreto acusado no mencionó expresamente tales facultades, sí estaba haciendo uso de ellas. La misma afirmación del demandante lleva a esta conclusión, pues si, como lo dice, el decreto 124 no contiene disposición alguna relacionada con las licencias antiguas, a pesar de lo cual el decreto reglamentario ordena su cambio por nuevos modelos, ello está indicado que en su expedición se quiso hacer uso de las facultades especiales de que el Gobierno estaba investido.

Siendo ello así, no puede decirse que al decreto 1055 pueda atribuírsele solamente naturaleza de acto reglamentario, es decir, de aquellos expedidos por el Ejecutivo en ejercicio de la potestad que le confiere el art. 120 de la Carta y en los cuales, como es bien sabido, debe limitarse a estatuír los detalles encaminados a darle eficacia práctica a la norma que aspiran a desarrollar. Dicho decreto reglamenta, es verdad, las profesiones auxiliares de la medicina; mas dicha reglamentación fué expedida en ejercicio de atribuciones especiales, lo que vale decir que sus normas tienen fuerza de ley, capaces de modificar las de su misma categoría y que, por lo mismo, no es pertinente acusarlo por exceso o abuso de la potestad reglamentaria.

Lo anterior sería suficiente para negar las peticiones de la de-

manda ya que si al decreto acusado le asiste fuerza de ley y sus disposiciones pueden modificar o derogar las preexistentes sobre la materia, la única limitación que puede imponérsele es la de orden constitucional. Pero ya quedó visto cómo la Carta permite a la ley exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones, y cómo por la utilidad pública y el interés social que se evidencian en el ejercicio de la odontología y la farmacia, se establece el primado del interés colectivo sobre el particular.

4).- Sin embargo la Sala desea aceptar, por vía de hipótesis, que el decreto 1055, tiene la naturaleza simplemente reglamentaria que le atribuye el actor. Pero tampoco en este evento prosperaría la acusación.

ARTICULO 11-DECRETO 1055 DE 1.954

En efecto:

«a) Constituye principio de interpretación el que el contexto de la ley servirá para ilustrar cada una de sus partes (art. 30 C. C.), de suerte que las disposiciones de los artículos 3o. y siguientes del decreto extraordinario 124 citado, deben interpretarse en armonía con lo dispuesto en los artículos 1o. y 2o. del mismo decreto. Al tenor de los numerales c) y d) del primero, el Consejo Nacional de Práctica Profesional, tiene las siguientes funciones:

c) Autorizar por medio de Acuerdos o Resoluciones, la práctica profesional a aquellas personas que presenten títulos de idoneidad expedidos de conformidad con las normas vigentes y que hubieren llenado los requisitos que las leyes, decretos o resoluciones exigen para cada caso.

d) Conceder permisos para el ejercicio de las profesiones u oficios auxiliares de la medicina y la odontología, tales como la enfermería, la fisioterapia, etc. previa comprobación por parte de los interesados, de la idoneidad correspondiente».

De conformidad con la autorización del aparte c), el Consejo Nacional de Práctica Profesional debe autorizar el ejercicio profesional a quienes ya tienen título de idoneidad, y se refiere por igual tanto a los títulos expedidos por Universidad, como a los títulos, permisos y licencias expedidos anteriormente a quienes no cursaron estudios universitarios. Lo anterior porque conforme a normas anteriores, entre ellas las del decreto extraordinario 279 de 1953, que no han sido tampoco derogadas, "todos los títulos deberán ser aprobados por la Junta de Títulos correspondiente, y además, ser registrados en la Dirección departamental", de donde se deduce que para el ejercicio profesional no basta el título o licencia, así sea universitario, sino que se hace necesario igualmente obtener la apro-

bación de la Junta correspondiente y su registro en la Dirección de Higiene.

Si como se vé, la anterior disposición no excluye de la aprobación por el Consejo Nacional ni siquiera los títulos universitarios, y somete aún a los graduados al requisito de obtener una resolución que los autorice para ejercer, con mayor razón puede afirmarse que quienes solamente exhiben un permiso o licencia, no están menos obligados que aquellos, al cumplimiento de tales requisitos.

De conformidad con la autorización del aparte d) el Consejo Nacional puede conceder nuevos permisos para el ejercicio de las profesiones auxiliares de la medicina y la odontología.

Pero del texto de las dos autorizaciones transcritas se ve claro que el decreto 124, al referirse en general a "títulos de idoneidad" sin distinguir entre títulos universitarios y licencias, quiso referirse en la primera de ellas a los títulos y licencias expedidos con anterioridad a él, y en la segunda a los que se expidieron con posterioridad a su fecha.

Lo anterior significa que el referido decreto extraordinario sí contiene disposiciones relacionadas con los poseedores de licencias o permisos anteriores, con lo cual cae por su base la afirmación de que el decreto extraordinario reglamentado no se refiere para nada a tales permisos o licencias.

Por lo demás no se concibe cómo un simple acto reglamentario de los artículos 3º y siguientes del decreto extraordinario 124, pudiera desconocer las disposiciones de los dos primeros artículos del mismo decreto formando, como lo hacen todos ellos, un solo estatuto encaminado a reglamentar una misma materia.

b) Podría afirmarse que si bien las autorizaciones transcritas facultan al Consejo Nacional para autorizar el ejercicio profesional a quienes exhiben títulos o licencias de idoneidad, dichas autorizaciones no lo facultan para ordenar el cambio de modelos ni para restringir dicho ejercicio a un solo municipio.

Pero contra esta afirmación se levanta el artículo 10 del mismo decreto extraordinario reglamentado, que a continuación se transcribe:

> «Art. 10. Los permisos que se conceden de conformidad con el presente decreto, facultan para ejercer únicamente en el municipio o corregimiento de la vecindad actual del interesado o en las poblaciones en donde no existan dentistas o farmacéuticos titulados. En este caso, el interesado debe citar previamente en su memorial la población en donde desee ejercer su profesión, acreditando, mediante un certificado de la autoridad sanitaria correspondiente, que allí no existen dentistas o farmacéuticos titulados».

Una interpretación superficial del anterior artículo, sin relacionarlo con los demás que forman el texto íntegro del decreto extraordinario reglamentado, ni con los considerandos que le preceden y que son los que con mayor autoridad muestran la intención que animaba al ejecutivo al dictarlo, podría hacer creer que se refiere tan solo a los permisos nuevos que se concedieran desde la fecha de su expedición en adelante. Sin embargo, relacionándolo con tales considerandos y tomando en cuenta las circunstancias que le precedieron se llega a la clara conclusión de que con él se quiso limitar el ejercicio profesional de los no graduados a los municipios de su vecindad actual o a aquellos que carecen de profesionales titulados en la universidad.

En realidad, debe recordarse en primer término, que en uso de sus facultades extraordinarias, el ejecutivo quería dar a las profesiones de odontología y farmacia una reglamentación que sin privar de trabajo a "muchas personas, en su mayoría padres de familia" y "para evitar que gran número de municipios del país carezcan, ... de tan elementales servicios", tuviera por objeto "Obtener que en lo futuro solamente profesionales con título universitario ejerzan dentro de la República las profesiones de odontología y farmacia", con lo cual se está diciendo claramente que se buscaba una conciliación entre los intereses de las personas que por no tener título universitario podían quedar sin trabajo, y los legítimos de quienes por haberlo obtenido tenían mejor derecho que aquellos para ejercer en el territorio nacional. Ni puede tampoco olvidarse la consideración que precede al decreto y conforme a la cual se quería dejar "a salvo los derechos de quienes por *por falta de una reglamentación adecuada* han venido ejerciendo hasta hoy tales profesiones", lo que significa que se quiso reglamentar el ejercicio profesional de quienes poseían permisos antiguos.

Que esta es la interpretación justa del artículo transcrito lo demuestra el hecho de que si se le diera la de que en su virtud, los no titulados pueden ejercer en todo el territorio nacional, querría ello decir que se les estaba colocando en igualdad de condiciones con quienes, por haber hecho estudios académicos y reglamentarios, prestan al público mejores garantías de idoneidad, sin que el país hubiera avanzado nada, ni obtenido beneficio alguno con la creación de las facultades de odontológía y farmacia; que el estudio de estas profesiones se había hecho innecesario; que el estado había sacrificado la salud colectiva ante el beneficio de unos pocos y que, por lo mismo, había dejado de cumplir el mandato constitucional de que, enfrentados los derechos particulares con la necesidad pública o el interès social, aquellos deben ceder ante éstos.

Y que tal conciliación de intereses se produjo lo demuestra la circunstancia de que conforme al artículo transcrito, a los poseedores de licencias antiguas se les permite el ejercicio profesional en los municipios de su vecindad actual y en aquellos que carezcan

de profesionales universitarios. En esta forma se deja a salvo el derecho a trabajar que asiste a los primeros, se atiende a las necesidades de todos los municipios del país, se procura una cada vez mejor prestación del servicio público y se hace una clara y justa distinción entre tales trabajadores y quienes, por su preparación, están más capacitados para atender una necesidad social.

Por lo expuesto se llega a la conclusión de que aún considerando el decreto 1055 como expedido en uso de la facultad reglaglamentaria, como emanación directa del Organo Ejecutivo y no en ejercicio de atribuciones especiales, no puede afirmarse que el parágrafo acusado haya excedido dicha facultad al ordenar el cambio de modelos.

PARTE FINAL DEL ARTICULO 12

En cuanto a la parte final del artículo 12 transcrito atrás, objeto de la segunda petición de la demanda, se observa:

El referido artículo contiene dos partes a saber: la primera por medio de la cual se ordena que "solamente podrán usar el título de "doctor" o de "odontólogo", en la propaganda escrita o hablada, en las placas de sus consultorios y en los membretes de sus formularios, quienes lo hayan obtenido en una Universidad reconocida por el Estado", y la segunda por medio de la cual se impone a "licenciados y permitidos" como dentistas y farmacéuticos, la obligación de usar solamente el título que les hayan otorgado u otorguen las Juntas correspondientes. De esta orden que si bien no está contenida en forma expresa en el Decreto 124, objeto de la reglamentación, no puede decirse en realidad que sobrepase los límites señalados por éste ni que viole ninguna de las disposiciones legales anteriores que permitían a tales "licenciados y permitidos" el ejercicio de su profesión.

No viola el Decreto 124 porque el espíritu de éste no ha sido el de dar a tales individuos el título de "doctor" sino sencillamente el de permitirles continuar ejerciendo un oficio, el de no privarles de un modo especial de subsistencia, el de no causarles daño, nunca el de equipararlos con quienes por haber hecho sus estudios académicos reciben de la Universidad Nacional un título que los acredite como "doctos", o lo que es lo mismo, como doctores en su ramo. Por el contrario, de los considerandos de dicho decreto se deduce que su intención es la de obtener que en el futuro solamente puedan ejercer esta delicada profesión que tanto se relaciona con la salud pública, personas con título universitario y que si se permite dicho ejercicio a quienes no lo poseen, ello es debido, de manera exclusiva, al afán de no dejar "sin trabajo a muchas personas".

Tampoco viola esta norma las demás disposiciones señaladas por el demandante porque en ninguna de ellas se faculta a los "si-

cenciados y permitidos" para usar el título de doctor, ni por ellas se les confiere este calificativo en forma que pudiera decirse que tienen adquirido ese derecho.

En cuanto a la obligación de usar el título que les hayan otorgado u otorguen las respectivas Juntas, es la consecuencia natural de la distinción que el Decreto Extraordinario 124 y las demás leyes reglamentarias de tales profesiones hacen entre quienes terminan estudios académicos y quienes solamente poseen práctica profesional. En esta norma va implícita la defensa del bien colectivo. Se encamina a que el público sepa de antemano qué profesionales le prestan mejores garantías de idoneidad y tiende igualmente a evitar que por medio de la propaganda se hagan pasar por doctores quienes son solamente "licenciados o permitidos".

Es así como tampoco por este concepto la demanda puede prosperar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto de su Fiscal colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NIEGA las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

José Enrique Arboleda V., Daniel Anzola Escobar, Manuel Buenahora, Ildefonso Méndez, Rafael Marriaga, Antonio José Prieto Rafael Rueda Briceño.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario

DECRETOS DEL GOBIERNO

ACTO SIMPLE O COMPLEJO. EL ACTOR DEBE SEÑALAR LAS DISPOSICIONES DE ORDEN SUPERIOR QUE ESTIMA HAN SIDO VIOLADAS. CASOS DE OFICIALES RETIRADOS DEL EJERCITO.

(Magistrado ponente: Dr. Ildefonso Méndez)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotà, diez y siete de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

El abogado JORGE E. GUTIERREZ ANZOLA, mayor de edad y de este vecindario, en su condición de apoderado especial del Teniente Coronel, en retiro, JUAN A. SARMIENTO, también mayor y con domicilio en esta ciudad, agitando la acción contenciosa de PLENA JURISDICCION, solicita a esta entidad que mediante los trámites regulares del caso haga las siguientes manifestaciones jurisdiccionales:

> «1o).- Qué el Decreto 1126 de 1.952 (mayo 7), por el cual se modificó la situación de retiro del Ejército, del Teniente Coronel JUAN A. SARMIENTO, es violatorio de la Ley y por lo tanto no tiene validez jurídica, debiendo ser anulado;
>
> 2o).- Que el Gobierno debe dictar la medida legal correspondiente, o sea el Decreto de ascenso del Teniente Coronel JUAN A. SARMIENTO al grado de Coronel, y para todos los efectos con retroactividad al 1o. de junio de 1.947, fecha en la cual el Teniente-Coronel JUAN A. SARMIENTO adquirió el derecho a dicho ascenso;
>
> 3o).- Que debe reconocerse y pagarse al Teniente Coronel JUAN A. SARMIENTO, todos los valores que ha dejado de percibir por concepto de sueldos, primas, y demás prestaciones que fije la Ley, durante todo el tiempo que ha dejado de hacerlo y dentro de las asignaciones fijadas al grado de Teniente-Coronel hasta el 1o. de junio de 1.947 y al grado de Coronel a partir de esa fecha».

La demanda se apoya en estos hechos:

«1º).- Con fecha 28 de julio de 1.944 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1773 cuyo texto es el siguiente:

DECRETO NUMERO 1773 DE 1.944 (JULIO 28) por el cual se retira del servicio activo a varios Oficiales de las Fuerzas Militares.

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA,

en uso de sus facultades legales,

DECRETA:

ARTICULO UNICO.- Previa continuidad de alta en la Sección de Caja y Pagaduría del Departamento de Control y Contabilidad del Ministerio de Guerra, por el término de tres (3) meses, a partir del primero (1º.) de agosto de este año, para la formación de las correspondientes hojas de servicios militares, retírase del servicio activo de las Fuerzas Militares, en forma temporal, a los siguientes Oficiales:

Ejército Terrestre - Combatientes. Coronel Néstor Mesa P., Comandante de la Escuela de Ingenieros;

Teniente Coronel: JUAN A. SARMIENTO., de la sección de Oficiales Agregados del Departamento de Personal del Ministerio de Guerra; Mayor Luis A. Castillo R., Oficial de Detalle del grupo de caballería número 3, Cabal y

Mayor Ricardo Rosero E., de la Escuela Superior de Guerra y Fuerza Aérea. Navegante. Teniente Coronel Jesús M. Garcia B., del Estado Mayor General.

COMUNIQUESE Y PUBLIQUESE.

Dado en Bogotá, a 28 de julio de 1.944.

ALFONSO LOPEZ.

El Ministro de Guerra, DOMINGO ESPINEL, General.

2º).- El Comando de la Brigada de Institutos Militares por sentencia de 16 de agosto de 1.944 condenó al Teniente Coronel JUAN A. SARMIENTO a la pena de dos años y seis meses de prisión militar, a la pérdida de los grados, honores, prestaciones y expulsión del Ejército.

El Gobierno Nacional por Decreto 1996 de 1.944 (agosto 18) dispuso, como consecuencia del fallo de la Brigada de Institutos Militares:

«DECRETO NUMERO 1996 DE 1.944 (AGOSTO 18)

Por el cual se separa en forma absoluta del Ejército a unos Oficiales.

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA,

en uso de sus Facultades Legales,

D E C R E T A :

ARTICULO 1o.- De conformidad con el artículo 49 del Decreto 1123 de 1.942, y en desarrollo del Decreto No. 1640 del presente año, sepáranse en forma absoluta del Ejército, por sentencia condenatoria de la Justicia Militar, a los siguientes Oficiales:

Teniente Coronel: JUAN A. SARMIENTO, Mayor José F. Martínez S., Capitán Olegario Camacho R., y Tenientes: Lizardo Pérez Ch., Julio Cuéllar R., Ernesto Jaramillo G., y José Mendoza G.

ARTICULO 2o.- Los términos del artículo que precede, en cuanto se relacionan con el Teniente—Coronel JUAN A. SARMIENTO, sustituyen los pertinentes del Decreto No. 1773 de este año, por el cual se había retirado temporalmente del servicio activo a dicho Oficial, entre otros, por llamamiento a calificar servicios.

ARTICULO 3o.- El presente Decreto surtirá efectos fiscales a partir de la fecha de su sanción.

COMUNIQUESE Y PUBLIQUESE.

Dado en Bogotá a 18 de agosto de 1.944.

ALFONSO LOPEZ.

El Ministro de Guerra. DOMINGO ESPINEL, General.

3o.- Por sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia de 28 de marzo de 1.952, se invalidó el fallo de 16 de agosto de 1.944, proferido por el Comando de la Brigada de Institutos Militares, en la parte que condenó al Teniente Coronel JUAN A. SARMIENTO y en su lugar lo absolvió de los cargos porque se le juzgó y sentenció. Como consecuencia de lo anterior el Gobierno Nacional dictó el Decreto 1126 de 1.952 (mayo 7) en el cual se ordenó:

"DECRETO NUMERO 1126 DE 1.952 (MAYO 7)

Por el cual se modifica la situación de retiro de un

Oficial del Ejército, en el ramo de Guerra.

EL DESIGNADO, ENCARGADO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.

en uso de sus Facultades Legales, y

CONSIDERANDO:

Que por sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia de fecha veintiocho (28) de marzo de mil novecientos cincuenta y dos (1.952) se invalidó el fallo de diez y seis (16) de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro (1.944), proferido por el Comando de la Brigada de Institutos Militares, en la parte que condenó al señor Teniente Coronel JUAN A. SARMIENTO y en su lugar lo absolvió de los cargos porque se le juzgó y sentenció,

DECRETA:

ARTICULO UNICO.- Modifícase la situación de retiro absoluto de las Fuerzas Militares del Teniente—Coronel JUAN A. SARMIENTO dispuesta por el Decreto No. 1996 de 1.944, por la de retiro temporal ordenada, para dicho Oficial, por el Decreto No. 1773 de 28 de julio de 1.944.

Dado en Bogotá a 7 de mayo de 1.952.

Ministro de Guerra. (Fdo.) ROBERTO URDANETA ARBELAEZ».

Al expresar el doctor GUTIERREZ ANZOLA las disposiciones que estima violadas con el acto acusado y el concepto de su transgresión, dice:

«1o.).- Como puede observarse la situación conforme al Decreto 1773 de 1.944, fue la de llamar al Coronel a calificar servicios, por medio del retiro temporal del Ejército. Dicho Decreto no tuvo efectividad alguna porque con fecha 18 de agosto del mismo año, fue derogado por medio del 1996, según el cual se le retiró en forma absoluta.

Habiendo sido ahora dictada la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, por la cual se invalidó el fallo de 16 de agosto de 1.944, se provocó el retiro absoluto y la derogatoria del Decreto que llamó al Coronel Sarmiento a calificar servicios, por medio del Decreto 1126 del presente año, se da nuevamente vigor al Decreto 1773 de 1.944, sin reproducirlo, sino por medio de una simple referencia.

Conforme a lo ordenado por el Art. 14 de la Ley 153 de 1.887, "UNA LEY DEROGADA NO REVIVIRA POR SOLAS LAS REFERENCIAS QUE A ELLA SE HAGAN, NI POR HABER SIDO ABOLIDA LA LEY QUE LA DEROGO. UNA DISPOSICION DEROGADA SOLO RECOBRARA SU FUERZA EN LA FORMA EN QUE APAREZCA REPRODUCIDA EN UNA NUEVA LEY".

En consecuencia, como lo que hace el Decreto 1126 de 1.952, es derogar el Decreto que ordenó el retiro en forma absoluta, por ese solo hecho no se puede revivir el Decreto 1773 de 1.944, por prohibición terminante del Art. 14 de la Ley 153 de 1.887.

Habría pues necesidad de reproducirlo, y en tal forma el retiro sólo puede producirse a partir de la fecha de ese Decreto que lo reproduzca; tal es el fundamento jurídico del primer punto de lo demandado.

2o). Como el Decreto 1773 de 1.944, que ordenó el retiro temporal, fué derogado por el Decreto 1996 de 1.944, que lo retiró en forma absoluta teniendo como base la sentencia condenatoria del Comando de la Brigada de Institutos Militares, pero esta sentencia fue anulada por la H. Corte Suprema de Justicia, tenemos como consecuencia que el Teniente-Coronel JUAN A. SARMIENTO no ha sido retirado del Ejército legalmente y por consiguiente continúa en servicio mientras no se dicte el Decreto que ordene su retiro temporal. Ahora bien, durante ese tiempo el Teniente-Coronel SARMIENTO adquirió el derecho a ser ascendido a Coronel, conforme pasamos a demostrarlo:

Según la ley 2ª. de 1.945, el tiempo mínimo de servicio en el grado de Teniente-Coronel es de cuatro años; el ascenso a Teniente-Coronel, se hizo por decreto 1057 de 1.943 (29 de mayo), con efectos fiscales a partir del 1o de junio de ese misma año, luego el 1o de junio de 1.947, el Teniente-Coronel JUAN A. SARMIENTO, cumplió el tiempo para el ascenso.

La Ley Militar exige además ciertos requisitos que el militar debe cumplir dentro de todo grado para obtener el ascenso al grado siguiente; los requisitos en el grado de Teniente Coronel conforme al artículo 4o. de la Ley 82 de 1.947, son los siguiente:

ARTICULO 4o.- Para ascender a Coronel, o su equivalente, en las Fuerzas Militares, en la clase de combatientes y de Intendencias, además de los requisitos anteriormente establecidos, será condición indispensable ser aprobado por la Junta Asesora de Ascensos en la tesis que deberá desarrollar sobre tema militar impuesto por el Estado Mayor General.

Que el Teniente-Coronel JUAN A. SARMIENTO llenó esos requisitos lo demuestra el hecho de su ascenso a ese grado; en su hoja de vida en poder del Ministerio de Guerra, en la sección correspondiente, figura el hecho de haber realizado los estudios de Escuela Superior de Guerra y haber prestado los servicios en Intendencias y Comisarías. Reunidos los requisitos de tiempo de servicio y capacitaciòn, existe el derecho al ascenso a Coronel, en la fecha en que definió tal derecho, o sea, el 1º de junio de 1.947.

Conforme a los artículos 166 y 169 de la Constitución Nacional; se establece lo siguiente:

"ARTICULO 166.- La Nación tendrá para su defensa un Ejército permanente, la Ley determinará el sistema de reemplazos del Ejército, asi como los ascensos, derechos y obligaciones de los Militares."

Los Artículos 9 y 10 de la Ley 2ª de 1.945, determinan:

"ARTICULO 9º.- Los nombramientos y ascensos de los Oficiales del Ejército se hacen por el Gobierno, de acuerdo con las disposiciones de la presente Ley.

ARTICULO 10.- Para ascender en el Ejército se requiere un tiempo mínimo de servicio en cada grado y la comprobación de condiciones morales, intelectuales y físicas, como requisitos comunes a todos los Oficiales, sea cualquiera jerarquía, clasificación o especialidad."

Puesto que el Teniente-Coronel JUAN A. SARMIENTO se encuentra dentro de las condiciones establecidas en la Ley, por haberlas cumplido y estando tutelado su derecho por la Constitución y las leyes debe reconocérsele en la forma pedida.

Queda pues fundamentado el segundo punto de la demanda.

El tercer punto es consecuencial al anterior.

Posteriormente, el Teniente Coronel SARMIENTO, en forma directa, y en alegato distinto del de conclusión presentado por su apoderado, sostiene que el Decreto 1773 (que lo retiró temporalmente del EJERCITO TERRESTE, y del cual se colige que el señor Presidente de la Repùblica, en su carácter de Comandante Supremo de las Fuerzas militares, usó la facultad administrativa discrecional que tiene para hacerlo, por tener dicho militar el tiempo de servicios cumplido), no fué un acto independiente del Decreto 1996 (que lo separa absolutamente y en acatamiento de una sentencia que lo condenó por los conocidos sucesos acaecidos en Pasto el 10 de julio de 1.944) sino una

medida disciplinaria, transitoria y preventiva, mientras la justicia penal militar decidía su situación definitiva, como posible interviniente en los referidos acontecimientos, esto es, que tal providencia hace parte -siendo su primer eslabón- de una sola operación jurídico-administrativa; y por ende, que el Decreto 1126, acusado, es nulo, al no acatar con todas sus consecuencias la sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia, proferida con fecha 28 de marzo de 1.950, que lo absolvió de los cargos por los cuales fuè procesado, ya que se limitó a restablecerlo al estado en que lo colocó el Decreto 1773 cuando ha debido hacerlo al que tenía antes de haberse tomado esa medida precautelar. En este orden de ideas, sostiene el Teniente Coronel SARMIENTO que el Decreto 1126 es nulo, "ya que:

a) Incide sobre la cosa juzgada, creando un nuevo Debate procesal.

b) Retrotrae la situación a una etapa superada del proceso administrativo - judicial de que fuí objeto;

c) Extralimita las funciones del ejecutivo que no tenía ya facultad para situar el proceso en una de esas etapas iniciales, sino para darle cumplimiento integral al fallo definitivo e inapelable ya de la Honorable Corte, cuya consecuencia es mi reincorporación al servicio activo del Ejército, con el ascenso a que tendría derecho, de no haberse producido ninguna de las medidas provisionales que el fallo de la Honorable Corte declaró sin efectos;

d) Deja sin ningún efecto y antes contradice, la sentencia de la Honorable Corte. Esta colisión, debe decidirse como es obvio en favor de la rama jurisdiccional que decidió la controversia definitivamente y cuya intervención, limitó la función ejecutiva al simple cumplimiento y ejecución del fallo y de todas sus consecuencias anexas."

El Fiscal colaborador pide que se nieguen las súplicas de la demanda, así:

«Fuera del Diario Oficial en que se halla publicado el Decreto acusado y que el demandante acompañó a su demanda, ningún otro medio de convicción adujo durante el término probatorio; y bien sabido es que conforme a conocidos principios de derecho probatorio, la carga de la prueba en todo juicio corresponde al actor, y que si èste no demuestra los hechos generadores de su derecho, el demandado debe ser absuelto, de acuerdo con el viejo aforismo *non probante, reus adsolvitur*. Por consiguiente, si el demandante en este juicio no demostró los hechos fundamentales en que apoya sus pretensiones, es claro que las súplicas de su demanda deben ser negadas.»

Agotado el procedimiento y no observándose causal alguna de nulidad, procede la Sala a fallar la contención, lo que hace mediante las consideraciones que en seguida se puntualizan:

Gobiernan la técnica procesal contencioso-administrativa, en lo pertinente, los siguientes principios:

a) El demandate por imperativo legal, debe señalar las disposiciones de orden superior que estima han sido violadas por el acto (simple o complejo -operación juridico administrativa-), hecho u operación material administrativa que acusa y dar -salvo en las acciones por daños con ocasión de trabajos públicos- el concepto de su violación, fijando en consecuencia un marco al juzgador para estudiar y resolver la demanda. Una simple lectura del articulo 84, numeral 4º., de la Ley 167 de 1.941, es suficiente para llegar a esta conclusión.

> «ARTICULO 84. - Toda demanda ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo deberá dirigirse al Tribunal competente, y contendrá:
>
> .....
>
> 4º. La expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación.»

Por lo demás, ésta ha sido siempre doctrina nunca desmentida por la Corporación:

> «La facultad discrecional que asiste al demandante en "la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación", que es una de las formalidades que debe reunir toda demanda ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está jurídicamente condicionada, para la prosperidad de la acción, a la procedencia de las citas que haga y a la juridicidad de la interpretación que de ellas exponga el actor, porque debiendo declarar la sentencia si el acto acusado viola o no tales disposiciones en su recto sentido, no podría ella fundarse en consideraciones de textos que no sean atinentes, o cuya interpretación y aplicación estén atribuídos por la ley a otra competencia, ni en ninguna norma que no haya sido expresa y precisamente citada en la demanda, por no ser oficiosa sino rogada la justicia que se imparte por esta jurisdicción.» (Auto de 26 de enero de 1.949. Actores Miguel y Mariana Tobón de Cardona y Clementina Tobón Gaviria. Consejero Ponente: Dr. Pedro Gómez Parra. Anales 367 a 371, pág. 340).

b) Tratándose de actos formados por el concurso de varias voluntades que actúan separadamente en orden al mismo objeto -actos complejos-, debe acusarse el conjunto, con el fin de tener así

competencia esta jurisdicción para revisar y resolver toda la operación jurídico-administrativa.

Tal concepción jurisprudencial se aprecia en todo su valor si se razona por el absurdo, es decir, si se supone que la unidad integral de la operación pudiera ser desvertebrada permitiéndose la acusación de alguna o de algunas de las providencias que la componen, pues en este caso se llegaría al resultado de que anulados alguno o algunos de esos actos únicamente, el restante o restantes conservarían su vigencia, lo que jurídicamente impediría el cumplimiento del objetivo de la acusación, esto es, el restablecimiento del derecho demandado. Desde luego hay que considerar que dentro de este proceso cinemático todo acto posterior ya sea ocasionado por un recurso o por simple tutela de control jurisdiccional puede confirmar la resolución recurrida pura y simplemente, o anularla, pero sin producir nueva decisión que substituya la anterior, o dictar nueva disposición sobre el fondo del asunto; de manera que habrá providencias que a virtud de este proceso dejen de existir, y que, por lo tanto, no deben acusarse, y que también habrá otras que por no causar agravio no es del caso demandar.

De la aplicación de tales principios al caso concreto de los autos, se concluye:

aa) Que de hacer parte el Decreto 1773 de una sola operación jurídico-administrativa como lo pretende el Teniente Coronel SARMIENTO, siempre su demanda -por el aspecto estudiado en el aparte b)- resultaría viable, que la única providencia de la actuación que puede causarle perjuicios es el Decreto 1126, ya que el Decreto 1773 fué subrogado por el 1996 y éste por aquél.

bb) Que los únicos conceptos de la impugnación que son susceptibles de considerar son los expuestos originalmente en la demanda, o sea, los de que el acto acusado es nulo:

1º. Porque se da con él nueva vida al Decreto 1773, el cual ya estaba "derogado", sin reproducirlo, contrariando el mandato del artículo 14 de la Ley 153 de 1.887, que preceptúa:

> «Una ley derogada no revivirá por solas las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que APAREZCA REPRODUCIDA EN UNA NUEVA LEY.»

Como puede comprobarse con la lectura del Decreto 1126 en él se dice nítidamente que se modifica la situación ". . . . . de retiro (debió decir separación) absoluto del Teniente Coronel JUAN A. SARMIENTO . . . . . ." "por la de retiro temporal". De manera que se cumplió la exigencia del artículo 14 de la Ley 153 de 1.887, ya que el ordenamiento -el retiro temporal- aparece reproducido; la referencia que allí se hace del Decreto 1773 sólo tiene un

carácter informativo. Se explica: si se hubiera dicho modifícase la situación de separación absoluta del Teniente Coronel SARMIENTO por la contemplada en el Decreto 1773, sin disponer que tal situación es de retiro temporal, entoces, sí hubiera tenido razón, por este aspecto, la demanda.

Porque el Decreto 1773 -que ordenó el retiro temporal del Teniente Coronel SARMIENTO- fué derogado por el 1996 -que lo separó en forma absoluta, en cumplimiento de la sentencia dictada por el Comando de la Brigada de Institutos Militares-, mas como tal resolución fué infirmada, en casación, por la Corte Suprema de Justicia, consecuencialmente dicho Oficial no se encuentra legalmente retirado del Ejército Terrestre.

Esta argumentación no es lógica, pues en primer término el Decreto 1773 no fué derogado simplemente, sino subrogado por el 1996, porque ambos coinciden en ordenar su salida del Ejército; y en segundo, el resultado de la declaratoria de nulidad de un acto, como medio para obtener el restablecimiento de un derecho vulnerado, es el de colocar al afectado por él en la misma situación que tenía antes de su producción, de forma que el hecho de que dicho Oficial fuera absuelto de los cargos que motivaron la ocurrencia del Decreto 1996, y que éste en consecuencia hubiera sido derogado por el 1126, únicamente puede tener la virtualidad de volverlo al estado militar en que se hallaba cuando fué dictado aquél acto, esto es, a la situación de retiro temporal.

Otra situación legal se contemplara de haberse alegado en la demanda y demostrado el hecho en el proceso, que el Decreto 1773 -que como se dijo fué dictado en ejercicio de la facultad administrativa discrecional del Gobierno- había sido expedido, tal lo piensa el Teniente Coronel Sarmiento, "como medida disciplinaria, transitoria y preventiva, mientras la justicia penal militar decidía la situación jurídica definitiva de todos los oficiales comprometidos en los acontecimientos del 10 de julio." Pero como ya se vió esta fase de la acusación no puede ser estimada.

Por las razones anteriores, el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo-, oído el concepto Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NIEGA las peticiones demandadas.

Notifíquese, cópiese y archívese.

José Enrique Arboleda V., Ildefonso Méndez, Daniel Anzola Escobar, Rafael Rueda Briceño, Manuel Buenahora, Rafael Marriaga, Antonio José Prieto.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

ELECTORALES

ACTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

NULIDAD POR VIOLACION LEGAL EN LA ELECCION DE UN MAGISTRADO

(Consejero Ponente: Dr. Rafael Rueda Briceño)

Consejo de Estado,—Sala Plena—Bogotá, trece de julio de mil novecientos cincuenta y cinco.

Referencia: Expediente No. 65.

El doctor Abraham Fernández de Soto, en ejercicio de la acción contencioso-electoral, por medio de escrito oportunamente presentado ante la Secretaría del Consejo, pide que se hagan las siguientes declaraciones:

«1o.-Declarar nula y sin ningún efecto la resolución No. 37 de 18 de octubre de 1.954 dictada por el H. Tribunal Supremo del Trabajo (Corporación de Orden Nacional dentro de la Jurisdicción del Trabajo), por la cual se confirmó el nombramiento del Dr. Manuel Forero Navas para el cargo de Magistrado del Tribunal Seccional del Trabajo, de Bogotá.

Tal resolución fue ejecutada al posesionarse el citado Dr. FORERO NAVAS ante el Gobernador del Departamento de Cundinamarca, el día 26 de octubre de 1.954, por la cual se pide la anulación.

2o.-Declarar nulo y sin ningún efecto el Acuerdo No. 12 del 31 de julio de 1.954 del mismo Tribunal Supremo del Trabajo, en cuanto por medio de este acto se eligió en propiedad para el resto del período legal en curso, al Dr. Manuel Forero Navas como Magistrado del Tribunal Seccional del Trabajo en Bogotá.

3o.-Como consecuencia de lo anterior se cancelará la credencial del Magistrado Dr. Manuel Forero Navas, ordenándosele al H. Tribunal Supremo del Trabajo que proceda a designar la persona que deba reemplazarlo por estar el elegido impedido legalmente para ejercer el cargo.

4o.-Que si el H. Consejo de Estado no considerare su

ficiente lo anterior para producir los efectos de la anulación de la elección y confirmación del Dr. Manuel Forero Navas como Magistrado del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, demando además la nulidad de todos y cada uno de los actos previos que culminaron con la expedición de la mencionada resolución No. 37 emanada del Tribunal Supremo del Trabajo, en la siguiente forma:

a) Del actor por el cual la Junta Directiva de la Sociedad de Agricultores de Colombia eligió en primera etapa al Dr. Manuel Forero Navas como candidato suyo para el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá. Tal elección consta en el acta No. 1978 correspondiente a la sesión del 20 de mayo de 1.954, de la cual se ha pedido copia auténtica a la mencionada entidad sin que hasta la fecha haya sido posible su expedición.

b). Del acto por el cual el Ministro de Trabajo informa al Tribunal Supremo del Trabajo, quienes son los candidatos elegidos por las Asociaciones de Trabajadores, de Patronos y del Gobierno para que el citado Tribunal procediera a su vez a elegir en segunda etapa un Magistrado de cada una de las listas correspondientes. Esto, en cuanto atañe al mencionado Dr. Manuel Forero Navas. Tal comunicación reposa original en el H. Tribunal Supremo del Trabajo, acompañándose copia auténtica a esta demanda.

c). Del acuerdo del H. Tribunal Supremo del Trabajo del 27 de Julio de 1.954, por medio del cual se citó para elegir Magistrados de los Tribunales Seccionales del Trabajo, entre ellos el de Bogotá; esto en cuanto atañe al Dr. Manuel Forero Navas y si se considerare necesario para los fines indicados. Se aconpaña copia auténtica de dicho Acuerdo.

d). Del acuerdo No. 12 de 31 de julio de 1.954 por medio del cual se eligió en la segunda etapa al doctor Manuel Forero Navas como Magistrado del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotà por la lista patronal y como candidato de la Asociación Profesional, Sociedad de Agricultores de Colombia. Se acompaña copia autèntica de dicho Acuerdo.

e). De la Resolución No 37 dictada por el Tribunal Supremo del Trabajo el 18 de octubre de 1.954 por medio de la cual se confirió, y confirmó por mayoría de votos, la elecciòn del doctor Manuel Forero Navas; este último acto tuvo ejecución al posesionarse el elegido el 26 de octubre de 1.954 ante el Señor Gobernador del Departamento de Cundinamarca y por lo tanto se pide tambien su anulación, si fuere necesario, por ser el acto culminativo del proceso electoral. Se acompañan copias auténticas de la Resolución No 37 con

sus. respectivos Salvamentos de Voto y del Acta de Posesión citada.»

En el mismo libelo solicitó que se oficiara a la Sociedad de Agricultores de Colombia para que informara si el doctor Manuel Forero Navas era a la sazón miembro de la Junta Directiva, en calidad de suplente, si había actuado en tal caracter, y, finalmente, que se solicitara copia del acta de la sesión de la Junta Directiva, celebrada el 20 de mayo de 1.954.

Ordenado lo anterior y ya obrando en el expediente la documentación aludida, el Consejero sustanciador de los autos aceptó la demanda a términos de la Ley y decretó la suspensión provisional de los actos acusados, evacuando así la solicitud impetrada por el actor. En este estado del proceso el Dr. Forero Navas confirió poder al doctor Guillermo Hernández Rodríguez para que lo representara en el negocio y en tal virtud el distinguido apoderado, por medio de escrito que obra a folios 89 y siguientes, interpuso el recurso de súplica contra el auto del sustanciador, fechado el 2 de diciembre de 1.954, en cuanto decretaba la suspensión provisional.

Cumplido el rigor del procedimiento, la Sala de Decisión, en providencia de 17 de febrero del año en curso, confirmó el auto del sustanciador.

Continuó impulsándose el negocio, mediante la práctica de las pruebas solicitadas por las partes, se les dió traslado para alegar y se dictó el auto de citación para sentencia. Se hallan, pues, los autos listos para recibir sentencia y a ello se procede mediante las consideraciones que adelante se verán, desde luego que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La circunstancia de existir disposición especial que permite la suspensión provisional de estos actos electorales, como excepción a la regla del art. 98 del C. C. A., cuando se trata de elección o nombramientos para cargos de la Rama Jurisdiccional, y el haberse hecho expresamente uso de este recurso en el negocio que se resuelve, como antes se dijo, dió lugar a un amplio debate y, por tanto, es muy poco lo que el Consejo puede agregar a lo ya dicho en las providencias originarias de la Sala Unitaria y de la Sala de Decisión.

Se han señalado como disposiciones violadas el art. 174 de la C. N., el art. 5º. de la ley 12 de 1.945, el art 5o. de la ley 51 de 1.945 y el art. 8o. del Decreto 3686 de 1.946, disposiciones que, en su orden, dicen de la siguiente manera:

«ARTICULO 174 DE LA CONSTITUCION NACIONAL. En ninguna elección o nombramiento hecho por

funcionarios judiciales o del Ministerio Público podrán designarse personas que sean parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad, con alguno de los Magistrados o Jueces que intervienen en la elección o nombramiento de quienes deben hacer la designación.

ARTICULO 5o. DE LA LEY 12 de 1.945.- Para la confirmación de toda elección o nombramiento en la rama Jurisdiccional del Poder Público o del Ministerio Público, el interesado acompañará a la documentación legal correspondiente, certificación jurada de que no tiene con alguno de los Magistrados del Tribunal o entidad que le hace la elección o nombramiento, el parentesco a que se refiere el artículo 174 de la Constitución Nacional, ni ha intervenido en la elecciòn de los miembros de la corporación o entidad que le hace nombramiento o elección.

La confirmación hecha con violación de este mandato, está viciada de nulidad, y la acción se intentará en la misma forma que se ejercita la nulidad de las elecciones o nombramientos por violación de la presente Ley.

ARTICULO 5º de la Ley 51 de 1.945: En ninguna elección o nombramiento hecho por los funcionarios judiciales del trabajo, pueden designarse personas que sean parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad con el Juez que hace el nombramiento, o con algunos de los Magistrados que intervinieron en la elección, o con los que han participado en la elección o nombramiento de quienes deben hacer la designación, o hayan intervenido en la confección de las listas a que se refiere el artículo 62 de la Ley 6a. de 1.945.

ARTICULO 8º del Decreto 3686 de 1.946: Las condiciones que deben comprobar quienes sean elegidos o reciban el nombramiento en propiedad de un empleo relativo a la justicia del trabajo, son las requeridas en los artículos 174 de la Constitución Nacional, 64 de la Ley 6a. de 1.945, 5º de la Ley 51 de 1.945 y 21 y 22 del Decreto 1745 de 1.945. La certificación jurada de que trata el artículo 5º de la Ley 12 de 1.945, deberá referirse a la totalidad de las condiciones exigidas por el artículo 5º de la Ley 51, ya citada».

Atendiendo al contenido de las normas transcritas, para dar solución a este negocio basta evidenciar si como lo afirma la demanda, el doctor Forero Navas intervino en los actos preparatorios que culminaron en su designación para Magistrado del Tribunal Seccional del Trabajo de Cundinamarca, o nó. Si lo primero, es evidente que dicho nombramiento es nulo; en caso contrario, las

peticiones del libelo no pueden prosperar.

El recuento de los hechos sobre los cuales descansa la acción propuesta fueron admirablemente sintetizados por la Sala de Decisión así:

«El 1o. de mayo del año próximo pasado el Ministerio del Trabajo dirigió al Presidente de la Sociedad de Agricultores de Colombia, la siguiente comunicación:

"Bogotá, mayo 18 de 1.954. Señor PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD DE AGRICULTORES DE COLOMBIA, BOGOTA. Por medio de la presente comunicación tengo el gusto de informar a Ud. que por decreto No. 1485 de fecha 7 del mes en curso, el Gobierno Nacional señaló a esa entidad el derecho de postular un (1) candidato para integrar el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá.

Igualmente le recuerdo que las personas que se postulen para estos cargos deben reunir los requisitos legales establecidos por el decreto No. 3211 del 9 de diciembre de 1.953, y que su designación debe conocerse en este despacho antes del día 25 de los corrientes. De Ud. atentamente, (FDO) JOHN AGUDELO RIOS, Secretario G.

"Previa convocatoria hecha por el Presidente," "la Junta directiva de la Sociedad de Agricultores de Colombia en sesión extraordinaria, con asistencia de los siguientes *Directores*, señores: Carlos Villaveces, Ministro de Hacienda, Alfredo Rivera Valderrama, Ministro de Fomento, Brigadier General Arturo Charri Borrero, Ministro de Agricultura, Eugenio Gómez Gómez, Pedro Bernal, Giraldo Armel, Jorge Cleves Vargas, Luis José Carvajalino Jácome, Jesùs María Arias, Victor Rodríguez Rosas, Enrique Ancízar, Gabriel Sáez Fety, Fernando Garbrecht, Rafael R. Camacho, Julio Gaviria Torres, Laceo Jiménez, José María Giraldo Salazar, Julio Aldana, Víctor Arne, *Manuel Forero Navas*, José Joaquín Gómez Alonso, Jaime Saavedra, Gerente de la Federación Nacional de Arroceros, Roberto Charri, Secretario de la misma entidad, Germán Valenzuela Samper y Camilo Alberto Gómez Ramirez", (subraya la Sala), celebró el 20 de mayo citado la sesión de que da cuenta el acta que en copia auténticada corre a folios 32 a 43 de este proceso, en la cual entre otras cosas, se lee:

«*CANDIDATO PARA EL TRIBUNAL SECCIONAL DEL TRABAJO DE BOGOTA.*

Siguiendo el orden del día se da lectura a la carta del Ministerio de Trabajo, solicitando un candidato de la SAC. para integrar el Tribunal Seccional del Trabajo, carta que a la letra dice: .... (ya viene copiada)

El Dr. Aldana manifiesta que a pesar de haber sido postulado por algunos amigos y de reunir todos los requisitos necesarios, agradece sinceramente tal postulación, pero la declina por no poder dedicarle el tiempo necesario a esta actividad y se adhiere al otro candidato.

Siendo así, el Dr. Cleves Vargas, lamentando el retiro del Dr. Julio Aldana, postula al Dr. Manuel Forero Navas, quien también llena los requisitos necesarios.

Puesto en votación y nombrados escrutadores a los señores Garbrecht y Camacho, se obtuvieron los siguientes resultados:

Total de votos: 15, discriminados así:

Por el Dr. Manuel Forero Navas .....12 votos.
Por la Doctora Aydée Anzola ..... 2 votos
En blanco ..... 1 voto.

En consecuencia el Dr. Forero Navas fue elegido por mayoría de votos, *quien agradece la confianza que le ha dispensado la Junta* (subraya la Sala) y promete trabajar con gran interés por considerar muy importante que la Sociedad esté representada en el Tribunal Seccional del Trabajo". (Firman esta acta el Presidente de la Sociedad de Agricultores de Colombia, los Ministros de Hacienda, Fomento y Agricultura y el Secretario General de dicha Sociedad).

En su oportunidad, la Secretaría de la Sociedad comunicó al Ministerio de Trabajo el resultado de la elección recaída en el doctor Forero Navas. A su turno, el Ministerio envió anexa al oficio de fecha 27 de julio siguiente, al Tribunal Supremo del Trabajo la lista de los distintos candidatos postulados por las sociedades patronales y obreras y la elaborada por el Gobierno, incluyendo en ella, claro está, al expresado doctor Forero Navas. El Tribunal Supremo, por medio de proposición aprobada por la totalidad de sus miembros dispuso: "señálase la hora de las nueve de la mañana del día sábado treinta y uno de los corrientes para que tenga lugar la elección de los Magistrados de todos los Tribunales Seccionales del país, de conformidad con las listas referidas".

"La elección se verificó en la fecha señalada con el siguiente particular resultado:" "Para Bogotá, Por los patronos, Manuel Forero Navas (conservador) por mayoría....."

"El acta pertinente aparece suscrita por todos los señores Magistrados, al pié de ella, entre otras, se lee esta constancia": "El doctor Córdoba Medina deja constancia de que sus votos para el Tribunal de Bogotá fueron por los doctores JUAN HERNANDEZ SAENZ, FRANCISCO JO-

peticiones del libelo no pueden prosperar.

El recuento de los hechos sobre los cuales descansa la acción propuesta fueron admirablemente sintetizados por la Sala de Decisión así:

«El 1o. de mayo del año próximo pasado el Ministerio del Trabajo dirigió al Presidente de la Sociedad de Agricultores de Colombia, la siguiente comunicación:

"Bogotá, mayo 18 de 1.954. Señor PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD DE AGRICULTORES DE COLOMBIA, BOGOTA. Por medio de la presente comunicación tengo el gusto de informar a Ud. que por decreto No. 1485 de fecha 7 del mes en curso, el Gobierno Nacional señaló a esa entidad el derecho de postular un (1) candidato para integrar el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá.

Igualmente le recuerdo que las personas que se postulen para estos cargos deben reunir los requisitos legales establecidos por el decreto No. 3211 del 9 de diciembre de 1.953, y que su designación debe conocerse en este despacho antes del día 25 de los corrientes. De Ud. atentamente, (FDO) JOHN AGUDELO RIOS, Secretario G.

"Previa convocatoria hecha por el Presidente," "la Junta directiva de la Sociedad de Agricultores de Colombia en sesión extraordinaria, con asistencia de los siguientes *Directores*, señores: Carlos Villaveces, Ministro de Hacienda, Alfredo Rivera Valderrama, Ministro de Fomento, Brigadier General Arturo Charri Borrero, Ministro de Agricultura, Eugenio Gómez Gómez, Pedro Bernal, Giraldo Armel, Jorge Cleves Vargas, Luis José Carvajalino Jácome, Jesús María Arias, Victor Rodríguez Rosas, Enrique Ancízar, Gabriel Sáez Fety, Fernando Garbrecht, Rafael R. Camacho, Julio Gaviria Torres, Laceo Jiménez, José María Giraldo Salazar, Julio Aldana, Víctor Arne, *Manuel Forero Navas*, Josè Joaquín Gómez Alonso, Jaime Saavedra, Gerente de la Federación Nacional de Arroceros, Roberto Charri, Secretario de la misma entidad, Germán Valenzuela Samper y Camilo Alberto Gómez Ramirez", (subraya la Sala), celebrò el 20 de mayo citado la sesión de que da cuenta el acta que en copia auténticada corre a folios 32 a 43 de este proceso, en la cual entre otras cosas, se lee:

«*CANDIDATO PARA EL TRIBUNAL SECCIONAL DEL TRABAJO DE BOGOTA.*

Siguiendo el orden del día se da lectura a la carta del Ministerio de Trabajo, solicitando un candidato de la SAC. para integrar el Tribunal Seccional del Trabajo, carta que a la letra dice: .... (ya viene copiada)

El Dr. Aldana manifiesta que a pesar de haber sido postulado por algunos amigos y de reunir todos los requisitos necesarios, agradece sinceramente tal postulación, pero la declina por no poder dedicarle el tiempo necesario a esta actividad y se adhiere al otro candidato.

Siendo así, el Dr. Cleves Vargas, lamentando el retiro del Dr. Julio Aldana, postula al Dr. Manuel Forero Navas, quien también llena los requisitos necesarios.

Puesto en votación y nombrados escrutadores a los señores Garbrecht y Camacho, se obtuvieron los siguientes resultados:

Total de votos: 15, discriminados así:

Por el Dr. Manuel Forero Navas .....12 votos.

Por la Doctora Aydée Anzola ..... 2 votos
En blanco ..... 1 voto.

En consecuencia el Dr. Forero Navas fue elegido por mayoría de votos, *quien agradece la confianza que le ha dispensado la Junta* (subraya la Sala) y promete trabajar con gran interés por considerar muy importante que la Sociedad esté representada en el Tribunal Seccional del Trabajo". (Firman esta acta el Presidente de la Sociedad de Agricultores de Colombia, los Ministros de Hacienda, Fomento y Agricultura y el Secretario General de dicha Sociedad).

En su oportunidad, la Secretaría de la Sociedad comunicó al Ministerio de Trabajo el resultado de la elección recaída en el doctor Forero Navas. A su turno, el Ministerio envió anexa al oficio de fecha 27 de julio siguiente, al Tribunal Supremo del Trabajo la lista de los distintos candidatos postulados por las sociedades patronales y obreras y la elaborada por el Gobierno, incluyendo en ella, claro está, al expresado doctor Forero Navas. El Tribunal Supremo, por medio de proposición aprobada por la totalidad de sus miembros dispuso: "señálase la hora de las nueve de la mañana del día sábado treinta y uno de los corrientes para que tenga lugar la elección de los Magistrados de todos los Tribunales Seccionales del país, de conformidad con las listas referidas".

"La elección se verificó en la fecha señalada con el siguiente particular resultado:" "Para Bogotá, Por los patronos, Manuel Forero Navas (conservador) por mayoria....."

"El acta pertinente aparece suscrita por todos los señores Magistrados, al pié de ella, entre otras, se lee esta constancia": "El doctor Córdoba Medina deja constancia de que sus votos para el Tribunal de Bogotá fueron por los doctores JUAN HERNANDEZ SAENZ, FRANCISCO JO-

SE CAMACHO AMAYA Y HERNANDO ANGEL VILLEGAS y de que uno de los motivos que expresó durante la discusión y que tuvo para no votar por el Dr Forero Navas fue el de que tiene informes fidedignos de que dicho doctor es miembro permanente de la Junta Directiva de la Sociedad de Agricultores, entidad por la cual fue postulado».

Comunicada al Dr. Forero Navas la elección que se le hizo, continuó asistiendo a las deliberaciones de la Sociedad de Agricultores, bien, que oportunamente, solicitò del Tribunal Supremo del Trabajo la confirmación del nombramiento de Magistrado para lo cual presentó la documentación que estimó conveniente, en la que aparece: (se transcribe del Acuerdo respectivo, Fl. 2 vto).

«Que el Dr. Forero allegó declaración jurada sobre el hecho de no tener parentesco en cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con ninguno de los actuales Magistrados del Tribunal Supremo del Trabajo, ni con los miembros de la Junta Directiva de la Sociedad de Agricultores de Colombia, entidad que postuló su nombre para la formación de la lista patronal, ni con los miembros del Congreso que hicieron la elección de algunos de los actuales Magistrados de este Tribunal, ni con el Presidente de la República y su Ministro del Trabajo que nombraron a los restantes».

En el acuerdo confirmatorio del nombramiento del Dr. Forero Navas, aprobado por la mayoría de votos, expresaron los mayoritarios:

«3o. Que posteriormente la Corporación solicitó algunas pruebas suplementarias, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 9o. del Decreto 3686 de 1.946, para cerciorarse acerca de la intervención que el solicitante hubiera tenido en su elección por la Sociedad de Agricultores de Colombia como candidato, y establecer con claridad lo relativo a la existencia de impedimentos legales en el peticionario. 4º. Que de ellas resulta que aunque el memorialista *si intervino* (subraya la Sala) en tal acto al consignar un voto en blanco, el hecho no está considerado legalmente como causal de impedimento para que se confirme su elección, toda vez que el artículo 5o. de la Ley 51 de 1.945, atribuye ese carácter exclusivamente al hecho de tener parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con las personas que en el se mencionan, lo que no ocurre en el caso presente.

Los H. Magistrados Drs. Juan Benavides Patròn y Alejandro Córdoba M. votaron negativamente el acuerdo confirmatorio de este nombramiento, sustentando su disenti-

miento en las razones jurídicas que se darán a conocer más adelante. En todo caso, el Dr. Forero Navas entró en ejercicio de las funciones de Magistrado y actualmente desempeña el cargo».

Adelantando el estudio que le correspondía, la Sala de Decisión al igual que el Consejero Sustanciador, encontrò que las razones expuestas por los Magistrados del Tribunal Supremo del Trabajo, doctores Córdoba y Benavides Patrón, para disentir de sus colegas mayoritarios que confirmaron el nombramiento del doctor Forero Navas, interpretaban con fortuna las disposiciones que gobiernan la materia, que no son otras que las indicadas como tema de agravio en la demanda. Tal el motivo para considerar procedente la transcripción de los pasajes contentivos de dichas tesis, a fin de que sirvan de fundamento a la determinación que el Consejo ha de tomar. Son ellos:

«Al primer cuestionario -que no resulta procedente la súplica sobre suspensión provisional solicitada, porque la norma que permite la medida cautelar en juicios electorales relacionados con actos de la jurisdicción del trabajo no reza para los "que hayan intervenido en la formación de las listas a que se refiere el artículo 62 de la Ley 6a. de 1.945"-, se observa, y en forma notoria, que semejante interpretación disuena y hiere la sensibilidad jurídica, como que extraña al sentido comùn, a la ética y a la moral administrativa, la consideración de que la ley permita elegirse asimismo para un cargo jurisdiccional o en alguna forma intervenir en su propia designación. Si los parientes de un magistrado elector o de los que intervienen por funciòn legal en la escogencia de los candidatos no pueden ser elegidos para ningún cargo dependiente del magistrado ni escogidos como candidatos, con tanto mayor razón no podrá ser elegido para cargo de este origen ni escogido como candidato el mismo magistrado que hace la elección o que escoge y señala el candidato. Un magistrado del Tribunal Supremo del Trabajo, por ejemplo, no podrá elegirse magistrado de uno de los Tribunales Seccionales pretextando que la prohibición o ineligibilidad de que habla el artículo citado se refiere únicamente a sus parientes y no a él mismo, o sea, a la persona que hace o interviene en la elección».

Apenas habrá para qué decir, que las normas legales deben interpretarse con lógica y a la luz de la moral jurídica, más aun, cuando su texto, al aplicarse literalmente, puede llevar al absurdo o a consecuencias absurdas o inmorales; citas tomadas de conocidos doctrinantes confirman las anteriores consideraciones del Consejo. Entre las muchas que la Sala pudiera precisar para este fallo, se trans-

criben las que a continuación se leen:

El expositor chileno Luis Claro Solar, comentando estos particulares dice:

> «Es una falsa idea de la interpretación, creer que no es necesario recurrir a ella sino cuando las leyes son oscuras o insuficientes».

Y don Andrés Bello comenta:

> «Nosotros creemos que lo más seguro es atenerse a la letra; *que no debemos ampliarla o restringirla* sino cuando de ella resultan evidentes absurdos o contradicciones, porque todo otro sistema de interpretación abre ancha puerta a la arbitrariedad, destruye el imperio de la Ley».

Las referencias anteriores autorizan considerar, que al interpretar la Ley, sus efectos deben y pueden ampliarse o restringirse cuando de su aplicación literal resulten absurdos o contradicciones disonantes como sería la pretendida en el caso del proceso.

Mas si no fuera lo anterior bastante, quiere ilustrar la Sala las tesis que ha venido sosteniendo, con las transcripciónes doctrinales que se leen en los salvamentos de votos de los H. H. Magistrados del Tribunal Supremo del Trabajo, Drs. Alejandro Córdoba y Juan Benavides Patrón, piezas de ceñido valor jurídico y que por si solas serían suficientes a aclarar el punto cuestionado. Se lee en los principales apartes de tan importantes estudios:

SALVAMENTO DE VOTO DEL H. MAGISTRADO DR. CORDOBA:

"Dicha norma (la del artículo 62 de la Ley 6ª de 1.945) prohibe la elección por razones de parentesco en la misma forma en que lo hizo el artículo 174 de la Constitución Nacional, formado por el artículo 63 del Acto Legislativo de 1.945, pero agregó una nueva prohibición en relación con las personas que hubieran intervenido en la confección de las listas de que trata el artículo 62 de la Ley 6ª. de 1.945, porque el sistema de elección en la jurisdicción del trabajo tiene la modalidad de la formación de las listas y debe por lo tanto moralizarse la elección dentro del sistema, impidiendo que los integrantes de las listas sean los mismos que las confeccionan. La norma indica prohibición de nombrar personas que tengan parentesco con determinadas autoridades y personas que hayan intervenido en la formación de las listas dichas, pues la disposición puede descomponerse asi: En ninguna elección o nombramiento hecho por funcionarios judiciales del trabajo, pueden designarse personas que sean parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo

de afinidad con el Juez que hace el nombramiento o con alguno de los Magistrados que intervinieron en la elección o con los que han participado en la elección o nombramiento de quienes deben hacer la designación, o hayan intervenido en la confección de las listas a que se refiere el artículo 62 de la Ley 6ª. de 1.945. Por donde se vé que la letra de la disposición claramente indica que la prohibición se refiere tanto a las personas que tengan determinados parentescos, como a las que hayan intervenido en la confección dicha. No puede pensarse que la última frase se refiera a parentesco, pues la concordancia desaparecería, ya que se tendría una construcción de la siguiente manera: "personas que sean parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad hayan intervenido en la confección de las listas" lo cual es absurdo. En cambio, la concordancia es perfecta si la última frase se refiere a las personas que no pueden ser nombradas, pues se tendría que la disposición indica: personas que . . . . . hayan intervenido en la confeccion de las listas". Lo anterior hace ver con toda claridad que la norma se refiere a los que intervinieran en la confección de las listas y no a los parientes de ellos, pues de otra manera habría sido necesaria la construcción en forma semejante a la de las frases anteriores, así: *o con los que hayan intervenido*, pues la proposición con y los relativos son necesarios para que la concordancia se opere en la forma admitida por la mayoría del Tribunal Supremo. Por otra parte, la interpretación contenida en anterior resolución, conduce al absurdo de entender que los parientes de quienes intervinieron en la confección de las listas están impedidos pero los que directamente intervinieron no lo están, cuestión que quita el impedimento a los interesados y lo radica en los parientes de ellos. Como el texto claro de la norma dice que en la elección o nombramiento hecho por funcionarios judiciales del trabajo no pueden designarse personas que hayan intervenido en la formación de las listas de que trata el artículo 62 de la Ley 6ª. de 1.945; como de la investigación practicada con motivo de la solicitud de confirmación del nombramiento, resultó que el doctor Manuel Forero Navas intervino en la formación de las listas para el mismo Tribunal para el cual fue designado, según lo encontró demostrado el Tribunal Supremo por unanimidad, considero que no es el caso de confirmar dicho nombramiento conforme a la Ley, por lo cual me aparto de lo resuelto por la mayoría de la Sala".

SALVAMENTO DE VOTO DEL H. MAGISTRADO DOCTOR BENAVIDES PATRON:

"Según el criterio de los Magistrados Miguel Antonio Constaín, Guillermo González Charri, Eduardo Ronderos Tejada y José María Velasco Guerrero, que han constituído mayoría para decidir acerca de la presente confirmación, el impedimento establecido por el artículo 5o. de la Ley 51 de 1.945, se refiere exclusivamente al hecho de tener parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con las personas que en él se mencionan.

Alude la exégesis anterior a la circunstancia plenamente establecida en el informativo, y apreciada en forma unánime por todos y cada uno de los magistrados del Tribunal Supremo del Trabajo, de que el doctor Manuel Forero Navas intervino, en su condición de miembro suplente de la Junta Directiva de la Sociedad de Agricultores de Colombia, en el acto de la escogencia del candidato de dicha entidad para Magistrado del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá. Tal candidato resultó ser el mismo doctor Forero Navas, a quien esta Corporación eligió depués para el cargo mencionado. Sobre estos hechos no existe ninguna disparidad de opinión. Pero entiende la mayoría indicada que la dicha intervención no constituye impedimento legal para que se le confirme al doctor Forero la designación con que fue favorecido por el Acuerdo No. 12 de esta Superioridad, toda vez que las prohibiciones de la Ley 51 de 1.945 se refieren exclusivamente, como se ha dicho, a las personas que tengan parentesco, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con quienes interviene en la escogencia. De donde concluye que la causal de impedimento recae sobre los parientes de los que candidatizan o eligen o nombran, mas no sobre éstos mismos; y como ello "no ocurre en el caso presente", esto es, como el doctor Manuel Forero Navas, peticionario de la confirmación, no tiene parentesco con el doctor Manuel Forero Navas que intervino en el acto de la elección del candidato de la Sociedad de Agricultores de Colombia, no existe impedimento legal y debe confirmársele la designación, como en efecto la confirma.

Disiento fundamentalmente de tan extraño criterio, que contraría, a mi juicio, el ordenamiento expreso de la Ley y su contenido ético—social. En efecto, el artículo materia de interpretación reza así: "En ninguna elección o nombramiento hecho por los funcionarios judiciales del trabajo, pueden designarse personas que sean parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad con el Juez que hace el nombramiento, o con alguno de los magistrados que intervinieron en la elección, o con los que han participado en la elección o nombramiento de quienes deben hacer la designación, ó hayan intervenido en la confección de las listas a que se refiere el artículo 62 de la Ley 6a. de 1.945". Este precepto consagra diversas causales de inelegibilidad, por razones de parentesco y de intervención en los actos de confección de listas para la integración de los Tribunales de Trabajo, y según su texto: "en ninguna elección o nombramiento hecho por los funcionarios judiciales del trabajo pueden designarse personas" -a)- que sean parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad con las personas que hacen el nombramiento; b) que sean parientes dentro de los mismos grados con alguno de los magistrados que intervinieron en la elección; c)- que sean parientes, dentro de los mismos grados, con las que han participado en la elección o nombramiento de quienes deben hacer la de-

signación, y d) que hayan intervenido en la confección de las listas para la integración de los Tribunales del Trabajo. Los colegas de la mayoría concretan esta última causal en los parientes de quienes intervienen en dicha confección, por considerar que todas las relaciones que presenta el artículo son impedimentos de inelegibilidad por razones de parentesco. Yo entiendo que las que se refieren a tales vinculaciones son las tres primeras, que he presentado en los apartes señalados en las letras a), b) y c); pero que la cuarta hace relación a las personas que intervienen en la confección de las listas mencionadas, que es la interpretación que corresponde a la redacción de la norma transcrita y las reglas de la lógica. En efecto, bien puede observarse -y este punto lo he verificado sobre la versión oficial de la ley, y sobre el proyecto sometido a la consideración del Congreso en el año de 1.945- que la enumeración de las distintas razones de inelegibilidad las presenta la Ley en proposiciones completas, convenientemente distinguidas por comas, que es la puntuación que gramaticalmente corresponde, que las tres primeras se refieren al parentesco mediante la reproducción de las proposiciones y del pronombre respectivo; en cambio la última, separada así mismo de la anterior por la coma respectiva, no reproduce la dicha proposición ni el pronombre relativo a aquel parentesco, esto es, no expresa "o con los que hayan intervenido en la confección de las listas". Por otra parte, el artículo en cuestión tiene sus antecedentes en el 174 de la Carta—Fundamental y en la Ley 12 de 1.945, que estatuían acerca de la imposibilidad de elegir o nombrar parientes, dentro de determinados grados, en las designaciones que se hicieran en el órgano jurisdiccional, y su única reglamentación específica, en el orden judicial del trabajo, necesitaba atender, para los mismos fines de aquéllos, al sistema especial de integración de los Tribunales del Trabajo por medio de las listas de que trata el artículo 62 de la Ley 6ª. de 1.945. Por último, si la finalidad de todas esas normas es la de "moralizar la administración de justicia", según el informe de la comisión que propició la medida que comento y conforme a clarísimas conveniencias, es lógico que el dicho precepto contemplara a los que intervienen en la confección de las listas, antes que a sus parientes, en relación con los cuales podría discutirse la necesidad de impedimento. Más, en todo caso, lo que resulta verdaderamente incomprensible es que los últimos no puedan ser designados y los primeros, que son la fuente de la conexión de parentesco, no tengan tal impedimento, a pesar de su intervención directa los constituye en sujetos de aquella finalidad de moralización. En mi concepto, pues, tanto al tenor literal de la Ley como su espíritu denotan su sentido claro; y la interpretación mayoritaria de que me aparto, contraría gramaticalmente el primero y desconoce la razón de ser, la misión sustancial de la reglamentación pendiente. Porque, en lo que toca a esta última, ninguna consideración podrá convencer de que, en tratándose de los dichos fines moralizadores, constituya interpretación adecuada la que afecta exclusivamente a los parientes de

quienes confeccionan aquellas listas autorizando en cambio la designación de estos mismos, como si las relaciones de parentesco no estuviesen constituídas por las personas que las establecen en ambos extremos; como si la influencia que la ley quiere prohibir pudiese manifestarse en forma más vitanda en el pariente alistado que en el propio confeccionador de la lista o en la persona que interviene en tal acto de confección, o como si la descalificación del acto pudiese radicarse en el efecto con prescindencia de su causa.

«Al segundo cuestionario -que no procede la suspensión provisional solicitada, porque no está establecido claramente que el Dr. Forero Navas intervino en la sesión de la Sociedad de Agricultores de Colombia en la que se le eligió como candidato de la misma sociedad para Magistrado del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá- se considera:

Los elementos probatorios aducidos al proceso evidencian:

EL OFICIO DEL FOLIO 44 DE LA PRESIDENCIA DE LA SOCIEDAD AL CONSEJO:

Este documento establece, también de manera clara y notoria, que el Dr. Forero Navas era para la época de autos miembro suplente de la Junta Directiva de la Sociedad por elección que se le hizo para el año de 1.954; b) que dicho doctor renunció al cargo de Director suplente el 1º. de octubre del mismo año, es decir, tiempo después de haber sido elegido candidato para Magistrado; c) que con posterioridad a la elección que le hizo la sociedad concurrió el Dr. Forero, por lo menos, a la sesión verificada el 13 de julio siguiente; y, d) finalmente, que los Directores suplentes "no pueden actuar en las sesiones como miembros de la Junta, esto es con derecho a voto, sino en ausencia del principal correspondiente».

EL ACTA DE LA SOCIEDAD DE AGRICULTORES No. 1978:

En dicho documento se lee que el día 20 de mayo de 1.954, se reunió en el salón de sesiones "la Junta Directiva de la Sociedad de Agricultores de Colombia en sesión exraordinaria, con asistencia de los siguientes directores señores . . . . . Manuel Forero Navas"; b) que al deliberar la sociedad sobre temas en discusión anteriores a la elección de candidato para magistrado, intervino el Dr. Forero Navas para declarar: "que sería más conveniente que la libre importación, un sistema de vigilada importación, que incluya los otros productos agrícolas, como se hizo con el algodón, la cebada, oleaginosas, etc., defendiendo así al productor nacional.

Considera también que la libre importación crea un impacto psicológico en el productor, que lo podría llevar a no sembrar más"; c) que al dar los escrutadores el resultado del recuento de votos para candidato para magistrado, el Dr. Forero Navas, allí presente, volvió a hacer uso de la palabra para manifestar "que agradece la confianza que le ha dispensado la Junta y promete trabajar con gran interés por considerar muy importante que la Sociedad esté representada en el Tribunal Seccional del Trabajo"; y, d) que en la elección el Dr. Forero tuvo (12) votos, la doctora Aydée Anzola (2) y que un (1) voto fue emitido en blanco.

LA RESOLUCION NUMERO 37 DE 18 DE OCTUBRE DE 1.954 POR LA CUAL EL TRIBUNAL SUPREMO CONFIRMA LOS NOMBRAMIENTOS DE MAGISTRADOS:

Este documento traído en copia auténtica al proceso, suscrito por todos los HH. Magistrados del Tribunal Supremo del Trabajo, establece: a) que entre los documentos que el Dr. Forero Navas presentó para obtener la confirmación de su nombramiento no figura el correspondiente a la atestación jurada, exigida por la Ley, relacionada con el hecho de no haber intervenido en la sesiòn de la Sociedad en la que se le eligió como candidato de ésta para magistrado de uno de los Tribunales Seccionales; b) que de los documentos que figuran en el expediente de confirmación del nombramiento del Dr. Forero allegados por el Tribunal Supremo en orden a este fin, resulta que ellos -los documentos- evidencian y comprueban que el memorialista Dr. Forero Navas "*si intervino en el acto de la elecciòn* hecha por la Sociedad"; y, c) que su intervención se consumó por el hecho de haber emitido el expresado señor su voto en blanco en la elección.

Las afirmaciones contenidas en la resolución últimamente citada, hechas, autorizadas y firmadas por los seis honorables Magistrados del Tribunal Supremo, fundadas, según lo manifiestan ellos mismos, de manera unánime, en documentos oficiales allegados al expediente de confirmación del citado Dr. Forero Navas, deben considerarse verídicas y exactas no sólo por la prestancia moral de sus autores, sino porque, constantes en documentos y actos oficiales llevan el sello de la veracidad y les ampara la presunción de la legalidad con fuerza vinculante obligatoria no sólo para los particulares sino para los funcionarios encargados de administrar justicia, mientras en debate probatorio amplio resulten infirmadas o se demuestre que son apócrifas o falsas.

Las constancias de que da cuenta *el acta de la sociedad* deben presumirse también exactas, tanto más, cuanto que ningún documento oficial ni privado aparece agregado al proceso en orden a contradecir las afirmaciones allí expresadas. Iguales consideraciones proceden en relación *con la nota* del Presidente de la Sociedad al Honorable Magistrado del Consejo de Estado, Dr. Rueda Briceño.

SINTESIS FINAL:

Con los elementos de convicción actuantes en los autos, no tachados en forma alguna por la parte opositora, encuentra la Sala demostrado de manera clara y expresa, estos hechos: que el Dr. Forero Navas fue director suplente de la Sociedad de Agricultores de Colombia; que asistió e intervino en la sesión en la que se hizo la elección de candidato para Magistrado del Tribunal Seccional de Bogotá; que la designación recayó en la persona del mismo Dr. Forero Navas; que el expresado doctor intervino notoriamente en las deliberaciones de la Junta, y en forma, que al conocer el resultado del escrutinio que vino a favorecerle como candidato para magistrado, él, allí presente, dió las gracias a los demás miembros actuantes; que si en la sesión estuvo presente el pricipal del Dr. Forero, sin embargo, este señor intervino en las deliberaciones de la Junta; finalmente, como lo afirman los seis magistrados del Tribunal Supremo de manera nítida, expresa, enfáticamente, el citado Dr. Forero *intervino* en la elección recaída en su favor, bien que no votando por sí mismo toda vez que consignó su voto en blanco.

Los anteriores hechos, clara y expresamente establecidos con los distintos elementos probatorios, establecen sin lugar a duda el hecho principal que se averigua: el Dr. Forero Navas intervino ampliamente en las deliberaciones cumplidas por la Sociedad de Agricultores de Colombia en la sesión del día 20 de mayo de 1.954 en la que se hizo la elección de candidato que debía presentar la Ssciedad para Magistrado, y que en tal elección actuó el citado doctor, directamente, al consignar su voto en blanco.

Durante el término legal se produjeron las pruebas pedidas por los interesados, a excepción de la inspección ocular solicitada por el demandante; alegaron los doctores Fernández de Soto, Hernández Rodríguez y Forero Navas y el Sr. Fiscal formuló su vista de fondo. Ni las pruebas ni los alegatos trajeron para el Consejo elementos capaces de modificar las tesis sostenidas en las providencias que resolvieron sobre la suspensiòn provisional y así se explica el por qué de su transcripción.

Mas, resulta evidente que en la providencia de dos de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro se decretó la suspensión provisional de Actos que realmente no pueden tacharse de ser lesivos del orden jurídico, desde luego que las autoridades de donde emanaron sólo llevaron a cabo actos de trámite. Y como el Consejo, en este fallo, debe abarcar el contenido de todo el proceso, es necesario concretar la declaratoria de nulidad a los actos verdaderamente contrarios a la legalidad y levantar la suspensión provisional en cuanto a los demás.

* * * * * *

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena, adminis-

trando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

1o.- Declárese NULO el acuerdo No. 12 del 31 de julio de 1.954 del Tribunal Supremo del Trabajo, en cuanto por medio de este acto se eligió en propiedad para el resto del período legal en curso al Dr. Manuel Forero Navas, como Magistrado del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá.

2o.- Declárase NULA y sin ningún efecto la Resoluciòn Nº 37 de 18 de octubre de 1.954, dictada por el Honorable Tribunal Supremo del Trabajo (Corporación de orden Nacional dentro de la Jurisdicción del Trabajo), por la cual se confirmó el nombramiento del Dr. Manuel Forero Navas para el cargo de Magistrado del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá.

3o.- En consecuencia, el Honorable Tribunal Supremo del Trabajo, dentro del término señalado en el Artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, proveerá a tomar las medidas encaminadas a dar cumplimiento al presente FALLO.

4o.- Niegánse las demas peticiones de la demanda.

5o.- Levántese la suspensión provisional de los actos a que se refieren los puntos "b)" y "c)" de la parte resolutiva del auto fechado el dos (2) de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1.954).

Còpiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

Ildefonso Méndez, Daniel Anzola Escobar, Guillermo Acosta Acosta, José Enrique Arboleda, Manuel Buenahora, Manuel Dangond Daza, Rafael Marriaga, José Urbano Múnera, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

ELECTORAL

ACTOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL. SUSPENSION PROVISIONAL. CASO EN QUE NO ES ADMISIBLE.

(Consejero ponente: Dr. Rafael Marriaga).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotà, D. E., catorce de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

El Dr. Herman Gans-Abello, confiriò poder al Dr. Eustorgio Sarria, para demandar "ante el contencioso de plena jurisdicción" el Acuerdo No. 375 del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial del Atlántico, fechado en julio del año en curso, "en lo que se refiere al nombramiento del señor Hernando Mendoza como Juez 8º Penal de Barranquilla".

El Dr. Sarria, en ejercicio del poder conferido, en libelo presentado el 29 de julio postrero, dirigido a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, demanda la nulidad del mencionado Acuerdo No. 375 en cuanto por él se nombró al señor Hernando Mendoza para desempeñar el cargo de Juez 8º Municipal de Barranquilla, y que en consecuencia se declara que el demandante tiene derecho a ocupar dicho cargo y en subsidio que tiene mejor derecho a ser designado en reemplazo del señor Hernando Mendoza. En derecho se apoya en los Arts. 66 y 67 de la ley 167 de 1.941, que consagran las acciones de nulidad, y de nulidad y restablecimiento del derecho particular, respectivamente. Al mismo tiempo, expresa el libelo que el procedimiento que debe seguirse es el que señala el Capítulo XX del Código de lo Contencioso Administrativo y que la competencia se la da al Consejo el Art. 189 de dicho Código.

Posteriormente, el actor revocó el poder al Dr. Sarria y se lo otorgó al Dr. Rafael Guerrero Figueroa. Este fundándose en el Art. 128 de la ley 167 de 1.941, adicionó la demanda en el sentido de solicitar la suspensión provisional del señor Hernando Mendoza como Juez 8º. Penal de Barranquilla y el nombramiento para tal cargo en el demandante. Asímismo, para que a éste se le reconozcan los sueldos caídos desde el 1º de agosto postrero hasta cuando sea restablecido en la posición de Juez 8º. Penal Municipal de Barranquilla, o en subsidio en uno de los Juzgados del Departa-

mento del Atlántico. Posteriormente el mismo apoderado Dr. Guerrero Figueroa, adicionó nuevamente la demanda en el sentido de solicitar que de acuerdo con el Art. 218 de la ley 167 de 1.941, se abra el juicio a prueba.

El negocio le correspondió en repartimiento al señor Consejero Dr. Manuel Buenahora quien por auto de fecha 21 de septiembre último, admitió la demanda, imprimiéndole el procedimiento que se establece para el juicio contencioso administrativo ordinario, y negó la suspensión provisional solicitada.

Contra dicha providencia la parte demandante interpuso el recurso de súplica en cuanto no decretó la suspensión provisional demandada, y por virtud de ello vino el expediente a la Sala de Decisión. Como aquí se ha surtido el trámite de rigor, se procede a resolver.

El señor Consejero Sustanciador aduce como fundamento de su negativa a decretar la suspensión provisional pedida que por una parte no aparece que el acto acusado implique una manifiesta violación de normas positivas superiores, como lo exige el Art. 94 de la ley 167 de 1.941. Y por otra, que no aparece el perjuicio notoriamente grave que contempla la misma disposición ya que de los términos en que está redactado el acto acusado no se concluye que por causa de èl se haya separado al demandante del servicio público.

De su lado el recurrente para sostener su inconformidad con la providencia suplicada, alega que el actor está sufriendo menoscabo patrimonial al no recibir los sueldos a que tendría derecho ya que se presentò a un concurso con mejor derecho que el señor Mendoza que fué nombrado en el cargo de Juez.

La Sala de Decisión considera:

Del relato que se ha hecho de la situación del proceso se advierte la confusión de ideas reinante acerca del procedimiento y de la designación y elección de la acción. En efecto, mientras unas veces se demuestra la intención de dirigirse al Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo y de intentar una acción ordinaria de plena jurisdicción, otras veces se indica que el procedimiento que debe seguirse es el del contencioso electoral de anulación, es decir, el correspondiente a esta acción especial. Empero, esa confusión debe tenerse como liquidada y esclarecida cuando el último de los apoderados en su postrer escrito aditivo de la demanda se expresa así: "Señor Consejero: ....Con el debido respeto y atendiendo el artículo 218 del Código de lo Contencioso Administrativo, antes de la admisión de la demanda, solicito la apertura del juicio a prueba..... ...." Y ocurre que el Art. 218 del Código de lo Contencioso Administrativo corresponde al Capítulo que regula el procedimiento de la acción especial contencioso-electoral. Por lo demás, en realidad el acto materia de la demanda no es otra cosa que un acto electoral.

Así las cosas, se tiene que el acto acusado por disposición expresa de la ley, no está sujeto a la suspensión provisional de que trata el Art. 94 de la ley 167 de 1.941, sino por el contrario es de aquellos contra los cuales conforme al Art. 98 ibidem, no puede ejercitarse la acción accesoria de suspensión provisional. En efecto, el citado Art. 98 dice:

«No habrá lugar a suspensión provisional en los siguientes casos:

1º En los juicios electorales de que trata el Capítulo XX de esta Ley;

2º..... ....»

En tales condiciones, resulta improcedente la solicitud de suspensión provisional del acto acusado y por lo mismo, su rechazo se impone.

Pero si hubiera de considerarse la acción, indebidamente desde luego, como ordinaria de plena jurisdicción y por consiguiente, procedente la acción accesoria de suspensión provisional, no aparece a primera vista que el acto demandado implique una manifiesta violación de las normas positivas que se señalan como violadas ya que no resulta establecido que el demandante hubiera sido el único abogado titulado aspirante al cargo de Juez 8º Penal Municipal de Barranquilla; ni tampoco que la persona que fué elegida no sea abogado titulado. Y no vale decir que el actor en su demanda solicitó la expedición de documentos y certificaciones para comprobar que el señor Mendoza no es abogado y que no pudo obtener esa prueba y por lo mismo sin ella no puede fallarse el incidente; por que las copias a que aluden los Arts. 211 y 127 de la ley 167 de 1.941, son las del acto que se intenta acusar y en manera alguna otros documentos que sólo deben llegar al juicio como elementos probatorios de lo que se demanda.

Por lo mismo, no puede sostenerse que se halle establecida la existencia de un perjuicio notoriamente grave que impusiera la suspensión provisional, en caso de ser ésta procedente.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión, RESUELVE:

Por las razones aquí expuestas. No es el caso de reponer y NO SE REPONE el auto suplicado.

Cópiese y notifíquese.

José Enrique Arboleda, Daniel Anzola Escobar, Manuel Buenahora, Rafael Marriaga, Ildefonso Méndez, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

IMPUESTOS

NORMAS SOBRE DETERMINACION DE LA RENTA LIQUIDA DE TODO CONTRIBUYENTE QUE SE DEDIQUE A LA COMPRA Y VENTA DE MERCANCIAS DE CUALQUIER GENERO.

(Consejero Ponente: Dr. Manuel Buenahora.)

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

Referencia: Revisiòn de las Resoluciones No. R-1462-H. de Agosto de 1.950 y otras, de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.
Actor: Diego Constantino y Andres B. Nasser.

En la demanda presentada por el Dr. Marino Rengifo Salcedo, como apoderado de Diego Constantino y de Andrés B. Nasser, para que se revisen las liquidaciones que de sus impuestos correspondientes al año de 1.948, hizo la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, el Tribunal Administrativo de Cali profirió la sentencia de fecha 14 de Diciembre de 1.953, en la cual se dispuso lo siguiente:

«*Primero.* Decláranse nulas las Resoluciones de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, números R-1503-H y R-1520-H de agosto 28 de 1.950, y las que reconsideraron éstas, números R-307-H y R-308-H de febrero 28 del corriente año, en lo que ellas hacen referencia a la liquidación de la Renta y Complementarios, de los señores Constantino y Andrés B. Nasser, en el año gravable de 1.948.

Segundo. Señalar en la cantidad de NUEVE MIL CIENTO DIECISEIS PESOS CON NOVENTA Y UN CENTAVOS ($ 9.116.91),el impuesto que debe pagar el señor Diego Constantino por impuesto sobre la renta y complementarios en el año de 1.948, y en MIL QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS CON CUARENTA Y UN CENTAVOS ($ 1.569.41) el valor de la inversión en Bonos del Instituto de Crédito Territorial, en la misma vigencia.

Tercero. Señalar en la cantidad de TRES MIL QUINIENTOS TRES PESOS CON SETENTA CENTAVOS ($ 3.503.70) el impuesto que debe pagar el señor Andrés

B. Nasser por el impuesto sobre la renta y complementarios, en el año de 1.948 y en QUINIENTOS SETENTA PESOS ($ 570.00) el valor de la inversión en Bonos del Instituto de Crédito Territorial en la misma vigencia.

Cuarto. En consecuencia se ordena a la Administración de Hacienda Nacional del Valle del Cauca reintegrar a cada uno de los señores Diego Constantino y Andrés B. Nasser las sumas cobradas de más así: a DIEGO CONSTANTINO, DOCE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS CON SESENTA CENTAVOS ($ 12.848.60) m/c. y a ANDRES B. NASSER, SIETE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS CON VEINTISEIS CENTAVOS ($ 7.265.26) m/c.

El Instituto de Crédito Territorial comprará a la par a los expresados señores Diego Constantino y Andrés B. Nasser, Bonos de Crédito Territorial por las sumas de $1.977.04 y $483.23, en su orden, sumas que corresponden a una mayor inversión de los referidos contribuyentes».

La anterior sentencia ha venido al Consejo en consulta y habiéndosele dado la tramitación de rigor, procede resolver sobre ella.

EL Tribunal plantea el negocio y sustenta sus conclusiones así:

PLANTEAMIENTO DEL NEGOCIO

«Tres fueron las situaciones que la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales contempló para modificar la liquidación que inicialmente realizó la Administración de Hacienda Nal. del Valle del Cauca, a los señores Diego Constantino y Andrés B. Nasser, a saber: *Modificación del patrimonio gravable,* con base en artículos cargados a la cuenta de mercancías, *Tipo de Cambio en 1.948,* en relación con dólares y certificados de cambio adquiridos por los contribuyentes para su importación de mercancías; y *Facturas cuyo valor no se tomó en cuenta.*

Respecto a la primera de las consideraciones, la Jefatura aceptó las razones expuestas por los contribuyentes en su memorial de descargos, y modificó la Resolución Nº. 1462 H., en el sentido de no considerar como aumento de patrimonio la suma de $983.00, que se encontró incluída en la cuenta de mercancías. De esta suerte, la referida partida no afecta el patrimonio de los contribuyentes individualmente considerados, y ninguna observación cabe sobre el particular.

CUESTION DE FONDO

TIPO DE CAMBIO. La Jefatura para aumentar la ren-

ta gravable de los contribuyentes ordena liquidar los dólares y certificados de cambio adquiridos pero al tipo de cambio oficial, que es el dado por el Banco de la República al 175%, y no por el precio real porque fueron adquiridos, y para sustentar esta medida razona de la siguiente manera: "En primer lugar, la contabilidad de la sociedad no dió margen para obrar de otra manera, según constancia final del Concepto de los Revisores; en segundo lugar, hay una certificación del Banco de la República (junio 22 de 1.950) que textualmente dice: Que el tipo oficial de cambio del dólar, era hasta el 16 de diciembre de 1.948 del 174 o/o para compra y del 175.5 o/o para venta; es decir, que el promedio ha de fijarse en el 175 o/o si se consideran las operaciones conjuntamente. Los certificados de los señores que enumera el recurrente, carecen de valor probatorio legal para el caso, por la forma de su presentación y más aún al hallarse en contraposición con el certificado bancario".

La revisiòn que practican los empleados del Ministerio de Hacienda en los libros de los contribuyentes, consta en realidad de verdad de dos partes, a saber: la Revisión propiamente dicha que conocen y firman los comerciantes o contribuyentes, y sobre la cual pueden hacer observaciones; y el concepto contable privado, rendido a la Jefatura, sobre el cual los contribuyentes no tienen conocimiento, no pudiendo consecuencialmente objetarlo o recarguirlo (sic).

En el caso de autos tenemos que en el Acta de la Revisión no se hace mención "de la desorganización reinante en la contabilidad de la empresa" que aparece como constancia final en el concepto privado de los Revisores, constancia que la Jefatura destaca y es la base para que diga que dada la situación de los libros no podía obrar de otra manera, pues sus textuales palabras són las siguientes: la contabilidad de la sociedad no dio margen para obrar de otra manera, según constancia final del concepto de los Revisores",

La Jefatura para liquidar los dólares al tipo de cambio oficial se acoge al certificado expedido por el Banco de la República con fecha 22 de junio de 1.950 que obra a folios 40 y 41 del cuad. No. 3, y razona de la siguiente manera: ".... ..... en segundo lugar, hay una certificación del Banco de la República (junio 22 de 1.950) que textualmente dice: Que el tipo oficial de cambio del dolar, era hasta el 16 de diciembre de 1.948 del 174.5 o/o para compra y del 175.5 o/o para venta es decir, que el promedio ha de fijarse en el 175 o/o si se consideran las dos operaciones conjuntamente. Los certificados de los señores que enumera el recurrente, carecen de valor probatorio legal para el caso, por la forma de su pre

sentación y más aun al hallarse en contraposición con el certificado bancario.

Por su parte los contribuyentes dicen: "Nunca compramos nosotros en ese año ni con dólares oficiales mercancía alguna a esa tasa del 175 o/o. Los mismos dólares oficiales, sobre la base del 175 $^{o}/_{o}$ tenían una graduación ascendente, según se tratara de mercancías del 1o., 2o., 3o. ó 4o turno".

Y agregan: 'Y la suma en examen, invertida por nosotros en dólares y certificados de cambio equivalente al saldo de $99.619.15 fué destinada a cubrir mercancias compradas con licencias no reembolsables, y es bien sabido, que las divisas por tal concepto, nunca se cotizaron en ese mercado a menos del $ 2.50 para los dólares y $ 2.60 para los certificados, y antes, más bien, subieron de $ 3.00 las cotizaciones para ambas formas de divisas. Siendo notorio que en las alternativas de bajas y altas siempre fueron estas las más permanentes.

La Jefatura no comentó ni analizò estos descargos, sino que aceptó de plano el certificado del Banco de la República como prueba de cotización general de dólares y certificados de cambio, agregando que, las certificaciones expedidas por los mismos vendedores de dólares y certificados carecían de valor probatorio legal, pero sin decir en què consistía la falla de la prueba, la que ni se analizó ni se calificó, para decir verdad.

Los dólares y certificados de cambio aparecen cargados en la contabilidad de la sociedad, según el ANALISIS DEL ACTIVO, Cuenta de Mercancías (folio 70 Cuad. No. 3, columnas 6 y 10), por el valor real de compra, es decir, por $ 66.616.60, los dólares y por $ 71,284.20, los certificados de cambio. Estas son precisamente las partidas que la Jefatura ha modificado liquidando los dólares y los certificados al tipo de cambio oficial.

En el expediente aparece probado (Cuad. No 3 fl.51) que la compra de dólares no reembolsables y los certificados de cambio comprados así: a Neville & Cia. U.S. $21.382.42, en moneda colombiana equivalente a $57.869.54; a Jaramillo Daza & Velasco Ltda. U. S. $ 226. 98, en moneda colombiana equivalente a $ 396.90 (Cuad. No 3 pág, 52) a Elciario Cuevas U.S. $10.071.76, en moneda colombiana equivalente a $ 30.515.28, total de dólares y certificados que son los mismos que la Jefatura carga al 175 $^{o}/_{o}$.

Los mismos vendedores en los certificados correspondientes, y que prueban su compra, determinan el precio de esos dólares y de esos certificados. Asi pues, el Banco de de la Repùblica no vendió a los comerciantes importadores

ni dólares ni certificados al cambio anotado.

Es evidente que el conducto regular para importar mercancías con dólares y certificados de cambio es el Banco de la República, pero ello no quiere decir que no se pudiera importar con dólares y certificados comprados a particulares, como aparece demostrado en el presente caso; modalidad esta última que no ha sido objetada por la Jefatura. Hay más, el art. 3o. del Decreto L. No. 1949 de 1.948 facultó a los comerciantes para que los certificados de cambio fueran negociados libremente, y al efecto dice: 'Los certificados de cambio podrán ser negociados libremente en los términos y condiciones que señale la oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones'.

Por su parte el art. 2o. del mismo Decreto dice:

'Las monedas extranjeras o los giros representativos de éstas, originados en fuentes distintas de las enumeradas en el artículo anterior deberán ser canjeados en el Banco de la República, o en los Bancos autorizados, por certificados de cambio que serán de libre mercado, pero no de libre aplicación..... ....'

Todo ello está indicando pues, que el procedimiento de la Jefatura al liquidar los dólares y certificados de cambio al tipo de 175 o/o, dado por el Banco de la República, peca contra la equidad, pues, deduce a los contribuyentes una utilidad que en realidad no han recibido, y sobre la cual se liquida un impuesto.

Por tanto, la liquidación hecha tanto al señor Diego Constantino como a Andrés B. Nasser, en lo que se refiere a la renta afectada con el Tipo de Cambio, habrá de ser modificada.

FACTURAS CUYO VALOR NO TOMO EN CUENTA LA JEFATURA

Según el análisis del activo de 1.948 que obra a folio 70 del cuaderno No. 3 la sociedad de Diego Constantino & Cía., compró dólares durante el año aludido por la suma de $ 66.616.60 y certificados de cambio por valor de 71.284.20

Suma . . . . . $ 137.900.80

Esta cantidad está cargada a la cuenta de Mercancías como compras. Las ventas de dólares y certificados de cambio está especificada así:

Dólares	$ 37.656.55
Certificados	563.10
Total de ventas , ...	$ 38.219.65

La diferencia entre las compras de dólares y certifica-

dos de cambio y venta de los mismos constituye la totalidad de moneda extranjera invertida en la compra de mercancías. Esta diferencia es de $ 99.691.15 dentro de la cual están comprendidas las facturas No.60067, que aparece relacionada en el cuadro a que antes se hace referencia y la factura No. 509, que aunque no aparece relacionada, obra como anexo y original en el expediente (Cuad. No. 1 pág. 36 y 37) y que fué anunciada en la observación del Acta de Revisión (Cuad. principal pág. 7).

En la primitiva liquidación hecha por la Jefatura a la sociedad de Diego Constantino & Cia. no se tomó en cuenta la suma de U. S. $4.828.65 valor de la factura No. 60067, como también fué desechada de plano la factura No. 509 por $2.388.50, esta última por cuanto no aparece relacionada sino en una constancia final del acta de los revisores y la primera por no pertenecer al año revisable, según la Jefatura.

La Jefatura en su Resolución No. 309-H de 28 de febrero del corriente año, resolvió no desestimar la factura No. 60067, y se expresa en la siguiente forma: 'Tocante a la primera factura, no se ve inconveniente alguno en aceptarla, y esto parece más ajustado a la equidad, pues por la fecha de la factura se puede concluir que las mercancías de que se trata sólo entraron al país el año siguiente (1.948). Tiene razón por lo tanto el recurrente en esta parte y hay necesidad de conservar íntegra la cantidad de U. S. $31.654.89 que figura en la liquidación inicial, es decir, sin hacer descuento de los U. S. $4.828.65 provenientes de la factura No. 60067 del 31 de diciembre de 1.947. Los U. S. $31.654.89 al cambio del 175 %, equivalente a $55.396.06 hecho el descuento, y como resultó en la Resolución objeto del recurso la suma de $46.945.92 cantidad que es inferior en $ 8.450.14, debe computarse como mayor valor en las facturas aceptadas en la revisiòn para descontar la renta.

Es decir, fué acogida por la Jefatura la razón expuesta por los reclamantes, pero la estimaciòn de la referida factura se tomó por su valor al cambio en dólares del 175 %, lo que constituye una notoria injusticia, porque como se vió al analizar el TIPO DE CAMBIO, los referidos comerciantes no compraron al tipo liquidado por la Jefatura, sino por el que aparece en la relación respectiva.

Por tanto el precio de la factura que se analiza, debe ser tomado por el que aparece relacionado en el respectivo cuadro, y del que tántas veces se ha hablado.

Respecto a la factura No. 509 por $ 2.388.50, ya se dijo que la Jefatura lo desechó de plano, procedimiento

que ni está dentro de la lógica de las cosas y peca abiertamente por injusto y arbitrario.

En efecto, es verdad que la referida factura no apareció relacionada en el ANALISIS DEL ACTIVO de 1.948, por error de contabilidad, pero los comerciantes tuvieron la factura a la vista, y en la observación del Acta de los Revisores aparece la siguiente constancia: "Adicionamos a la lista de las facturas entradas en 1.948 y no cargadas en la cuenta de mercancías, que figura en su cuadro No. 6, la factura No. 509 de noviembre 15/48 de la casa AMERCOLE Co. de Nueva York, por U. S. $ 2.388.50, que en la hora de la revisión se nos traspapeló y que la hemos encontrado posteriormente."

De manera que sería aberrante desconocer su existencia y consecuencialmente su valor con perjuicio notorio de los contribuyentes.

Por tanto está factura también debe cargarse en la cuenta de mercancías por el valor que ella reza.

CANCELACIONES Y ABONOS

En la cuenta de mercancías (pag. 80 Cuad. No. 3) en renglón de "Otros Cargos", aparece relacionada como costo de mercancías una partida de $ 5.673.22, y que está discriminada en el Acta de Revisión (pag. 72 del mismo cuaderno), partida ésta que comprende tres conceptos, a saber: GASTOS por $ 455.00 por concepto de vidrios, una prima y dos piezas de tela para sanitario; MERCANCIAS POR $ 580.00 que comprende máquina de escribir y bancas para mercancías y finalmente $ 4.638.22, que corresponde a cancelación y abonos de cuenta, todas estas partidas totalizan $ 5.673.22, suma con que la Jefatura adiciona la renta obtenida por la sociedad.

Respecto a la primera partida por concepto de Gastos, debe aceptarse como deducción la expresada suma de $ 455.00, pues en realidad de verdad son gastos ordinarios y además, necesarios en el rol del negocio. También lo que corresponde a compra de MERCANCIAS, como son bancas y máquinas de escribir, porque los mismos comerciantes manifiestan haberlas comprado para venderlas. En este particular hay que estar al pensamiento y propósito de los declarantes.

Los contribuyentes consideraron como cuentas perdidas, tres saldos, a saber: uno a cargo del Banco de la República por $ 1.113.46, otro por $ 1.030.46, a cargo de Alejandro Martínez, y el último por $ 862.oo a cargo de Alberto Granados.

Respecto a la cancelación de estas cuentas perdidas, el rechazo de la Jefatura es legal, porque para que esto se pudiera realizar, los contribuyentes han debido darle cumplimiento al art. 47 del Decreto 818 de 1.936 que dice: "Las deudas sin valor, deducibles, de acuerdo con el numeral 5o. del art. 2o. de la Ley 78 de 1.935, de la renta bruta de contribuyentes que lleven libros y que estén dispuestos a permitir su inspección, son únicamente las contraídas con motivos y para fines del negocio, comercio o industria; y la justificación de su cargo deberá comprobarse en cualquiera de las siguientes formas: a) Con copia autorizada de la sentencia de graduación o del convenio, en caso de quiebra o liquidación judicial; b) Con una atestación judicial de que ni el deudor ni sus fiadores tienen bienes embargables; c) Demostrando que la deuda no está garantizada, que se han agotado para el cobro todos los procedimientos originariamente usados en el comercio sin haber obtenido el pago total de ella, y que el empleo de nuevos procedimientos significaría un gasto mayor que el saldo insoluto; o d) Demostrando que la deuda no está garantizada, que transcurridos más de cinco años a partir de su vencimiento y que se han intentado los procedimientos ordinarios de cobro sin haber obtenido el pago".

Ahora bien, como el contribuyente sólo se limitó a relacionar las deudas que en su concepto están perdidas, sin que por otra parte se hubiera dado cumplimiento a la forma condicionada para que esta clase de cuentas canceladas deban ser aceptadas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, es claro que el procedimiento adoptado en este particular por la referida entidad, es legal.

En cuanto a los abonos por la suma de $ 1.623.13, la Jefatura no admite la deducción de tal suma, porque "el extracto de cuenta de los referidos señores y las partidas indicadas con una flecha y un ojo, no pueden estimarse legalmente como prueba plena".

Se trata de partidas abonadas a la cuenta de los señores ECHEVERRI & CIA., agentes de Aduana en Buenaventura de los comerciantes Constantino y Nasser. Al respecto dicen los reclamantes lo siguiente: con "dichos señores (Echeverri & Cia.) llevamos una cuenta corriente interrumpida, y de vieja data, y al ver que nos hallábamos en desacuerdo con respecto a los saldos, les pedimos un extracto de la cuenta, y de este deducimos que el desacuerdo obedecía a falta de anotación de nuestra parte de esas planillas".

En realidad de verdad ocurrió el fenómeno de gastos causados en una vigencia y pagados en otra, y esta la razón para que la Jefatura los desechara, tesis ésta que

también va contra la equidad, pues si en realidad de verdad los gastos se causaron, como se verá más adelante, lo justo era tenerlos en cuenta.

No dice la Jefatura en qué consiste la "prueba plena y legal" en estos casos, ni se hace análisis del problema debatido, pues la Jefatura se contenta con hacer afirmaciones sencilla y llanamente. En cambio, aparece en el extracto de las planillas de la firma ECHEVERRI &.CIA. las partidas motivo del abono (pag. 58, 59 bis, 60 y 61 del cuad. No 3), lo que está indicando que efectivamente esas partidas representan un gasto imputable al año 1.948, fecha de su abono, aunque hubieran sido causadas en el año de 1.947.

Es pues, este abono, un mayor costo de mercancías que al no deducirse, afectaría la renta, elevándola en esta cantidad, lo que constituye tremenda injusticia, porque se haría aparecer a los contribuyentes recibiendo una utilidad que no se ha causado, y por el contrario, ha sido una erogación más en el negocio como costo de mercancías.

Todo ello está indicando que de la partida de $ 5.675.22, debe deducirse la suma de $ 2.658.13, que corresponde a GASTOS Y ABONOS Y MERCANCIAS, que en realidad debe figurar como deducción por mayor costo de mercancías.

Finalmente, los reclamantes censuran la partida de $ 457.75, que corresponden a gastos, pero que por ser en realidad de verdad no imputables a gastos ordinarios del negocio de la sociedad, está bien que no hayan sido aceptados como deducción.

Consecuente con las conclusiones que se dejan expuestas y el prolijo y detenido estudio de la cuestión planteada y debatida, la liquidación de los impuestos de renta, patrimonio y exceso de utilidades de los señores DIEGO CONSTANTINO Y ANDRES B. NASSER, por el año gravable de 1.948, habida consideración de que el patrimonio y renta de cada uno de ellos se desprende no solamente de lo individualmente declarado sino de los aportes y participaciones en la sociedad de DIEGO CONSTANTINO & CIA., quedará así:».

A continuación el Tribunal señala la forma como han de quedar las nuevas liquidaciones.

CONCEPTO FISCAL

Al emitir su concepto, el señor Fiscal de la Corporación solicita se confirme la sentencia apelada y comparte los razonamientos que el Tribunal de instancia formuló para concluir que evidente-

mente, al expedirse las Resoluciones acusadas, la Jefatura de Rentas había violado las disposiciones señaladas por el demandante y que, por lo mismo, se impone el reintegro de las sumas pagadas en exceso.

No considera necesario la Sala repetir la historia de los hechos que han dado origen al presente negocio y que viene ya hecha en la sentencia consultada, por lo cual entra al fondo del problema debatido en la forma siguiente:

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como para revisar las liquidaciones que de los impuestos de renta y patrimonio que deberían pagar los señores Diego Constantino y Andrés B. Nasser, correspondientes al año de 1.948, había practicado la Administración de Hacienda Nacional del Valle, la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales se fundó, de manera exclusiva, en las razones dadas para revisar la liquidación practicada a la sociedad Diego Constantino & Cía., es el estudio de tales razones el que podrá determinar el resultado de las acusaciones que se formulan contra las liquidaciones de los socios individualmente consideradas.

Como lo expresa el Tribunal de instancia, tres son los puntos que deben estudiarse para determinar la legalidad de las Resoluciones acusadas: 1º Si la partida de $983.oo, representativa del valor de dos máquinas de escribir, algunos bancos y vidrios, incorporada en el renglón de mercancías, deba ser o no incorporada al patrimonio y por lo mismo aumentar el valor de éste en esa cantidad; 2º. Si el costo de algunas mercancías adquiridas por los contribuyentes durante el año gravable con dólares y certificados de cambio, deba calcularse tomando como tipo de cambio de tales dólares y certificados la tasa oficial del 175%, o la tasa resultante del mercado libre; y 3º. Si el valor de las facturas números 60067 y 509 debe o no tomarse en cuenta para calcular los costos.

Con respecto del primer punto, la Jefatura aceptó las razones dadas por los contribuyentes y modificó las liquidaciones de éstos en sentido favorable a sus intereses por lo cual no es del caso estudiarlo. Los dos puntos siguientes los estudia el Tribunal extensamente en un razonado análisis que la Sala comparte y que se ha transcrito como fundamento del presente fallo por hallarlo ajustado a derecho.

A lo anterior se agrega:

Es principio general de nuestra legislación tributaria el de que, para determinar la renta líquida de todo contribuyente que se dedique a la compra y venta de mercancías de cualquier género, se sumen al precio de factura los gastos necesarios para que la mercancía pueda ser vendida, en forma de poder determinar claramente cuál ha sido el precio real de la cosa que se vende. En otras pa-

labras: es necesario determinar en primer término el precio de costo.

Siguiendo este principio, el numeral 3º del art. 33 del Decreto 818 de 1.936, reglamentario de la ley 78 de 1.935, orgánica de los Impuestos, establece que para determinar el costo de las mercancías compradas para la venta, se sumarán al precio neto de adquisición, además de otros gastos, los premios pagados por cambios de monedas extranjeras, con lo cual debe entenderse que en tratándose de mercancías compradas en el exterior, con moneda distinta a la colombiana, el costo debe determinarse tomando en consideración la suma que en pesos colombianos -y efectivamente- haya tenido que desembolsar el comerciante para pagar tales mercaderías. La regla anterior debe sujetarse, como es natural, al tipo oficial de cambio asignado por el Gobierno para cada caso. Pero con el propósito de preservar las reservas nacionales de divisas, el Gobierno se ha visto obligado en diversas ocasiones a controlar la importación de mercancías mediante el señalamiento de grupos distintos según sea más o menos esencial la necesidad que el país tenga de ellas. En algunos casos se ha llegado hasta la prohibición definitiva. Es así como las mercancías aparecen clasificadas en mercancías de primero, segundo, tercero, etc. grupos, y como el otorgamiento de las licencias de importación, queda también sometido a la importancia que la legislación vigente en determinado momento atribuye a ciertas clases de artículos.

También las monedas extranjeras provenientes de las exportaciones han sido sometidas, entre otras, por las disposiciones del Decreto 1949 de 1.948, al control oficial. Según esta norma todas las monedas extranjeras provenientes de la exportación de mercancías a que se refiere el art. 1º del Decreto citado, deberían ser cambiadas en el Banco de la República, a la rata oficial de cambio. Pero las provenientes de otras fuentes, es decir, las originadas en la exportación de mercancías distintas a aquellas de que trata el art. 1º u originadas por la importación de capitales, si bien deberían también ser cambiadas en el Banco de la República, su cambio no estaba sometido al tipo oficial del 175. A cambio de ellas el Banco expedía a sus propietarios los llamados "Certificados de cambio" que conforme al art. 3º ibídem eran de "libre mercado". Esta diversidad de tratamiento para las divisas provenientes de una u otra fuente se encaminaban a fomentar la producción y exportación de determinados productos y a promover la introducción de capitales nuevos.

Ahora bien: La legislación vigente para el año de 1.948 a que se refieren las liquidaciones en estudio permitía la importación de algunas mercancías mediante licencias "reembolsables" en virtud de las cuales el comerciante tenía derecho a que por la Oficina respectiva se les vendieran los dólares necesarios para el pago, al tipo oficial del 176; pero permitía igualmente la importación de otra clase de mercancías que por no ser consideradas como de pri-

mera necesidad solamente podían importarse mediante licencias "no reembolsables", es decir, mediante licencias que no otorgaban a sus titulares el derecho a comprar del Banco de la República, los dólares necesarios para el pago de tales mercancías, ni imponían al Banco la obligación de vender al comerciante tales dólares. De esta suerte, el comerciante interesado, para poder cumplir sus compromisos y pagar las mercaderías para las cuales se le había concedido una licencia "no reembolsable", tenía necesidad de obtener las divisas necesarias en el mercado libre. Era en este mercado libre en donde él adquiría los llamados certificados de cambio que -como es sabido de todos- se cotizaban a una tasa superior a la oficial.

Se explica así cómo el costo de las mercancías importadas mediante licencia no reembolsable, resultaba superior al que hubieran tenido de haberse concedido para ellas una licencia reembolsable.

Tal lo ocurrido en el caso de autos:

Para pagar algunas mercancías traídas al país mediante licencias "no reembolsables", la sociedad Diego Constantino & Cía., tuvo necesidad de comprar en el mercado libre las divisas necesarias para el pago; esta compra la hicieron, según su contabilidad y conforme a la certificación de los propios vendedores, a un tipo de cambio superior al oficial. Estas operaciones fueron legales pues, como se ha visto, existía un mercado libre y se obtuvieron las licencias de importación correspondientes.

Siendo esto así se ve claro que el costo real de las mercancías no es el que resulte de calcular los dólares pagados por tales mercancías al tipo oficial sino el que resulte de calcularlos al tipo real de compra.

La equivocación de la Jefatura reside en creer que para el año de 1.948 toda operación de compra debía calcularse al tipo oficial, cuando la legislación de entonces permitía adquirir divisas no solamente del Banco de la República sino tambien en el mercado libre.

Con relación al tercer punto la Sala considera válidas las razones transcritas dadas en la sentencia que se estudia, a saber: la factura No, 60067 aparece claramente relacionada en la contabilidad y fue aceptada por la Jefatura de Rentas. Solamente que al computar su valor el cómputo se hizo a la tasa del 175. Pero por las razones expuestas en el punto anterior se deduce que al ser aceptada ha debido computarse al tipo real de cambio y no al oficial como lo hizo la Jefatura. Con respecto a la factura 509 de noviembre de 1.948 que la Jefatura rechazó con la afirmación de que no aparecía relacionada en el acta de los revisores, basta con recordar que en tal acta los Revisores dijeron lo siguiente que infirma lo dicho por la Jefatura: "Adicionamos a la lista de las facturas entradas en 1.948 y no cargadas a la cuenta de mercancías, que figuran en su cuadro No. 6, la factura 509 de noviembre 15 de 1.948 de la casa Amorquele Co. de NuevaYork por U. S. $ 2.388.50 que en

la hora de la revisión se nos traspapeló y que la hemos encontrado posteriormente".

Si dicha factura fue encontrada y así lo certifican los revisores, no se ve la razón para que se deseche.

* * *

Todos las consideraciones anteriores las ha hecho la Sala en gracia a la importacia del asunto, y de conformidad con ellas procedería confirmar la sentencia del Tribunal a-quo. Sin embargo, la sentencia consultada habrá de revocarse para declarar, en su lugar, probada la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda, en virtud de las siguientes razones:

Conforme aparece ameritado de autos, la acción de revisión en el presente juicio se ha ejercitado contra tres actos administrativos diferentes, a saber: las resoluciones Nos. R-1462-H. de 21 de agosto, R-1503-H de 28 agosto, y R-1520-H de 28 de agosto, todas de 1.950, expedidas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, por medio de las cuales dicha entidad procedió a revisar las liquidaciones que sobre el impuesto de renta y complementarios para el año gravable de 1.948 había efectuado la Administración de Hacienda Nacional del Valle a la sociedad "Diego Constantino & Cia"., al socio Diego Constantino y al socio Andrés B. Nasser, respectivamente.

Ahora bien: siendo los tres actos administrativos demandados, diferentes y siéndolo igualmente las personas afectadas por ellos, una de las cuales la sociedad "Diego Constantino & Cia.," es persona jurídica, el señor apoderado ha debido ejercitar la acción de revisión separadamente contra cada una de las resoluciones antes mencionadas y a nombre de cada una de las personas interesadas. Con todo, no lo hizo así sino que se limitó a presentar una sola demanda ante el H. Tribunal Administrativo del Valle, acusando en forma conjunta y a nombre de Diego Constantino y de Andrès B. Nasser los actos administrativos relacionados

Lo anterior quiere decir que el señor apoderado involucra en una sola demanda tantas acciones de revisión como resoluciones acusa, lo cual jurídicamente es improcedente, por cuanto los actos impugnados no constituyen una unidad indivisible sino actos diferentes, de cada uno de los cuales se derivan distintas cargas u obligaciones para cada una de las personas afectadas.

En otros términos, en el caso de autos, se está en presencia de una indebida acumulación de acciones que, en consecuencia, configura la excepción perentoria de inepta demanda y releva a la Sala de entrar a resolver sobre el fondo del presente litigio. Es así como el Consejo debe declarar probada en este juicio la excepción mencionada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso—Administrativo, oído el concepto de su Fiscal colaborador y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre

de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA la sentencia, proferida por el H. Tribunal Administrativo del Valle, con fecha 14 de diciembre de 1.953, y en su lugar declara probada en este juicio la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Rafael Rueda Briceño, Manuel Buenahora, Daniel Anzola Escobar, José Enrique Arboleda V., Rafael Marriaga, Ildefonso Méndez, Antonio José Prieto.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

IMPUESTOS

CONDICIONES PARA DEDUCIR SI LAS COMISIONES CAUSAN GRAVAMEN. EXCESO DE UTILIDADES. MULTAS. SANCION AL CONTRIBUYENTE POR INEXACTITUD EN LA DEMANDA.

(Consejero Ponente: Dr. Manuel Buenahora).

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

Referencia: Nulidad de las Resoluciones No. R-1225-H de julio 17 de 1.950 y No. R-1732-H de noviembre 19 de 1.952, de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.
Actor: ALBERTO DE LA ESPRIELLA.

Después de que don Alberto de la Espriella presentó su correspondiente declaración de impuestos ante la Administración de Hacienda Nacional de Barranquilla, para los causados en el período de 1.948, la referida oficina le hizo la correspondiente liquidación, y fijó aquellos en $1.500.30 mas $385.62 por concepto de la inversión de que trata la ley 85 de 1.946.

Posteriormente la Jefatura de Rentas e Impuestos ordenó una revisión a la contabilidad del contribuyente y por conducto de los Revisores señores Ernesto Otálora y Carlos Bravo la practicó con fecha 13 de Enero de 1.950.

De conformidad con el acta levantada se produjo el concepto contable No. R.77-H y con base en éste, la Jefatura expidió la Resolución R.1225-H de julio 17 de 1.950, de acuerdo con la cual elevó a $17.303.34 la suma que el contribuyente debería pagar por concepto de los impuestos de renta y complementarios correspondientes a 1.948.

Para ello la Jefatura se fundó en que el contribuyente había dejado de relacionar en su patrimonio la suma de $32.724.65, representada en créditos por cobrar; en que no podían aceptarse algunas de las deducciones pedidas y algunos de los gastos que aquél afirma haber hecho para el sostenimiento de su negocio de ganadería. En razón de la inexactitud deducida, la Jefatura dedujo igualmente que debía imponerse al contribuyente la multa de que trata el art. 26 de la ley 35 de 1.944.

El interesado interpuso contra dicha providencia recurso de reposición alegando que dada la naturaleza de su negocio de arrendamientos, su principal renta se deriva de comisiones que recibe de los propietarios; que por la necesidad de anotar la historia de los débitos y crèditos, y a medida que los arrendamientos se causan, se ve obligado a contabilizar las comisiones aunque los arrendamientos no hayan sido pagados; que como anticipa a los propietarios de los inmuebles el valor de los arrendamientos aunque éstos no hayan sido pagados en realidad, lleva una cuenta denominada "cuenta de arrendamientos" que se debita con el monto mensual de los arrendamientos pagados a los propietarios y se acredita con los pagos que hacen los inquilinos; y en fin, que por tales razones, su declaración "no incluye como ingreso los arrendamientos que los inquilinos me quedan debiendo, ni las comisiones que me corresponden por dichos arredamientos". Agrega que la fuente principal de sus ingresos la constituyen las comisiones, razón por la cual no puede llevar otro sistema contable que el de "ingresos y egresos de Caja", pues la comisión no se hace efectiva sino cuando realmente la recibe al pagar los inquilinos sus arrendamientos. Respecto de la multa dice que "la inexactitud no es aplicable" a errores o diferencias de aplicación en que pueda incurrir el contribuyente, sobre lo que constituye su renta o patrimonio gravable, sino a los que declaren ingresos menores de los que realmente perciban", y que no habiendo declarado ingresos menores a los realmente percibidos, no puede la Jefatura imponer dicha multa.

Teniendo en cuenta que el problema debatido tiene un carácter esencialmente contable, la Jefatura ordenó una segunda revisión en la contabilidad del contribuyente, y se produjo así un nuevo concepto que lleva el No. R-16.H de 1.950, y con base en él expidió la Resolucción No. R.1732-H de 19 de noviembre de 1.952 por la cual se aceptan algunas explicaciones dadas por el contribuyente y se rebaja a la cantidad de $15.327.09 la suma fijada anteriormente por concepto de tales impuestos.

Inconforme, el señor de la Espriella, por conducto de su apoderado legal, solicitó del Tribunal Administrativo del Atlántico declarara "la nulidad" (sic) de las Resoluciones referidas atrás y que como consecuencia "se ordene a la Jefatura de Rentas declarar válida la liquidación practicada por la Administración de Hacienda Nacional del Atlántico"..... y libre el contribuyente de pagar las sumas adicionales señaladas por la Jefatura.

En subsidio solicita "que se ordene a la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales que rehaga la liquidación a cargo del señor de la Espriella ajustándose a las prescripciones legales de conformidad con lo que resulte del juicio".

El Tribunal puso fin al negocio con sentencia de fecha 20 de de febrero de 1.954 por la cual se niegan las peticiones de la demanda fundándose principalmente en que no habiéndose allegado al expediente los antecedentes administrativos, carecía de pruebas

que le permitieran decidir con acierto.

Apelada esta sentencia para ante el Consejo, el juicio ha recibido la tramitación propia sin que se observe causal alguna de nulidad.

Para resolver se considera:

De conformidad con el art. 271 del C. C. A., toda persona a quien se exija un tributo definitivamente liquidado, tiene derecho a pedir la *revisión* de la operación administrativa que tal cosa ordena para que por la jurisdicción contenciosa se declare, o que no está obligada a cubrir el tributo que se le cobra, o para que se haga una nueva liquidación en la cual se fije la suma a su cargo. No cabe, en estos juicios, la llamada acción de nulidad.

De acuerdo con las peticiones de la demanda, se solicita la nulidad de las resoluciones expedidas por la Jefatura de Rentas, y como consecuencia de dicha nulidad que se declare válida la liquidación practicada por la Administración de Hacienda Nacional del Atlántico y libre el señor de la Espriella de pagar las sumas adicionales fijadas por la Jefatura.

Subsidiariamente se solicita que se ordene a ésta rehacer la liquidación.

Evidentemente las anteriores peticiones están mal formuladas pues no se pide la *revisión* de la operación administrativa en la que el impuesto se concretó, ni tampoco que por el Consejo se haga la nueva liquidación.

Sin embargo la Sala, teniendo en cuenta que del contexto de la demanda y de las disposiciones legales que se invocan, se deduce que el actor quiso ejercitar, no la acción de nulidad sino la de revisión de la operación administrativa por la cual se liquidaron sus impuestos, interpreta la demanda en este sentido y entra a resolver mediante las consideraciones siguientes:

Los siguientes son los puntos objeto de reclamo:

1o. Haber el contribuyente dejado de incluír en su declaración de patrimonio la suma de $32.742.65.

En realidad la Jefatura incluyó esta suma en el patrimonio del contribuyente en virtud de la propia confesión que éste hizo al contestar las observaciones hechas en el Acta de Revisores. Como según ésta la contabilidad establecía que se habían recaudado durante el año de 1.948 $73.754.26, por concepto de comisiones, el contribuyente, al explicar por escrito esta diferencia con su declaración, y después de explicar que su principal entrada la constituían las comisiones de arrendamiento, dijo (f.34):

> «Para tal efecto tiene (el suscrito) contratos con los propietarios de casas y es mi deber entregarles a dichos propietarios mensualmente el valor de los arriendos, no

importando que para dicha fecha los inquilinos hayan efectuado los pagos correspondientes».

A renglón seguido explica que la partida de $32.742.65 dejada de declarar correspondía a comisiones pendientes de recaudar, a alquileres pendientes por inquilinos que habían desocupado los inmuebles y a alquileres pendientes por inquilinos no traspasados.

Esta declaración del interesado fue luego estudiada por los nuevos revisores enviados a petición suya al solicitar la reposición de la primera de las providencias acusadas y en este segundo estudio se ratificó, en los propios libros del contribuyente, lo dicho por los primeros revisores acerca de que el monto ascendía a $73.754.26 (f.12); pero en esta misma revisión se comprobó que dentro de esta partida "no figuran abonos por concepto de arrendamientos pertenecientes a los dueños de los inmuebles arrendados"; y que la cuenta de arrendamientos se llevaba por separado. Es decir que las explicaciones dadas por el contribuyente no eran ciertas en este punto.

Pero es que además de lo anterior, la propia explicación dada por el señor de la Espriella viene a dar la razón a la Jefatura en cuanto a patrimonio se refiere: evidentemente si como lo dijo el interesado él paga a los propietarios el arrendamiento auncuando los inquilinos no lo hayan hecho, quiere ello decir que el señor de la Espriella tiene, como de su propiedad exclusiva y a cargo de los inquilinos, créditos a su favor por una suma igual; luego tales créditos han debido ser denunciados en su patrimonio, y por ello tuvo razón la Jefatura cuando dijo a este respecto: "el dinero en efectivo entregado a los propietarios de los inmuebles, se transforma en un crédito a favor del interesado y a cargo de los arrendatarios". Ahora, si el contribuyente considera tales créditos como perdidos ha debido seguir el procedimiento legal para el caso.

A lo anterior se agrega que si el contribuyente, a su turno, prestaba el dinero con que pagaba a los propietarios, ha debido entonces denunciar como pasivo tales deudas. Pero el hecho cierto en los autos es que aquél aparece como único dueño de los arrendamientos por él anticipados y que no aparece por ninguna parte que él adeude esa misma cantidad.

Tan claro es este punto que el propio apoderado del actor en segunda instancia dice al folio 56:

> «Sin embargo, podría argumentarse que como el señor de la Espriella pagó los arrendamientos pendientes de recaudo, se subrogó en todas las acciones. En realidad esta argumentación es inobjetable y el señor de la Espriella ha debido declarar el valor correspondiente al saldo de la cuenta Deudores Varios».

Queda así aclarado que la partida de $ 32.742.65 no está in-

cluída dentro de los $ 73.754.26 que arrojan las comisiones; que para el 31 de diciembre del año gravable el contribuyente poseía en su patrimonio créditos a su favor por la suma que él mismo confesó; que la Jefatura aceptó su dicho y que, por lo mismo, lo incluyó en el patrimonio.

2o.- Que la misma suma de $ 32.742.65 no puede igualmente tenerse como renta.

Para el mejor entendimiento de este punto debe recordarse que para la presente revisión la Jefatura se ha fundado en las dos actas levantadas por sus Revisores después de estudiar la contabilidad del contribuyente, en las explicaciones dadas por éste en aquellas.

Como se vió anteriormente, en el acta levantada con fecha 18 de septiembre de 1.950, los técnicos de la Jefatura comprobaron, después de sumar las partidas que mes por mes la contabilidad arroja como producto de las comisiones, que al finalizar el año éstas ascendieron a $ 73.754.26. Y agregaron que dentro de esta partida "no figuran abonos por concepto de arrendamientos pertenecientes a los dueños de los inmuebles arrendados". Lo anterior quiere decir que el total de dicha partida es producto de comisiones. Pero como al revisar la cuenta de "Arriendos" los mismos peritos hallaron que estaban pendientes de pago arrendamientos por la suma de $ 89.702.75, a continuación de la nota anterior, dijeron lo siguiente (f.12 antecedentes administrativos):

> «Igualmente esta partida incluye la comisión de los $ 89.702.75 por concepto de arrendamientos no pagados por los inquilinos. El porcentaje de la comisión es aproximadamente del 7.5 %».

De esta nota se deduce que si bien se habían contabilizado $ 73.754.26 como producido de las comisiones, en esta cantidad estaban incluídas las correspondientes a $ 89.702.75 de arrendamientos que los inquilinos aún no habían pagado y que ascienden a $ 6.727.71.

Se presenta sí el problema de saber si esta última suma, constituye o nó una comisión causada o devengada ya para el 31 de Diciembre, de suerte que de ella pueda decirse que constituye ya una renta.

La Jefatura se inclinó por la afirmativa ante la afirmación del contribuyente de que él pagaba los arrendamientos a los propietarios aunque los inquilinos no lo hubieran hecho. De esta afirmación dedujo que si de la Espriella ya había pagado tales arrendamientos, los pendientes de pago no podía acreditarlos a Caja o a Bancos sino después de haber descontado el valor de la comisión que se acredita a esta cuenta.

El contribuyente, a su turno, afirma que tal suma no constituye un bien patrimonial del contribuyente porque la comisión de a-

rrendamientos pendientes no se ha causado. Razona así:

> «..... ....no se había causado a favor del contribuyente, porque la comisión se causa una vez realizada la labor o ejecutado el acto que le da origen. Si los arrendamientos no se habían recaudado mal podía existir a favor del contribuyente un crédito por concepto de la comisión correspondiente a ese recaudo; mal podría el contribuyente exigir el pago de la remuneración por un trabajo no ejecutado. Luego es lógico que la cantidad anotada tampoco constituye un derecho patrimonial a favor del contribuyente sino cuando la comisión se cause, es decir, cuando el acto que la origina se haya realizado, o sea, cuando se paguen los arrendamientos»

Para la solución de este punto la Sala considera que, en tratándose de comisiones, debe evidentemente indagarse el origen y la naturaleza de éstas para saber si se han causado o nó y deducir en cada caso si puede o nó ser objeto de gravamen. Deben igualmente averiguarse las condiciones del pacto que las originan. Cuando la comisión depende de que se ejecutó o nó un trabajo, es natural que si dicho trabajo no se realiza, tampoco la comisión se produce. Por eso sería necesario averiguar en cada caso concreto las condiciones del negocio para poder deducir si las comisiones se han causado; si provienen del trabajo personal del comisionista; si para producirlas intervino un capital o, en fin, si constituyen renta mixta por derivarse del capital y del esfuerzo personal combinados. En general, la comisión que se produce debido al esfuerzo de cobrar unos arrendamientos, mientras el comisionista no logre terminar el trabajo de hacer que el arrendatario los pague, no puede decirse que la comisión se haya causado aun cuando las mensualidades estén ya vencidas. No puede acreditarlas en su contabilidad porque el propietario no ha recibido aún el beneficio que esperaba de su trabajo, y si lo hace, no quiere ello decir que el propietario del inmueble le adeude esa comisión. Si el arrendatario no paga, la comisión no se ha causado, no se ha derivado utilidad ninguna y por lo mismo no hay objeto sobre el cual pueda recaer el gravamen.

Al tenor de lo expuesto parecería que la suma de $ 6.727.75 que se dice corresponden a comisiones por arrendamientos no pagados, no corresponden a una renta real por cuanto tales comisiones no se han causado. En realidad, así sería si esa suma tuviera como causa el esfuerzo personal del Sr. de la Espriella, para cobrar los arrendamientos y no fuera debida al capital por él adelantado a los propietarios. En este caso el problema se origina en que se denomina "comisión" lo que no es sino un simple descuento.

En efecto, si como lo explicó el contribuyente él "tiene contratos con los propietarios de casas y es mi deber entregarles a dichos propietarios mensualmente el valor de los arrendamientos, no importan-

do que para dicha fecha los inquilinos hayan efectuado los pagos correspondientes", el porcentaje que le deduce a los propietarios se causa no a consecuencia del esfuerzo de cobrar sino en razón del anticipo que él les hace. Como existe un contrato que le obliga a pagar por anticipado, su negocio con el arrendador se perfecciona en el momento en que éste recibe su dinero y el señor de la Espriella queda, desde ese momento, dueño del crédito a cargo del arrendatario, crédito que incluye tanto la suma dada por él al arrendador como el descuento que le ha hecho a éste. Es decir, su descuento, o si quiere llamársele así su "comisión" se ha convertido desde ese momento en un crédito a cargo del arrendatario. Con esta operación sucede algo parecido a lo que le ocurre a quien da dinero en prèstamo y se cobra los intereses por dentro: su utilidad se produce en el momento en que entrega el dinero y si al vencimiento del plazo no se le paga la suma adeudada, el prestamista puede cobrar no solo la suma que entregó sino también la que había descontado por concepto de intereses adelantados.

Todo lo anterior porque, según su confesión, el señor de la Espriella necesita y hace jugar un capital de su exclusiva propiedad. Cosa diferente ocurriría, si como se verá adelante al estudiar el impuesto sobre exceso de utilidades la renta se deriva, nó del capital propio sino de su habilidad como comisionista intermediario. Y que tiene dicho capital es cosa que no puede discutirse porque si no lo tuviera no hubiera podido cumplir, como lo hizo, sus compromisos con los propietarios.

De lo anterior se concluye que a pesar de la observación de los revisores (pág. 12 antecedentes administrativos) la suma de $6.727.71 incluída en los $73.754.26, total de las llamadas comisiones, también forma parte de su renta obtenida durante el año gravable, y que tampoco por este aspecto la demanda puede prosperar.

3º. Que no puede cobrarse exceso de utilidades.

Para cobrar este impuesto la Jefatura parte del hecho de que para la producción de la renta en el negocio del demandante influye de manera indiscutible el capital, y agrega que como también es cierto que existe un esfuerzo personal, le reconoce el máximum de lo permitido por este concepto por los arts. 24 y 25 del Decreto 818 de 1.936, o sea, la suma de $15.000.oo que se le descuenta para los efectos de dicho impuesto.

El demandante, de acuerdo con su tesis de que su renta proviene de "comisiones" y de que "la comisión es por su naturaleza asalariada" (art. 333 C. de Co.) afirma que está exento del impuesto sobre exceso de utilidades.

Como se vió anteriormente, por la propia confesión del actor, para su negocio de adelantar o comprar los arrendamientos constituye factor esencialísimo el capital, y si esto es así, no puede decirse que la producción de su renta constituya un salario sino la natural retribución de su capital invertido y de su esfuerzo perso-

nal. En ningún caso podría decirse que tal renta es consecuencia exclusiva del último.

La propia definición del C. de Co. citada por el demandante indica que la comisión es por su naturaleza asalariada, con lo cual se quiere significar que solamente puede llamarse "comisión" a la utilidad que se produce por el solo esfuerzo personal, sin intervención de un capital propio del comisionista.

No puede olvidarse que para la producciòn de cualquier renta, inclusive la originada en capital, es necesario un mínimun de esfuerzo personal y por eso el legislador para los casos en que, como el presente, la utilidad es fruto del capital y del esfuerzo personal combinados, permite que además del 12 o/o que se considera como utilidad normal del capital, para la liquidación de este impuesto se deduzca igualmente una suma razonable como compensación del esfuerzo personal. De ahí que la Jefatura dedujera de la renta, gravable del contribuyente $22. 902.78 como renta normal de su patrimonio y $15.000.00 como renta de trabajo, libre del impuesto sobre exceso de utilidades y no le gravará con éste impuesto sino la cantidad de $15.860.75.

En el caso de autos está comprobado que el demandante adelanta o compra los arrendamientos; para esta operación necesita indiscutiblemente un capital luego éste influye definitivamente en la producción de su renta y le quita a éste el carácter de salario.

Cosa diferente podría ocurrir si se hubiera comprobado que en la agencia del señor de la Espriella alguna parte de las comisiones de que da cuenta su contabilidad provinieran del trabajo de cobrar los arrendamientos para entregarlos a los propietarios de los inmuebles. En caso tal hubiera sido necesario distinguir las producidas por el capital y el trabajo personal combinados de las producidas por el simple trabajo del cobro de los arrendamientos para que el producido de éstas últimas se libraran del impuesto sobre exceso de utilidades. Pero el demandante no sólo no se situò en esta posibilidad sino que afirmó que tenía obligación contractual de pagar a los propietarios en todo caso. En este evento hubiera sido también necesario que en su declaración las hubiera expresado separadamente, cosa que tampoco hizo ni podía hacer para ser lógico con sus explicaciones acerca del conjunto de su negocio.

Podría también ocurrir que aún sin tener capital una Agencia de esta clase adelantara a los dueños de inmuebles los arrendamientos tomando estos valores de las sumas de otros propietarios que dejan en su poder los arrendamientos ya pagados, que solamente los reclaman por períodos mas o menos largos, y que en este evento se cobrara una comisión superior a la ordinaria. En este caso talvez pudiera hablarse también de que se trata de renta de trabajo por no existir capital propio de la Agencia y porque la utilidad obtenida es fruto de la habilidad personal al mover los fondos generales de otros propietarios. Pero tampoco es este el caso de autos en donde de la visita practicada el 18 de septiembre de 1.950

(folio 13 antecedentes administrativos) se observa que la Agencia, durante casi todos los meses, entregó mensualmente a los propietarios sumas superiores a las que a su turno recibió de los arrendatarios, lo cual comprueba una vez más que existe un capital propio de la Agencia.

Se niega, por consiguiente, este cargo.

4o.- Rechazo de algunas deducciones.

Este rechazo se refiere tanto a gastos hechos en la Agencia de arrendamientos como a los realizados en el negocio de ganadería.

Respecto de los primeros la contabilidad demostró que no eran gastos propiamente dichos sino inversiones en "escritorios, máquinas de escribir, trabajos de ampliación, rejas oficina, vitrina y arriendos perdidos", o a gastos extraordinarios como pago de multas, pago de impuestos sobre la renta en 1.947 etc., respecto de los cuales la ley sòlo permite que se castiguen con una depreciación anual o no permite su deducción como los que se refieren a multas e impuestos.

Respecto a los gastos en el negocio de ganadería debe observarse en primer término que la Jefatura los rechazó sencillamente porque para este negocio el contribuyente no lleva ninguna contabilidad, ya que los libros presentados se refieren de modo exclusivo al negocio de arrendamientos y que si bien es cierto que la declaración del contribuyente se presume correcta, también lo es que éste tiene obligación de llevar libros registrados de todos sus negocios y no sólo de una parte de ellos. Tal presunción se fundamenta en la otra de que el contribuyente puede demostrar, cuando así lo exija la Administración, la verdad de sus asertos. Si así no fuera los contribuyentes podrían relacionar gastos inexistentes basados en dicha presunción legal y se haría nugatoria la obligación de llevar libros registrados. Por lo anterior, la Jefatura hubiera podido rechazar la totalidad de tales gastos, a pesar de lo cual reconoció un 50 o/o.

5o.- Multa.

La demanda no ataca concretamente este aspecto, a pesar de lo cual la Sala lo estudia por haber sido objeto de discusión en los antecedentes administrativos.

Se impuso al contribuyente como sanción por inexactitud el 50 o/o de la totalidad del impuesto al tenor de lo dispuesto en el art. 125 del Decreto 818 de 1.936.

El demandante alega en su favor la jurisprudencia de este Consejo conforme a la cual dicha sanciòn se aplica solamente sobre el impuesto correspondiente a la renta omitida y no sobre la totalidad del impuesto deducido.

Como lo ha dicho el Consejo la anterior doctrina no puede hoy sostenerse como tal ante la interpretación que con autoridad hizo el Decreto Legislativo No. 3222 de 1.952 al respecto. Mas po-

dría alegarse que por tratarse de una disposición de carácter penal y que en esta materia la ley favorable o permisiva prefiere a la odiosa o restrictiva auncuando sea posterior al hecho que se imputa. Esto es cierto y la Sala ha dado aplicación a este principio en varias ocasiones. Desgraciadamente en el caso de autos la disposición del Decreto 3222 citado le es desfavorable al demandante y por esa razón no le da aplicación. En efecto, según esta disposición no se sanciona al contribuyente con el 50 o/o de la totalidad del impuesto como lo hacen las resoluciones acusadas, sino con un recargo equivalente a cinco veces el valor del impuesto correspondiente a las rentas o bienes omitidos. La base de este impuesto, según dicha norma, será la diferencia entre la liquidación definitiva y el impuesto calculado según la declaración del contribuyente.

Como de la declaración presentada por éste le resulta un impuesto de $ 1.500.30 y el impuesto conforme a la liquidación definitiva ascendió a $ 15.327.09, resulta una diferencia que por sí sola es superior a lo cobrado por este concepto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto de su Fiscal colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico con fecha 20 de Febrero de 1.954.

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

Rafael Rueda Briceño, Manuel Buenahora, Daniel Anzola Escobar, José Enrique Arboleda V., *Rafael Marriaga, Ildefonso Méndez, Antonio José Prieto.- Guillermo Novoa Rodríguez,* Secretario.

IMPUESTOS

UTILIDADES CAUSADAS Y NO RECIBIDAS POR EL CONTRIBUYENTE EN UN DETERMINADO AÑO GRAVABLE

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

(Consejero Ponente: Dr. José Enrique Arboleda V).

Referencia: Expediente 5891 Impuestos. Juicio instaurado por el Dr. Absalón Fernández de Soto contra las Resoluciones números R -2059- H y R -3962- H de 1.953 de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.

El Dr. Absalón Fernández de Soto, hablando en nombre propio, solicitó del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que es nula la Resolución número 2059 de 5 de junio de 1.953, dictada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, por la cual adicionó con la cantidad de $7.321.49 la suma que al demandante le correspondia pagar por impuesto sobre la renta, patrimonio y complementarios, por el año gravable de 1.951.

"*Segunda.* Que es nula asímismo, la Resolución número 3962 de 5 de diciembre de 1.953, por la cual dicha Entidad confirmó la providencia a que se refiere la declaración anterior, y,

"*Tercera.* Que como consecuencia de la nulidad decretada, la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca debe reembolsar al demandante la cantidad de $7.342.49, cobrada adicionalmente sobre la cantidad que legalmente le correspondía pagar por el año fiscal de 1.951".

Los hechos de la demanda son los siguientes:

"1. La Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, basada en la declaración de Renta y patrimonio

correspondiente al año gravable de 1.951, que hice oportunamente, fijó en la suma de "4.075.04 el valor del impuesto que el suscrito debía pagar por dicho año. Esa suma la pagué tan pronto como me fue pasada la respectiva liquidación, fechada el 20 de junio de 1.952.

«2º. Al año siguiente, oficiosamente, la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales con la facultad que le confiere el artículo 15 de la ley 81 de 1.931, procedió, por Resolución 2059 de 20 junio de 1.953, a modificar dicha liquidación y elevó a la cantidad de $ 11.396.53 el valor del impuesto sobre la renta, patrimonio y complementarios que el suscrito debía pagar por el año de 1.951.»

....

"El hecho que dió origen a tales resoluciones consiste en que el suscrito, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1o. de dicha ley, en la declaración de renta que hizo en febrero de 1.952, correspondiente al año de 1.951, declaró solamente, en el renglón respectivo, la suma de $30.000.00, que recibió del señor Luis Carlos Delgado Rivera, el 6 de diciembre de 1.951, a buena cuenta de servicios profesionales estimados en $ 60.000.00, debiendo haber declarado -dice la Jefatura- la totalidad de esos honorarios, no importa que el saldo de $30.000.00 solo hubiera sido pagado en febrero de 1.952, al vencimiento de la letra suscrita al efecto por el señor Delgado Rivera.»

En extensos razonamienios (que se analizarán en su oportunidad) trata el actor de demostrar lo injurídico de la tesis de la Jefatura, razonamientos cuya síntesis hace el mismo, así: "La disposición legal que concretamente considero violada es el artículo 1º. de la ley 81 de 1.931, en cuanto sólo autoriza a incluír en la renta bruta correspondiente al año gravable las cantidades que por concepto de renta *sean recibidas* en el mismo año por el contribuyente".

El H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de 9 de julio de 1.954, decidió el negocio de manera favorable a las peticiones de la demanda, basado en el siguiente argumento:

«Ante la claridad del texto de la parte final de la disposición que se deja transcrita, acerca de que 'el monto de tales cantidades (las enumeradas como renta) será incluído en la renta bruta correspondiente al año gravable en que *sean recibidas* por el contribuyente, no cabe la distinción que hace la Jefatura para incluir como utilidades recibidas por un contribuyente, aquellas que no habiéndose recibido físicamente se han causado a su favor como derecho irrevocable y en cuantía líquida, con la consideración de que

en este último evento debe entenderse que las rentas se han causado jurídicamente.

"El artículo 27 del C. C. perentoriamente ordena que cuando el sentido de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".

El contribuyente recibió del señor Delgado Rivera a buena cuenta de los honorarios convenidos a que se refiere la Jefatura en las resoluciones acusadas, la cantidad de $30.000.00 en 1.951, y sòlo esa cantidad debía incluir en la renta bruta correspondiente a ese año, por el concepto dicho, como lo hizo el Dr. Absalón Fernández de Soto.

"Ante la aplicación exacta del precepto comentado por parte del contribuyente en este caso, es innecesario extenderse en otras consideraciones para llegar a la conclusión que la acción instaurada debe prosperar, y que el total del impuesto a cargo del Dr. Fernández de Soto por el año de 1.951, es únicamente la cantidad de $4.075.04, según la liquidación que le practicó la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca con fecha 30 de junio de 1.952, por lo cual debe ordenarse la devolución del excedente de esa suma».

De la anterior sentencia no apeló el señor Agente del Ministerío Público, ni fue remitida en consulta. Al ser presentada en copia auténtica a la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales para obtener el Dr. Fernández de Soto la devolución decretada en la misma, dicha Entidad se negó a cumplirla sin que previamente fuera revisada por esta Corporación por razón de la consulta ordenada en el artículo 28 del Decreto Legislativo 0270 de 1.953.

A solicitud del demandante el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca retrotrajo el procedimiento y envió los autos al Consejo para que se surtiera la consulta referida. En tal virtud el asunto pasó al señor Fiscal de la Corporación, quien transcribe, para prohijarlos, los razonamientos del Tribunal de primera instancia y pide la confirmación del fallo ameritado

Como el asunto se encuentra en estado de recibir sentencia y no aparece vicio que acarree nulidad de lo actuado procede a ello la Sala, previas las siguientes consideraciones:

La razón por la cual la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales aumentó en $30.000.00, la renta del demandante en el año de 1.951, con el valor de la letra de cambio de que se ha hablado al principio de este fallo, es la siguiente, copiada de la última de las Resoluciones acusadas:

«La Jefatura expuso en la Resolución recurrida en forma nítida y terminante la razón en que se fundó para adicionar la renta del recurrente con la suma de $30.000.00

que recibió en una letra de cambio en el año de que se trata el pago de honorarios profesionales, en los siguientes términos: "La Jefatura de Rentas en doctrina constante y reiterada ha sostenido que deben ser declaradas y gravadas las utilidades recibidas por el contribuyente y las que no habiéndose recibido físicamente se han causado en su favor como derecho irrevocable y en cuantía líquida, por cuanto que en este último caso debe entenderse que las rentas se han causado jurídicamente.

El sólido respaldo legal de esta doctrina de la Jefatura lo transcribe el recurrente cuando dice que la ley orgánica del impuesto, precisa el concepto de renta e incluye entre otros ingresos: las compensaciones por servicios de cualquier clase y pagados en cualquier forma».

La anterior doctrina de la Jefatura es evidente y el Consejo la ha sostenido en numerosos fallos; pero lo que ocurre es que no es aplicable al caso de autos, en que se pretende darle un alcance que conduce a verdaderos absurdos, como se demostrará más adelante.

El sentido exacto de esa doctrina, es el de que deben ser declaradas y gravadas también las utilidades no recibidas físicamente por el contribuyente, cuando, habiéndose causado en su favor en el respectivo año gravable como derecho irrevocable y en cuantía líquida, *sean exigibles dentro de dicho año,* como sueldos, honorarios, dividendos, utilidades diversas no cobradas y, por tanto, no percibidas físicamente, más susceptibles de haber sido recibidas ese año.

La tesis que se estudia sin el requisito de la exigibilidad y aplicada por la sola razón de la fecha en que se causó el contrato capaz de generar renta (como lo hace la Jefatura respecto del caso de autos) lleva a extremos como estos: Un negociante en automóviles que vende algunos en los últimos meses de un respectivo año, a crédito, mediante letras de cambio de vencimiento mensual sucesivo en quince o más mensualidades, estaría obligado a denunciar como renta del año en que celebró el contrato, las cantidades que irá recibiendo por cuotas periódicas en el año siguiente y aún en el subsiguiente, lo que es inaceptable a todas luces. Aparece más de bulto lo injurídico de la tesis que rectifica la Sala con sólo aplicarla, v. gr., a los bancos comerciales respecto de las operaciones de un año, pero con vencimiento para el siguiente o a los bancos hipotecarios con relación a las operaciones a 10, 15 o 20 años.

Los solos ejemplos anteriormente indicados muestran a las claras cómo la Jefatura dió en este caso a la doctrina fiscal que invoca un alcance que no puede tener por conducir al absurdo. Y como la letra recibida por el Dr. Fernández de Soto por $ 30,000-00 en 1.951 sólo vencía en febrero de 1.952 no podía ser incluída ni gravada como renta de aquél año.

Lo que sí debió exigir la Jefatura, al hacer la liquidación correspondiente, fue que la cantidad que dicha letra representaba fue-

ra incluída como patrimonio, ya que lo es como crédito activo por cobrar al tenor de lo dispuesto en el artículo 23o. de la Ley 78 de 1.935 y en los 95 y 98, aparte ñ), del Decreto 818 de 1.936.

Deberá, pues, revocarse la sentencia revisada y rehacerse la liquidación *sub-judice* conforme a lo anteriormente expuesto.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto de su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA la sentencia consultada y, en su lugar, revisa la operación administrativa de liquidación de impuestos sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades por el año de 1.951 y que corresponde al Dr. Absalón Fernández de Soto y deja así dicha liquidación:

PATRIMONIO

	Impuestos
El gravado inicialmente.....	$ 140.353-59
Más crédito a cargo de Luis Carlos Delgado R.	$ 30.000-oo
Gravable	$ 170.353-59 - $401-41

RENTA

La gravada originariamente.....		$ 32.498-48	$ 1.746-87
	Suma.....		$ 2.166-28
35o/o aumento de tarifas sobre.....		$ 2.066-28	723-20
	Suma.....		$ 2.889-48
1o/o sobre.....		$ 22.498-48	224-98
2½o/o sobre..... *(Paz del Río)*		$ 19.609-oo	490-23
2½o/o sobre..... *(Inscredial)*		$ 19.609-oo	490-22
Grandes Rentas:			
Renta gravable.....		$ 32.498-oo	
Más dividendos.....		$ 8.635-60	
	Suma....	$ 41.134-08	
Impuestos.....	$ 2.889-48		
Renta de trabajo.....	$ 12.000-00	$ 14.889-48	
	Gravable	$ 26.244-60	$ 113-45
	Total a cargo del contribuyente		$ 4.208-36

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público devolverá al Dr. Absalón Fernández de Soto la suma de SIETE MIL CIENTO OCHENTA Y OCHO PESOS CON DIECISIETE CENTAVOS ($7.188-17)m/l. colombiana, pagados con exceso por razón de la liquidación que se revisa.

Esta sentencia deberá cumplirse de acuerdo con lo presentado por el artículo 121 del C.C.A.

Cópiese,notifíquese y comuníquese en la forma legal.

Devuélvanse los antecedentes administrativos a la oficina de origen y el presente juicio al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

(Fdos) *José Enrique Arboleda V. - Ildefonso Mèndez. - Rafael Rueda Briceño. - Daniel Anzola E. - Manuel Buenahora. - Rafael Marriaga. - Antonio José Prieto. - Guillermo Novoa Rodrìguez.* - Secretario. - "

IMPUESTOS

CONDICIONES ESENCIALES PARA QUE SE CONFIGURE LA RENTA DE TRABAJO.

(Consejero Ponente: Dr. Manuel Buenahora).

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

Referencia: Revisión de las Resoluciones Nos. R-922-H de 1.951 y R-579-H de 1.953, de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.
Actor: ERNESTO CUELLAR TAMAYO.

Al practicar la liquidación de los impuestos de renta y complementarios que por el año de 1.948 debería pagar el Dr. Ernesto Cuéllar Tamayo, la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca los fijó en la suma de $6.320.66, y como inversión en Bonos del Instituto de Crédito Territorial le señaló la cantidad de $662.25.

Contra la anterior liquidación reclamó el interesado ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, y ésta oficina, atendiendo en parte sus razones, reformó la liquidación reclamada, rebajándolos a la suma de $5.191.10 y ordenando la consiguiente restitución de la diferencia de $1.129.56, aunque de otro lado, aumentó en $178.98 la inversión del contribuyente en Bonos de la Vivienda Popular. Esta reforma se hizo por Resolución R.922-H de 1.951, contra la cual se interpuso oportunamente el recurso de reposición que fué desatado por Resolución No. R-579-H de 1.953 en el sentido de confirmar en todas sus partes la primeramente nombrada.

Agotada así la vía gubernativa, el doctor Cuéllar recurrió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca por conducto de su apoderado Dr. Carlos de Mendoza para solicitar la nulidad (sic) de las Resoluciones mencionadas y como consecuencia de ella la revisión de las liquidaciones que dichas Resoluciones contienen.

El Tribunal negó las peticiones de la demanda en sentencia de 4 de junio de 1.954 que apelada ha venido al Consejo.

El juicio ha recibido la tramitación que le es propia y no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

Esta sentencia deberá cumplirse de acuerdo con lo presentado por el artículo 121 del C.C.A.

Cópiese,notifíquese y comuníquese en la forma legal.

Devuélvanse los antecedentes administrativos a la oficina de origen y el presente juicio al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

(Fdos) *José Enrique Arboleda V.* - *Ildefonso Mèndez.* - *Rafael Rueda Briceño.* - *Daniel Anzola E.* - *Manuel Buenahora.* - *Rafael Marriaga.* - *Antonio José Prieto.* - *Guillermo Novoa Rodrìguez.* - Secretario. - "

IMPUESTOS

CONDICIONES ESENCIALES PARA QUE SE CONFIGURE LA RENTA DE TRABAJO.

(Consejero Ponente: Dr. Manuel Buenahora).

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

Referencia: Revisión de las Resoluciones Nos. R-922-H de 1.951 y R-579-H de 1.953, de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.
Actor: ERNESTO CUELLAR TAMAYO.

Al practicar la liquidación de los impuestos de renta y complementarios que por el año de 1.948 debería pagar el Dr. Ernesto Cuéllar Tamayo, la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca los fijó en la suma de $6.320.66, y como inversión en Bonos del Instituto de Crédito Territorial le señaló la cantidad de $662.25.

Contra la anterior liquidación reclamó el interesado ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, y ésta oficina, atendiendo en parte sus razones, reformó la liquidación reclamada, rebajándolos a la suma de $5.191.10 y ordenando la consiguiente restitución de la diferencia de $1.129.56, aunque de otro lado, aumentó en $178.98 la inversión del contribuyente en Bonos de la Vivienda Popular. Esta reforma se hizo por Resolución R.922-H de 1.951, contra la cual se interpuso oportunamente el recurso de reposición que fué desatado por Resolución No. R-579-H de 1.953 en el sentido de confirmar en todas sus partes la primeramente nombrada.

Agotada así la vía gubernativa, el doctor Cuéllar recurrió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca por conducto de su apoderado Dr. Carlos de Mendoza para solicitar la nulidad (sic) de las Resoluciones mencionadas y como consecuencia de ella la revisión de las liquidaciones que dichas Resoluciones contienen.

El Tribunal negó las peticiones de la demanda en sentencia de 4 de junio de 1.954 que apelada ha venido al Consejo.

El juicio ha recibido la tramitación que le es propia y no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

Para resolver la Sala considera:

PETICIONES DE LA DEMANDA

Al formular éstas, el apoderado limita su reclamo a la partida correspondiente al impuesto sobre exceso de utilidades por considerar que el demandante no está obligado a pagar impuesto alguno por este concepto, y en subsidio solicita que al revisarse la liquidación, se excluyan las utilidades carrespondientes a renta de trabajo. Para ambos casos pide se ordene la restitución al doctor Cuéllar de la diferencia entre lo pagado por éste y la suma que definitivamente resulte a su cargo.

HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos de la demanda los relata el demandante así:

«1º El doctor Ernesto Cuéllar Tamayo presentó ante la Administración de Hacienda Nacional, oportunamente, su declaración de la renta y patrimonio correspondiente al año de 1.948 en la cual aparece lo que recibió de la Sociedad "Cuéllar, Serrano, Gómez & Cía. Ltda.", de la cual es socio, tanto por concepto de sueldos como de utilidades.

2º La Sociedad mencionada en cumplimiento del artículo 9º, ordinal 2º de la ley 78 de 1.935, rindió ante la misma administración el informe que contenía la renta bruta de la Sociedad en el año referido, expresando también los nombres y direcciones de los socios partícipes, la renta líquida de la Sociedad y la participación de cada uno en las utilidades sociales.

3º. La Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca efectuó la liquidación de renta de la Sociedad, rechazando la deducción de la cantidad de $ 37.750.00 pagados a los socios y a algunos colaboradores y distribuyó esa cantidad como utilidades; además procedió a gravar a cada uno de los socios con el impuesto de exceso de utilidades sobre las participaciones que cada uno de ellos recibió efectivamente y sobre las cantidades que en forma de tal participación les acumuló la Oficina liquidadora.

4º. Reclamada la liquidación, la Jefatura desató el recurso por medio de la Resolución Nº-922-H de 1.951 en el sentido de modificar la liquidación efectuada por la Administración de Hacienda en la forma allí establecida y ordenar la devolución de la cantidad de $ 1.129,56 pagados demás por mi poderdante.

5º. Interpuesto el recurso de reposición, la anterior

Resolución fué confirmada por la Nº R-579-H de 20 de Marzo de 1.953.

6º. En la primera de las Resoluciones mencionadas se liquida el impuesto de exceso de utilidades así:

EXCESO DE UTILIDADES:

Patrimonio gravable		$ 39.013.66
Más bonos y acciones		842.36
PATRIMONIO BASE		$ 39.856.02
Renta gravable		$ 32.015.62
Más dividendos		236.71
RENTA BASE		$ 32.252.33
Menos 12% patrim.	$ 4.782.72	
Impuestos	1.747.35	
35% Impuestos	611.57	
Renta de Trabajo	15.415.47	$ 22.557.11
EXCESO GRAVABLE		$ 9.695,22
		$ 1.849.79

7º En la partida en que se fijó la renta de trabajo de mi poderdante, deducible para efectos del impuesto de exceso de utilidades, se omitieron ingresos que tienen indiscutiblemente la calidad de rentas de trabajo no gravables con ese gravamen, a saber:

El 50% de los honorarios profesionales de mi poderdante percibidos por concepto de ejecución de planos etc., que le correspondió, según la liquidación de la misma Jefatura en su participación social.

La cuota proporcional de sus utilidades en la mencionada Sociedad, por honorarios profesionales en la ejecución de obras de construcción.

8º Según lo admite la primera de las Resoluciones acusadas, la renta bruta de la Compañía se descompone así:

Honorarios de obras	$ 379.734.86	66.06 %
Honorarios por planos etc.	69.528.26	12.09 „
SUB-TOTAL	$ 449.263.12	78.15 „
Dividendos	2.367.06	0.41 „
Otros ingresos	123.228.60	21.44 „
RENTA BRUTA TOTAL	$574.858.78	100.00 „

Por lo tanto es incuestionable que el 78.15% de la renta de la Sociedad constituye honorarios profesionales, es decir es una renta de trabajo.

9.- No obstante ello, la Jefatura se ha negado a aceptar esa realidad económica, empeñàndose en calificar de rentas susceptibles del impuesto, tanto los honorarios por la ejecución de obras como los honorarios por ejecución de planos etc., éstos últimos en un 50 o/o.»

De los hecos anteriores es preciso destacar para la mejor comprensión del problema, a) que el demandante es socio de la firma Cuéllar, Serrano, Gómez & Cia. Ltda., y b) que la totalidad de la renta denunciada por aquel provino, en el año gravable, del sueldo y de las participaciones que por distinto concepto, percibió de la misma firma.

DISPOSICIONES VIOLADAS

Como única disposición violada señala el demandante el numeral b) del art. 14 de la ley 78 de 1.935, y el concepto de la violación lo deduce del hecho de que siendo, en su concepto, la firma Cuèllar, Serrano, Gómez & Cia. Ltda., una sociedad de "profesionales arquitectos e ingenieros" que han unido sus esfuerzos para el ejercicio profesional, todas sus rentas, o por lo menos gran parte de ellas, constituyen renta de trabajo auncuando el objeto social señalado en la escritura constitutiva de la sociedad, incluya otra clase de actividades. Y agrega que para determinar en un caso concreto cuando una renta es de trabajo, de capital o mixta, debe mirarse la realidad de la operación económica que produce el rendimiento y no el objeto social expresado en la escritura constitutiva de la Empresa que fué lo que, en su opiniòn, hizo la Jefatura de Rentas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo negó las peticiones de la demanda fundándose exclusivamente en el hecho de que como la liquidación reclamada tiene su origen exclusivo en la que para el mismo año se hizo a la Sociedad Cuéllar, Serrano, Gómez & Cia. Ltda. por medio de Resoluciones ejecutoriadas que no fueron objetadas y a las que tampoco se refiere la demanda, no se ve cómo pueda variarse aquella. Y agrega el Tribunal que para el éxito de la acción sería necesario que se hubiera atacado igualmente la liquidación hecha a la Sociedad a fin de que, como consecuencia de la revisión practicada en ésta, se pudieran reformar tambien las de los socios.

La Sala, en un todo de acuerdo con su Fiscal colaborador y atendiendo las razones del demandante a este respecto, no comparte las tesis del Tribunal a quo,

a). porque la demanda no se refiere a la liquidación de los impuestos de la sociedad Cuéllar, Serrano, Gómez & Cía. Ltda., sino que se encamina a obtener la revisión de la practicada a su socio

Ernesto Cuéllar Tamayo, operaciones que se realizaron por actos administrativos diferentes, sujetos cada uno a recursos propios y por los cuales vinieron a definirse, por parte de la Administración, situaciones jurídicas diferentes; y

b). porque la acción ejercitada y que consagra el art. 271 del C. C. A., se concede a las personas a quienes se les haya liquidado un impuesto definitivamente y de la liquidación practicada a una sociedad no puede decirse que contenga otra definitiva para los socios, auncuando en ella se señalen las participaciones de éstos. En efecto: las liquidaciones de los socios deben referirse no sólo a tales participaciones, sino a las démás rentas del contribuyente, a sus exenciones personales, a su patrimonio y deudas propias, etc.

CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal 1o. del Consejo, conceptúa que la sentencia apelada debe confirmarse, no por las razones dadas por el Tribunal sino porque en su opinión, auncuando la renta denunciada por el contribuyente proviene toda de sus participaciones en Cuéllar, Serrano, Gómez & Cía. Ltda., de las utilidades obtenidas por esta sociedad no puede decirse que todas tengan el carácter de rentas de trabajo porque para su producción influye poderosamente el capital social, y porque la empresa mencionada no es propiamente una sociedad de profesionales sino una empresa de tipo comercial a la cual sus socios han hecho aportes considerables de capital. Funda el Sr. Fiscal su concepto en la siguiente distinción que de las rentas de trabajo, de capital y mixta hizo el Consejo en sentencia de 9 de febrero de 1.954:

> «Proviene del *trabajo* la renta que se recibe por concepto de sueldos, comisiones, salarios, honorarios, y por *todo servicio de carácter personal;* por lo tanto debe entenderse que esta renta la constituyen el esfuerzo físico y la utilidad mental del individuo.
>
> Proviene de *capital* la renta que se produce con esfuerzo físico o mental del propietario, pero que es pagada bajo la forma de intereses, dividendos, participaciones, etc. Se puede decir que es un ingreso que proviene de la sola inversión de dinero.
>
> La renta mixta es la que resulta de la combinación de los factores trabajo y capital, explotados por su propietario».

Y después de transcribir el objeto social de la firma; de destacar que ésta posee un capital social de $100.000.00, y el aporte que a este capital hizo el socio reclamante, concluye diciendo:

> «Dado el volumen de ese capital no es razonable pen-

sar que las utilidades de la sociedad se deban exclusivamente al trabajo profesional de los distintos ingenieros que la forman. Dichas utilidades constituyen renta mixta en lo que mira a los socios que como bien lo expresa la Jefatura, "además de su aporte de capital han vinculado su esfuerzo personal al giro de la sociedad.»

RESOLUCIONES ACUSADAS

En ninguno de los considerandos de las Resoluciones acusadas se niega el carácter de renta de trabajo a las percibidas por concepto de honorarios profesionales, cuando éstos se producen como una consecuencia del esfuerzo personal del contribuyente. Aún más: aceptan como rentas de ese carácter los percibidos por el profesional en forma de participaciones en las llamadas "sociedades de profesionales" cuando el capital social no excede de $25.000.00, y para los casos en que dicho capital sobrepase la cantidad mencionada, aceptan el 50 o/o de la partipación del socio como renta de trabajo.

Para considerar como renta de trabajo toda la producida por las sociedades de profesionales cuyo capital es de $25.000.00 o menos, la Jefatura se basa en lo dispuesto en el numeral a) del art. 14 de la ley 78 de 1.935 conforme a la cual las utilidades de capitales inferiores a la suma expresada están exentos del impuesto sobre exceso de utilidades; y para considerar como renta del mismo carácter el 50 o/o de la producida por sociedades de profesionales con capital superior a $25.000.00, la Jefatura no da ningún fundamento de orden legal pero lo hace aplicando lo que considera un criterio de equidad al suponer que en tratándose de "sociedades de profesionales", en las cuales prima sobre cualquiera otro el esfuerzo personal, por lo menos la mitad de su renta es debida a dicho esfuerzo

Las Resoluciones acusadas consideran como "sociedades de profesionales" aquellas cuyo único objeto es la prestaciòn de los servicios propios de las llamadas profesiones liberales, pero expresan muy claramente que la prestación de tales servicios excluye de suyo la ejecución de actos de comercio, y por lo mismo deducen que cuando tales sociedades derivan hacia la ejecución de actos comerciales, o mezclan con éstos el ejercicio profesional, o comercializan el ejercicio de la profesiòn, tales sociedades dejan de ser "sociedades de profesionales", por cuyo motivo, en tal evento se hace necesario especificar por su origen la renta social a fin de aplicar a ésta renta el criterio dado para las sociedades de profesionales con capital superior a $25.000.00, es decir, para reconocer como renta de trabajo el 50 o/o de la participación de los socios en la de renta de trabajo producida por la sociedad.

Con base en este criterio, la Jefatura concluye que a esta última clase de sociedades les son aplicables las limitaciones establecidas por los arts. 24 del Decreto 554 y 5º del 1757, ambos de 1.942, relacionados con los sueldos de directores, gerentes y demàs empleados similares de tales sociedades.

En cuanto hace relación al caso concreto de Cuéllar, Serrano, Gómez & Cia. Ltda., de la cual es socio el demandante, la Jefatura después de analizar las diversas actividades a que se dedica dicha firma, asevera que nó es una sociedad de profesionales sino otra de tipo comercial por lo cual las participaciones que de ella provengan han de ser gravadas en la misma forma en que lo son las participaciones en este tipo de empresas. Pero debe observarse que apesar de considerarla comercial, y porque reconoce que además de las actividades comerciales que ella desarrolla, sus rentas provienen en parte de las actividades profesionales de los socios, al hacer la liquidación del reclamante no le aplicó íntegra la legislación correspondiente a la empresa de tipo comercial, sino que reconociò como renta de trabajo, exenta de la sobretasa por super-rendimientos, el 50 o/o de su participación líquida en los honorarios profesionales ganados por la sociedad, más el 20 o/o del saldo de la participación del socio en la renta social. Es decir, que al realizar la liquidación del demandante no solamente se tuvo en cuenta que sus rentas derivaban de su participación en una sociedad de profesionales con capital superior a $25.000.00 sino que al saldo de su participación en la renta social, deducido el 50 o/o que atribuyó a honorarios, le dedujo el 20 o/o por aplicación analógica del inciso final del art. 11 del Decreto 2641 de 1.948 relacionado con el llamado impuesto a las grandes rentas.

En órden a resolver lo pertinente, la Sala principia por recordar que el impuesto sobre exceso de utilidades fué establecido por el art. 13 de la ley 78 de 1.935, como regla general sobre el exceso de toda utilidad líquida, es decir, sobre la diferencia entre la renta bruta y las deducciones o exenciones legales, y que como excepción, el ordinal b) del art. 14 ibidem. eximió de este impuesto las rentas provenientes de salarios, sueldos, pensiones oficiales, emolumentos y honorarios profesionales, lo que significa que tal excepción se refiere de manera exclusiva a las comunmente llamadas rentas de trabajo. Pero es evidente que al expedirse esta norma de excepción que asimila los honorarios profesionales a las pensiones, sueldos, salarios, el legislador quiso referirse únicamente a los honorarios ganados directa y personalmente por el respectivo profesional por considerar que tales honorarios eran el fruto de un esfuerzo personal, y que por lo mismo, como los sueldos y salarios, constituían una renta de trabajo. Por la misma razón no es suficiente el que a una renta se le dé el nombre de "honorario" para que se la pueda considerar siempre como renta de trabajo sino que es necesario que tal honorario haya sido causado por el esfuerzo personal del contribuyente y devengado por éste directamente. De esta suerte, si el honorario resulta causado por el esfuerzo de otro profesional distinto, no puede clasificársele entre los honorarios de que trata el art. 14 de la ley 78 de 1.935 como renta de trabajo. En otras palabras: la producción personal y directa es condición esencial para que se configure la renta de trabajo.

Todo lo anterior, de acuerdo con lo dicho por la Sala en la sentencia transcrita por el señor Fiscal, de que atrás se dió cuenta, y conforme a la cual sólo tiene carácter de renta de trabajo la que se origina en "*todo servicio de carácter personal*".

Una persona cualquiera, ingeniero o nó, instala una empresa de construcciones y contrata profesionales ingenieros para que lleven a cabo los trabajos a ella encomendados. Los ingenieros recomendados ejecutan éstos y reciben de la empresa un sueldo o una participación. El valor de tales trabajos los recibe la empresa bajo la denominación de honorarios pero ésto no quiere decir que tales honorarios constituyan una renta de trabajo para ella porque en la producción de esa renta falta el esfuerzo personal que caracteriza esta renta y que es realizado por el ingeniero encomendado al efecto. Esto es lo que en las Resoluciones acusadas la Jefatura denomina "explotación comercial de una profesión liberal". Aquí la renta se denomina "honorario" pero esta sola denominación no lo constituye en renta de trabajo.

Y que el esfuerzo personal y la percepción directa de los honorarios de que trata el art. 14 constituyen elementos esenciales para que de ellos pueda afirmarse que son renta de trabajo, lo confirma el hecho de que con posterioridad a la expedición de esa norma, al expedirse el Decreto Legislativo 270 de 1.953, se hizo referencia expresa a estos dos elementos cuando en el art. 30 se dijo:

> «Se entienden por rentas exclusivas de trabajo las obtenidas a título de compensación por servicios *personales*, como los jornales, salarios, sueldos, emolumentos u honorarios profesionales, siempre que el trabajo o servicio sea prestado personalmente por el contribuyente y por cuenta y en nombre propio»

Y refiriéndose a las comisiones dijo el mismo artículo:

> «Las comisiones son rentas exclusivas de trabajo cuando se reciben en razón de servicios de carácter *personal* ejecutados por el contribuyente, sin vinculacion de capital propio que exceda de $ 30.000.00 y sin la colaboración de terceros que ejecuten todo o parte de dichos servicios».

Es claro que la anterior disposición no puede aplicarse al caso de autos por ser posterior, y la Sala nó funda sus conclusiones en ella, pero se trae porque por sí misma constituye un elemento de interpretación para fijar el alcance del art. 14 citado.

Es así como puede concluirse fácilmente que por su propia naturaleza de persona jurídica, a una sociedad comercial no puede reconocérsele renta de trabajo ya que éstas personas no existen realmente sino como una ficción legal y porque son incapaces de esfuerzo personal. Sus trabajos son siempre realizados por personas naturales que obran a su nombre, y por esa razón se parte siem

pre del principio de que a aquellas no puede reconocérseles renta de trabajo.

No ocurre lo mismo respecto de quienes trabajan para tales sociedades porque las personas que tal cosa hacen sí realizan un esfuerzo personal porque mediante este esfuerzo se causan unas rentas que los trabajadores reciben, unas veces en forma de sueldos o salarios y otras en forma de participación.

El caso no ofrece ninguna dificultad cuando se trata de trabajadores que no han aportado a la sociedad capital alguno, porque en tal evento se ve claro que las rentas son consecuencia exclusiva de su esfuerzo y por lo mismo que son rentas de trabajo.

Las dificultades surgen es cuando se trata de gravar aquellas rentas cuyo origen es complejo como ocurre en las producidas por personas que además de industriales son socios capitalistas de una firma, o en aquellas para cuya producción ha sido necesaria la intervención directa y personal del propio contribuyente como cuando éste administra su propio negocio.

Para el primer caso el art. 1º. del decreto 2881 de 1.936 sólo permite gravar con el impuesto de exceso de utilidades las que correspondan al socio por concepto de capital y excluyen de él las provenientes de su exclusivo trabajo o industria; para el segundo, el art. 25 del Decreto 554 de 1.942 permite eximir de esta tasa adicional una suma razonable como compensación de sus servicios, suma ésta que será estimada por el liquidador.

Pero ocurre con mucha frecuencia que dentro del primer ejemplo relativo a socios simultáneamente capitalistas, e industriales, se presentan casos como el de autos en que se trata de una sociedad formada exclusivamente por profesionales.

Como generalmente la remuneración que se paga por trabajos a profesionales se reputa "honorario" y éste ha sido eximido por la ley de la sobretasa de utilidades, a primera vista parece que no podría gravarse con ese impuesto a las participaciones del socio en tal género de sociedades.

Pero esta primera impresión desaparece al considerar que si también a una sociedad de profesionales se aporta capital, no resulta lógico considerar sus entradas como rentas de trabajo, ya que para producirlas se ha hecho necesario ese capital, y si esto es así, no puede negarse que dicho capital juega papel preponderante en la producción de la renta.

La anterior conclusión se robustece cuando las sociedades así llamadas se dedican no sólo al ejercicio profesional sino tambien a actividades típicamente comerciales y operan con un capital superior a $ 25.000.00, como ocurre con Cuéllar, Serrano, Gómez & Cía. Ltda., según se verá más adelante.

Sobre el particular la Sala acoge lo dicho por la Jefatura con fecha octubre 11 de 1.950, al resolver por Resolución Nº. 1980, un caso similar:

«Toda sociedad legalmente constituída -persona jurídica- es una persona distinta de la de cada uno de los socios, y todos sus actos, dentro de los fines para los cuales fué creada, producen los consiguientes efectos jurídicos que la afectan o favorecen como sujeto de derecho y obligaciones. Esta distinción, lógicamente lleva a concluir que los actos realizados por los socios a nombre de la sociedad surten sus efectos a favor o en contra de ésta y nó de aquellos, como erradamente lo han considerado los reclamantes. Además, si las comisiones son renta de la sociedad, no pueden serla de los socios, individualmente considerados y en cuantía determinada, porque al producirse el ingreso al fondo social, *se pierde su identidad respecto de cada uno de ellos.*

Agrégase a lo anterior que, aunque la comisión sea por su naturaleza, asalariada, tratándose de un beneficio de la persona jurídica en donde han jugado en su producción otros factores, como el respaldo económico de la persona jurídica, el trabajo prestado por los empleados a su servicio y el esfuerzo de los socios como empleados con remuneración fija según la escritura Nº . . . . . remuneración que se dedujo de la renta, no puede declararse su exoneración directa en el gravámen individual sobre exceso de utilidades de cada uno de los socios.

Las sociedades colectivas tienen también como elemento esencial el capital, aunque se formen intuito personae, pero la ley les ha dado un tratamiento distinto a las que se forman intuitu pecuniae por razones de orden economico y social que en nada desvirtúan la conservación del elemento capital en juego de producción. Sólo por aplicación del sistema fijado legalmente el impuesto se deduce y liquida en cabeza de los socios, pero las utilidades que les corresponden son, en principio, participaciones de capital, porque provienen de la persona jurídica, incapaz por su naturaleza, de obtener renta de trabajo. Precisamente el decreto 2881 de 1.936 estipula que el exceso de utilidades se liquidará individualmente a los socios, pero para efecto de este impuesto sólo se tendrá en cuenta la participación que les corresponda por capital, porque en algunos casos, en la escritura de constitución, se conviene en fijar un mayor porcentaje a algunos de los socios cuando todos no trabajan como compensación a los servicios personales, y la diferencia en exceso de lo que le corresponde en proporción a sus aportes de capital, es lo que viene a considerarse como renta de trabajo. Mas, cuando los socios devengan sueldos y determinan contractualmente su renta de trabajo, la participación que le corresponde a cada socio se entiende de capital, salvo el excedente, en el caso de

que sobrepase su proporción en el patrimonio social».

Explicado así el criterio de la Sala en este punto, debe estudiar el problema planteado por el demandante en el presente juicio para lo cual se hace necesario detenerse a examinar primeramente si la sociedad Cuéllar, Serrano, Gómez & Cía. Ltda., de la cual aquel es socio capitalista y empleado, es "una sociedad de profesionales" o una de tipo comercial.

La Sala comparte el concepto de la Jefatura conforme al cual la expresada sociedad es una empresa de tipo comercial, con la modalidad de que sus socios son profesionales ingenieros y arquitectos. Para hacerlo se funda, y de ello quiere dejar razón expresa, no sólo en que su objeto social lo constituye la realización de actos comerciales sino también en hechos evidentes, plenamente demostrados en autos, que así lo acreditan.

En efecto, dice así la cláusula que fija el objeto social:

> "2o. La sociedad tendrá por objeto *principal* la compra y venta de fincas raíces, la construcción para sí misma o para terceros de toda clase de obras relacionadas con el ramo de la ingeniería o la arquitectura, la compraventa de materiales de construcción, el establecimiento y la administración de depósitos para materiales, la representación de firmas nacionales o extranjeras, y en general, toda clase de negocios inherentes a tales fines". (Escritura 1324 -marzo 14/1.946- Notaría 4ª. Bogotá- F. 35 antecedentes).

Evidentemente la compraventa de bienes raíces y de materiales de construcción, el establecimiento y administración de depósitos para materiales, la representación de firmas no constituyen actos característicos de un profesional sino clásicos actos comerciales.

Pero es más: a) De conformidad con la misma escritura, la sociedad se constituyó con un capital de $ 100.000.00 que a no dudarlo se consideró necesario para el cumplido ejercicio de sus actividades, y para el 31 de diciembre de 1.948 poseía un líquido de $118.219.64 que jugó papel esencial en la producción de lo renta, (f. 27, cuaderno Nº 4);

b) Según los anexos presentados por la empresa junto con su declaración para el año de 1.948, la sociedad se ocupa en diversos negocios, tales como los de alquiler de máquinas de construcción, el de ser aseguradora de sus propios trabajadores, el de mantener depósitos para materiales, etc. y entre las utilidades del año gravable figuran fuertes partidas por este concepto (fls. 28 y 29 cuaderno Nº 4). Baste observar las de $ 22.769.65, $ 11.678.31 y $ 38.101.73, que respectivamente corresponden a utilidades por los conceptos nombrados para comprobar que la sociedad se ocupa en actos comerciales.

c) Entre las utilidades de la empresa figuran además de las ante-

riores, partidas por concepto de dividendos en acciones, por compra y venta de máquinas, por producido en el taller heliográfico de Bogotá, por concepto de arredamientos, etc.

d). Entre los antecedentes administrativos traìdos a los autos figura el Acta de Revisión de 16 de diciembre de 1.948, que contiene el estudio que sobre la contabilidad de la misma firma se hizo por los Revisores de la Jefatura de Rentas para el año de 1.947. De tales antecedentes no aparece que se produjera uno nuevo para el año gravable que se estudia, de 1.948, pero es evidente que él constituye una guia muy segura para conocer las verdaderas actividades de la empresa y la forma como ella opera.

Además del numeroso tren de empleados que figura en los anexos, en el estudio en referencia aparece que la sociedad, a su turno, pagaba honorarios profesionales a los doctores Manuel de Vengoechea y Julio Casanovas, y este hecho, unido a la circunstancia de que por el volumen de sus negocios es imposible que los socios los atiendan solos en su integridad, es de presumirse que también para el año gravable Cuéllar, Serrano, Gómez & Cía. Ltda., utilizó los servicios profesionales de otros ingenieros y arquitectos por lo que, como anteriormente se vió, no todos los honorarios percibidos por la firma pueden catalogarse como renta de trabajo, pues para su producción no ,interviene exclusivamente el esfuerzo personal de los socios.

Esto es lo que la Jefatura denomina "explotación comercial de una profesión liberal", y el factor que le quita el carácter de sociedad de profesionales para tornarla en mercantil.

Si, pues, como lo dijo la Jefatura y la Sala acepta, la ejecución de actos comerciales le quita el carácter de profesionales a las sociedades que figuran con tal denominación, los datos anteriores son suficientes para concluír que la firma Cuellar, Serrano, Gómez & Cia. Ltda., no es, como lo afirma el señor apoderado del demandante "Una sociedad de profesionales", pues como bien lo afirma la Resolución R-922 acusada, en esta clase de sociedades se "excluye de suyo la ejecución de actos de comercio".

LIQUIDACION AL DR. CUELLAR TAMAYO

Como de conformidad con los datos suministrados por Cuéllar, Serrano, Gómez & Ltda., las participaciones del Dr. Cuèllar en la sociedad eran superiores a las denunciadas, le señalò como renta líquida gravable la suma de $32.015.62.

Sobre el anterior aspecto no existe problema ya que la demanda se refiere únicamente al impuesto sobre exceso de utilidades.

Como se vió anteriormente, para determinar la renta de trabajo del demandante, único objeto del reclamo, la Jefatura negò a Cuéllar, Serrano, Gómez & Cía. Ltda., el carácter de sociedad de profesionales para asignarle el de sociedad comercial, mas reconoció

igualmente que a tal empresa "conviene la modalidad especial" de ser sus socios profesionales que al mismo tiempo explotan comercialmente una profesión liberal. En virtud de este reconocimiento entró a especificar por su origen, la renta social y la participación en ella del socio reclamante, pero como halló que no todas las rentas que la sociedad había denunciado como "honorarios" tenían ese carácter, solamente reconoció como tales el 50 °/o de la cuota correspondiente al socio demandante por concepto de honorarios, dándole aplicación al criterio que doctrinariamente ha venido aplicando a las sociedades de profesionales con capital superior a $25.000.00. Aún más: por aplicación analógica del inciso final del art. 11 del Decreto 2641 de 1.948, que permite eximir del impuesto sobre las grandes rentas el 20 °/o de la renta percibida por concepto de capital y trabajo combinados, del saldo de la participación del Dr. Cuéllar aceptó otro 20 °/o como renta de trabajo exenta del impuesto sobre exceso.

Sin que pueda tampoco pasarse inadvertido el hecho de que la Jefatura, al hacer la indagación del origen de la renta, aceptó en su totalidad las sumas de $69.528.26, como renta bruta y de $35.124.10, como renta líquida provenientes de honorarios por planos, sumas que corresponden al propio denuncio de la sociedad, y que solamente dejó de aceptar, con carácter de honorarios, las sumas denunciadas como tales por concepto de ejecución de obras; ni el otro de que también aceptó como renta de trabajo, exenta del impuesto, la diferencia hallada entre la participación fijada al demandante y su cuota proporcional en los beneficios líquidos sociales, con aplicación del Decreto 2881 de 1.936.

Todo lo anterior quiere decir que sí se reconocieron al demandante, como rentas de trabajo exentas del impuesto sobre exceso de utilidades, no solamente las partidas que la ley permite sino también que, con aplicación analógica favorable al contribuyente, se le reconocieron porcentajes que la ley no permite expresamente para las rentas provenientes de participaciones en sociedades de tipo comercial como la de Cuéllar, Serrano, Gómez & Cía. Ltda., todo porque a ésta asiste la modalidad de que sus socios son profesionales.

En concepto de la Sala la diferencia con el contribuyente ha surgido del hecho de que la Jefatura, a pesar de negarle a Cuéllar, Serrano, Gómez & Cía. Ltda., el carácter de "sociedad de profesionales" y de atribuirle el de comercial, al hacer la liquidación del demandante le dió el tratamiento legal que consideró indicado para una sociedad de profesionales con capital superior a $25.000.00, y que como la Jefatura considera que en éstas solamente puede reconocerse como renta de trabajo un 50 °/o de la participación del demandante en verdaderos honorarios, dió a éste asidero para que deduzca, como absurdo, el hecho de que a pesar de reconocerse como honorarios determinada suma, solamente se acepte como renta de trabajo la mitad de ellos.

Planteada así la cuestión y aceptando, como aceptó la Jefatura, que la Sociedad comercial Cuèllar, Serrano, Gómez & Cia. Ltda., produjo renta de trabajo, tendría razón el demandante. Pero como se vió anteriormente, a una sociedad de tipo mercantil como lo es la nombrada, no puede reconocérsele renta de trabajo dada su propia naturaleza de persona jurídica, incapaz de esfuerzo personal en el sentido que a éste término da nuestra legislación para estos casos. Pero este error de la Jefatura al verificar la liquidación a la empresa no puede incidir en la que se practique a sus empleados o socios por el hecho de que pudiera favorecerles, de la misma manera que no podría incidir si les perjudicara. Por otra parte, y aún aceptando el error como irreparable, lo que ocurre en el caso presente es que si tal hecho se comprobò o aceptó con relación a Cuéllar, Serrano, Gómez & Cía. Ltda., no aparece comprobado con relación al actor y también que la liquidación que se haga a una sociedad es bien diferente de la que se haga a un socio o empleado de ella. Es así como se deduce que para la liquidación del Dr. Cuéllar deba tenerse en cuenta es la renta que éste haya declarado, y la calidad que se le asigne en la declaración, de suerte que si en esta aparecen honorarios debe investigarse entonces si realmente lo son o nó para que en el primer caso se acepten como renta de trabajo todos los percibidos y en el segundo se niegue ese reconocimiento también en forma total.

Observando la declaración del Dr. Cuéllar Tamayo se ve que este no hizo ninguna declaración de honorarios profesionales sino que la limitó a su sueldo y a sus participaciones en Cuèllar, Serrano, Gómez & Cia. Ltda., sin especificar si tales participaciones provenían de honorarios por trabajos realizados por él personalmente o eran el producido de su aporte de capital a la Empresa.

La hizo así: Renta:

1.- Sueldos recibidos de Cuéllar, Serrano, Gómez & Cía. Ltda.....	$ 15.000.00
2.- Participaciones en Cuéllar, Serrano, Gómez & Cía.....	19.833.73
3.- Dividendos de acciones de sociedades anónimas, Bavaria, de propiedad de Cuéllar, Serrano, Gómez & Cía.....	236.71
Total de la renta bruta.....	$ 35.070.44

En las anteriores condiciones la Jefatura no tenía porqué entrar a reconocer como honorarios sumas que no le habían sido declaradas como tales, máxime cuando en la declaración tampoco se se le hizo solicitud al respecto ni se dieron explicaciones acerca del origen de la renta.

Por el contrario, la declaración en esa forma da a entender

que el esfuerzo personal del contribuyente fué remunerado con el sueldo y que, por lo mismo, éste representa su renta de trabajo, y que las llamadas participaciones constituyen la renta de su aporte de capital a la empresa.

Y si la Jefatura oficiosamente o por solicitud posterior del interesado indagó el origen de la renta y halló que la sociedad había recibido determinada suma por honorarios profesionales, tampoco podía reconocer al demandante cantidad alguna por este concepto porque tal entrada no era suya sino de la sociedad y es de suponer que de la renta así obtenida fué que se pagaron al contribuyente sus sueldos. Además de la reflexión anterior tampoco podía la Jefatura reconocer al demandante suma alguna por este concepto por que del estudio que sobre el origen de la renta se hizo no puede saberse si la producción de los $ 35.124.10 de honorarios por planos es el fruto del esfuerzo del contribuyente o de los demás socios, o es el fruto de todos, en cuyo caso hubiera sido también necesario averiguar cuánto recibió por este concepto, además de su sueldo, para poderle reconocer también esta suma como renta de trabajo, todo de conformidad con lo expuesto anteriormente de que no puede considerarse como renta de tal clase sino la producida mediante un esfuerzo personal y de que Cuéllar, Serrano, Gómez & Cia. Ltda., no es sociedad de profesionales. Si de la escritura social o de la declaración del contribuyente pudiera deducirse qué cantidad adicional a su sueldo recibió el contribuyente por concepto de honorarios, talvez pudiera hacerse este reconocimiento, pero faltando esos datos no puede la Sala saber con exactitud qué otras sumas recibió el contribuyente como retribución a su esfuerzo personal, además de sus sueldos.

Por las anteriores razones no puede dársele aplicación total en el presente juicio, al art 1o. del Decreto 2881 de 1.936 que manda gravar con el impuesto sobre exceso de utilidades solamente las participaciones que correspondan al socio en proporción a su aporte de capital. En efecto: de los antecedentes administrativos traídos a los autos se ve que el estudio sobre el origen de la renta se refirió únicamente al origen de la renta de la sociedad y que no se hizo uno distinto para averiguar el origen de la renta del socio demandante, es decir, cuál había sido el esfuerzo personal de éste y cuanta su participción por concepto de honorarios causados en virtud de su propio trabajo.

Al tenor de lo expuesto se concluye que al doctor Cuéllar Tamayo sólo puede reconocérsele, teniendo en cuenta su declaración y la falta de la prueba anotada, como renta de trabajo, el valor de sus sueldos, mas como en la liquidación que se le hizo, además de éstos se le reconocieron otras sumas, no hay lugar a decretar la revisión solicitada teniendo en cuenta, por otra parte, que la apelación debe entenderse interpuesta solo en lo desfavorable del apelante.

En mèrito de lo expuesto, y no por las razones dadas por el

Tribunal, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto de su Fiscal colaborador y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Josè Enrique Arboleda V., Daniel Anzola Escobar, Manuel Buenahora, Rafael Marriaga, Ildefonso Méndez, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

IMPUESTOS

EL TITULAR DEL DERECHO DE USUFRUCTO, PADRE O MADRE, ES QUIEN DEBE RESPONDER DEL PAGO DEL IMPUESTO QUE GRAVITA SOBRE LOS BIENES DEL HIJO DE FAMILIA.

(Consejero Ponente: Dr Antonio José Prieto)

Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo— Bogotà, diciembre seis de mil novecientos cincuenta y cinco.

Ref: Expediente No. 800.—Juicio de nulidad de las resoluciones Nos. R. 1228 H. y R632 H. de 28 de septiembre de 1.948, y nueve de mayo de 1.949, expedidas por la Jefatura de Rentas Nacionales
Se confirma el fallo del Tribunal Administrativo de Medellín.

En virtud del recurso de apelación interpuesto por el doctor Octavio Moreno Quevedo, en su carácter de apoderado de la señora Inés Angel viuda de Correa, contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia con fecha 9 de marzo de 1.950, por medio del cual se negaron las súplicas de la demanda, ha venido el presente negocio a esta Corporación.

Surtidos los trámites propios de la segunda instancia, sin que se observe causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, procede hoy la Sala a desatar el recurso de apelación correspondiente.

La demanda, cuyo fallo de primera instancia le fue adverso contiene las siguientes súplicas:

> «1o. Que se declare nula la liquidación de impuestos efectuada por la Administración de Hacienda Nacional a la señora Inés Angel v. de Correa, relativa a los de renta y patrimonio por el año gravable de 1.946, contenida en el oficio No. 5889 de 4 de octubre de 1.947 y en el memorandum anexo a dicha comunicación, que lleva fecha 4 de octubre de 1.947.
>
> 2o. Que declare nulas las resoluciones R-1228 H de 28 de septiembre de 1.948 y R-632 H de 9 de mayo de 1.949, proferidas por la Jefatura de Rentas Nacionales, por medio de las cuales dicha Entidad confirmó la liquidación de los impuestos de renta y patrimonio señalados por la Ad-

ministración de Hacienda Nacional de Antioquia a la señora Inés Angel v. de Correa por el año gravable de 1.946.

3o. Que, en tal virtud, se revise por ese H. Tribunal la operación administrativa originaria de la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia, de fecha 4 de octubre de 1.947, y confirmada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales ya citada, relativa a la liquidación de los impuestos de renta y patrimonio correspondientes a la señora Inés Angel viuda de Correa por el año gravable de 1.946, y se haga una nueva liquidación en que se fije la suma a cargo de la citada señora por el mencionado concepto, con reducción de la renta gravable de la cantidad de ocho mil noventa y dos pesos con noventa centavos ($8.092.90) que indebidamente le fueron acumulados a la señora Angel de Correa por la Administración de Hacienda de Antioquia al efectuar la primera liquidación del impuesto.

4o. Que, como consecuencia de la revisión solicitada en el aparte anterior y de la nueva liquidación que se haga se ordene la devolución por el Tesoro Nacional a la señora Inés Angel de Correa de la cantidad que ésta pagó en exceso sobre la que realmente debía pagar, por razón de la liquidación errónea efectuada por la Administración de Hacienda de esta ciudad, es decir, la de novecientos ochenta y cinco pesos con cincuenta y seis centavos ($985.56), devolución que deberá hacerse con los intereses legales.

En subsidio pido que se hagan las declaraciones solicitadas en los puntos 1o. y 2o. anteriores, y que se haga la revisión pedida en el punto tercero y que como consecuencia de ella el H. Tribunal proceda a fijar el monto de los impuestos sobre la Renta y el Patrimonio de la señora Inés Angel v. de Correa por el año gravable de 1.946, y ordene a favor de ésta, y a cargo del Tesoro Nacional, la devolución de la suma que resulte que la señora Angel v. de Correa hubiera pagado en exceso».

Los hechos que originaron la demanda motivo del fallo que hoy se revisa pueden sintetizarse así:

La señora Inés Angel v. de Correa, consideró que la liquidación que le fué practicada sobre el impuesto de la Renta para el año gravable de 1.946, por la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia, había sido equivocada, por cuanto la declarante tiene un hijo menor llamado Alvaro Correa Angel, quien está bajo la patria potestad, posee peculio propio y lo administra independientemente. Dicho menor hizo declaración personal de renta y la oficina que liquidó el impuesto de la señora Angel v. de Co-

rrea, se abstuvo de liquidar lo concerniente a la declaración del menor, y acumuló la renta de éste a la de su madre, es decir, el impuesto se hizo efectivo en cabeza de la señora Inés Angel v. Correa.

De la liquidación anterior se recurrió a la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, oficina que confirmó por medio de las resoluciones Nrs. R-1228-H de 28 de septiembre de 1.948 y R-632-H de 9 de mayo de 1.949, la liquidación de la Administración de Hacienda de Antioquia, actos que se encuentran concretados en la liquidación número 5889 de 4 de octubre de 1.947 y el memorandum anexo que lleva la misma fecha.

El fallo recurrido que negó las súplicas de la demanda, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, fundamenta así su decisión:

> «Para resolver se considera..... ....De conformidad con el art. 291 del C.C. el padre goza de los usufrutos de todos los bienes del hijo de familia, exceptuados los que forman su peculio profesional y el adventicio extraordinario, que no son actualizables en el presente caso.
>
> A falta del padre, ejerce la madre la patria potestad, mientras guarda buenas costumbres y no pasa a otras nupcias (Ley 46 de 1.936, art. 13).
>
> De acuerdo con las anteriores disposiciones, la señora reclamante goza del usufructo legal de los bienes de su hijo menor Alvaro Correa Angel, quien se halla bajo la patria potestad de dicha señora.
>
> Las leyes que regulan el ejercicicio de la patria potestad son de orden público y por lo tanto no pueden modificarse por convenios particulares, ni por la sola voluntad de la persona titular de esos derechos.
>
> Siendo esto así, el usufructo que la ley coloca en cabeza del padre de familia, o de la madre, como en el presente caso, sin que su voluntad tenga efecto alguno inhibitorio, viene a ser una de las rentas de que trata el numeral 1o. del art. 1o. de la ley 78 de 1.935. Si la señora madre, por un acto libre de disposición, dona ese usufructo a su hijo o a un tercero, esa liberalidad no es fiscalmente un expensa deducible de la Renta. .....
>
> En la resolución No. 632, se expresó así el señor Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, J. Rafael Unda Ferrero:
> "Para resolver se considera:
>
> El derecho de usufructo considerado en abstracto es una renta potencial y puede suceder que nunca llegue a hacerse efectiva pues con una mala administración de la cosa fructuaria, o a pesar de una diligente y avisada, puede no

dar rendimieto, y aún puede llegar a dar pérdida. Pero este no es el caso que se contempla, pues se trata de una renta realmente producida y representada por la suma de $8.092.90.

En cuanto a lo afirmado por la recurrente de que aunque hubiera tenido el derecho de percibir esa renta, es lo cierto que en ningún momento entró a su patrimonio, sino que entró a formar parte (sic) del hijo, se observa: no puede discutirse que la recurrente tuviera ese derecho, porque, aun aceptando que la institución del usufructo sea repulsiva y atacada por algunos tratadistas, es lo cierto que la ley colombiana la consagra, como lo admite la peticionaria a todo lo largo de su alegato. Ahora bien; si esa renta le corresponde a la madre por ministerio de la ley, y si la madre no ha renunciado a ella ni la ha transferido a su hijo por donación ni por algún otro título traslaticio de dominio, la conclusión necesaria es la de que esa renta ingresó al patrimonio de la madre.

Por las razones contrarias se llega a la conclusión, necesaria también, que de la susodicha renta, no pudo entrar al patrimonio del hijo, ya que este no lo adquirió por ministerio de la ley, ni por renuncia de la madre al usufructo, ni por donación u otro título traslaticio de dominio. Esto no puede revocarse a duda. Si la madre no recibió materialmente la suma de que se trata y si el hijo la aprovechó porque la madre no la necesitaba, a lo más que podría llegarse a aceptar es que entre los dos se celebró un contrato de comodato, lo cual estaría reafirmando la conclusión de que la renta entró al patrimonio de la madre....."

Y está de acuerdo con lo sostenido por la Jefatura, este Tribunal, pues, aun cuando ocurre que el derecho de usufructo, como casi todos los derechos inherentes a una persona, son renunciables, siempre que no sea en perjuicio de derechos de terceros, pero la renuncia de un derecho de estos implica una donación, y estas cuando pasan de dos mil pesos, requieren insinuación judicial, que en el caso en estudio no se obtuvo o por lo menos no consta en el expediente. Pero es que hay más. Bien pudo la señora Angel de Correa donar a su hijo Alvaro el derecho de usufructo, pero al hacerlo para que esta donación tuviera un valor legal, no sólo debía haberse insinuado, como antes se dijo, sino que también debió haber sido en forma expresa, que constara en algún documento, pero nunca en forma tácita.

Es lo cierto que examinando los libros de la señora Angel v. de Correa, se encontró que ella no había percibido dinero alguno de las rentas de su hijo Alvaro, pero ello no implica ni una donación, o mejor no se puede tener por prueba de ella, ya que había obligación de haberse insinua-

do, y además constar en algún documento.»

El señor Fiscal 1º del Consejo, se pronuncia así sobre la legalidad del fallo recurrido:

«En concepto de la Fiscalía, el razonamiento de las resoluciones acusadas es completamente aceptable, para los efectos fiscales. En efecto, según el art. 1º. del decreto 818 de 1.936, reglamentario de la ley 78 de 1.935, toda persona que obtenga en el año gravable una renta bruta de $600.00 o más, o que en 31 de diciembre haya poseído derechos apreciables en dinero que pasen de $10.000.00, o ambas cosas a la vez, está obligada a presentar una declaración que indique la renta bruta durante el correspondiente año gravable, las deducciones y exenciones permitidas por la ley, el conjunto de derechos o haberes apreciables en dinero, y cualquier otra información necesaria para la determinación de la renta liquida y del patrimonio gravable.

Ahora bien: si el padre goza del usufructo de todos los bienes del hijo de familia, salvo las excepciones legales, tiene derecho a percibir esos frutos y ese derecho constituye un haber apreciable en dinero. Por consiguiente, tal derecho debe considerarse, para los efectos fiscales, como parte integrante del patrimonio del contribuyente, que en estos casos es el titular del derecho de usufructo, y no el menor cuya renta pertence al progenitor. Si así no fuera podría presentarse el caso de que al liquidársele el impuesto al menor, éste, amparándose en la ley, respondiera que el impuesto no le era exigible ya que la renta obtenida en sus bienes le pertenece a la persona que tiene la patria potestad.

Al Estado solo le interesa cobrarle al sujeto del impuesto que en casos como el que aqui se presenta no puede ser otro que el titular del derecho de usufructo, y quien es el poseedor de un bien apreciable en dinero, como lo exige la ley.

Las breves consideraciones que se dejan expuestas, sumadas al jucioso razonamiento de la Jefatura de Rentas, llevan al convencimiento de que el actor no tiene fundamento legal alguno que respalde sus pretensiones.»

En la segunda instancia, en nada varió la situación jurídica que tan acertadamente enfocó el Tribunal en el fallo recurrido, teniendo en cuenta los juciosos argumentos de las resoluciones proferidas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, para confirmar la liquidación del impuesto, hecha para el año gravable de 1.946 a la señora Inés v. de Correa, por la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia.

A dicho enfocamiento que la Sala prohija ha venido en esta segunda instancia a sumarse el del Fiscal 1o. del Consejo, con el que se encuentra absolutamente identificado, ya que como acertadamente lo afirma éste en su vista, al Estado sólo le interesa cobrarle al sujeto del impuesto, que en casos como el que aquí se presenta no puede ser otro que el titular del derecho de usufructo, y quien es el poseedor de un bien apreciable en dinero, como lo exige la ley.

De no obrarse en la forma dicha para los efectos fiscales se haría nugatorio el recaudo del impuesto en casos como el que aquí se presenta, pues fácilmente podría la persona que no es titular del derecho a percibir la renta, evadir el pago del impuesto, alegando precisamente esta causal.

No sobra advertir que la prueba de la inspección ocular relativa a que en los libros de la señora actora no se encontró dato alguno sobre que hubiera percibido suma alguna de la renta producida por el patrimonio de su hijo menor de edad Alvaro, no acredita que la renta denunciada por el propio Alvaro no se hubiera producido; que tal renta no es usufructo legal de los que la ley civil por su ministerio radica haciéndolas titular de ese derecho en un caso como del que se trata en la cabeza de una viuda madre de un menor de edad, que no ha pasado a otras nupcias, o sea que tiene la patria potestad del menor, y por lo mismo un derecho innato para disfrutar del usufructo del patrimonio adventicio ordinario de su hijo, que es del que se trata: tal prueba apenas acredita que no se contabilizó el usufructo legal o renta de esta naturaleza en los libros de la demandante, pero no prueba que la renta usufructo no se hubiera percibido. No se debe confundir lo uno con lo otro.

Además no se allegó, ni intentó siquiera hacerlo, prueba de que la señora Inés Angel de Correa hubiera renunciado a percibir o gozar del usufructo dicho por haberlo dejado en beneficio del mismo hijo Alvaro Correa, o que se lo hubiera donado o donado a un tercero, que son los casos, cuando ocurren y se demuestran, que hacen imposible gravarlo para el padre o madre del menor, liquidarlo y cobrarlo él o ella.

El usufructo legal para el padre o madre de un menor de edad, sobre el peculio adventicio ordinario, y que no haya sido excluido por el testador o donante a términos del numeral 2o. del artículo 291 del C. C., o que se encuentra en el caso inhibitorio o de excepción de que trata el numeral 3o. del mismo artículo.

Tampoco se demostró que se tratara no de peculio ordinario sino de extraordinario o de excepción contemplada por los numerales 1o., 2o. y 3o. de la misma disposición El usufructo legal que le corresponde al padre o madre sobre el peculio adventicio ordinario, conforme a las leyes fiscales es renta y renta gravable.

Así resume la Sala los argumentos que se han esgrimido en favor del Fisco y en contra de la demanda.

Por todo lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Fiscal y de acuerdo con él, CONFIRMA en todas sus partes el fallo de fecha 9 de marzo de 1.950, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio del cual se negaron las súplicas de la demanda en el presente juicio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

José Enrique Arboleda V., Antonio José Prieto, Manuel Buenahora, Rafael Rueda Briceño, Ildefonso Méndez, Rafael Marriaga, Daniel Anzola Escobar.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

IMPUESTOS

DISTINGOS Y SUBDISTINGOS DEL TRIBUTO. PROHIBICIONES LEGALES AL MUNICIPIO DE BOGOTA PARA COBRAR IMPUESTOS DE MERCANCIA EXTRANJERA.

(Consejero Ponente: Dr. Rafael Rueda Briceño)

Consejo de Estado — Sala de lo Contencioso Administrativo — Bogotá, Abril diecinueve de mil novecientos cincuenta y cinco.

Referencia: Expediente No. 5421.
Actor: Fábrica de Grasas y P. Químicos Ltda.
Naturaleza: Impuestos.

La Sociedad "Fábrica de Grasas y Productos Químicos Ltda.", por medio de apoderado, pidió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que hiciera las siguientes declaraciones:

> «Primera.- Que son nulos los cobros de impuestos de mercancía extranjera hechos por el Municipio sobre la importación de aceite de coco (copra líquida) para fabricar manteca vegetal, a mis mandantes, y los pagos verificados han sido de impuesto no debido, al tenor de los recibos de Tesorería, planillas, certificado que anexo, por un total de $6.676.26, con fechas septiembre 6, septiembre 12, septiembre 25, octubre 7, octubre 14 y octubre 30 de 1.952.
>
> Segunda.- Que en consecuencia el Municipio de Bogotá, debe restituír a mis mandantes el valor mencionado de $6.676.26, con intereses, desde la fecha del recibo de ese dinero por la Tesorería hasta el del pago a mis mandantes».

Fundó su petición la Sociedad en que se consideraba ilegal el cobro del impuesto de mercancía extranjera realizado por el Municipio de Bogotá sobre una cantidad de aceite de coco, o copra líquida, que la misma había importado para la fabricación de manteca y grasas vegetales destinadas al consumo humano.

El Tribunal, en sentencia de 27 de marzo de 1.954, falló la acción intentada por la Sociedad recurrente, negando las peticiones de la demanda.

El *a quo* analiza el alcance de la prohibición contenida en la Ley 20 de 1.946 y de su Decreto reglamentario número 594 de 1.947 a los Departamentos y Municipios de imponer gravámenes de cualquier clase sobre producción y tránsito de artículos de primera necesidad, entre los cuales precisamente se encuentran, según lo dice el artículo 1º. del mencionado Decreto Reglamentario, las grasas y aceites vegetales. Al respecto dice textualmente lo siguiente:

> «Se trata, pues, de una prohibición de carácter general que sólo tiene como excepción la establecida por el artículo 2º. de la Ley citada en lo referente al impuesto predial, degüello, bebidas alcohólicas y fermentadas y derechos por plazas de mercado y almotacén. Estas excepciones son taxativas, de manera que fuera de ellas todo impuesto o gravamen cualquiera que sea su denominación o naturaleza que recaiga sobre aquellos artículos señalados por la Ley o sus reglamentos como alimentos de primera necesidad, no puede cobrarse por el Municipio y si los exige lo hace contrariando la prohibición legal.
>
> Ahora bien: el impuesto de mercancía extranjera cobrado sobre los cargamentos de aceite de coco (aceite vegetal), introducidos para la fabricación de manteca y grasa de consumo humano, recae sobre uno de los artículos señalados por la Ley (decreto Nº. 594 de 1.947), como artículo de primera necesidad y se ha cobrado por el hecho del tránsito de este artículo, luego su cobro es ilegal. No es necesario entrar a distinguir para llegar a esta conclusión, qué clase de impuesto sea éste ya que la clase o denominación no importa para quedar incluído en la prohibición de acuerdo con la Ley».

Reconocida la ilegalidad del cobro, el Tribunal entra a estudiar pormenorizadamente la clase de impuesto que es el de mercancía extranjera establecido por el Municipio de Bogotá, concluyendo que es un impuesto indirecto, lo cual hace presumir que fué el consumidor quien realmente lo pagó y nó el fabricante, en el presente caso la sociedad recurrente.

Con base en algunos fallos del Consejo y de lo dicho por el tratadista Cambara, concluye que el contribuyente no hace sino anticipar los impuestos indirectos al fisco, para luego obtener el reembolso de lo pagado por el consumidor del artículo gravado elevando el precio del mismo. En consecuencia, el actor carece de Personería sustantiva para pedir el reintegro de lo pagado, ya que quien en último análisis, vino a sufragar el valor del impuesto no fué el fabricante o comerciante sino el público consumidor. Existe, pues, una carencia de acción por falta de interés jurídico en el actor.

El problema de saber quién paga en definitiva un impuesto o sea el fenómeno analizado por los tratadistas con el nombre de incidencia y traslación de los impuestos es un asunto sumamente complejo, que no se puede reducir a la fórmula simple de decir que los impuestos indirectos siempre son trasladados por el que recibe el impacto del mismo y que, en cambio, los directos no pueden ser trasladados.

Los expositores modernos Harold Somers, en su tratado «Finanzas Públicas e Ingreso Nacional», (págs. 166 y ss.) y Luigi e Inaudi, en su tratado «Principios de Hacienda Pública» (págs. 227 y ss.), estudian pormenorizadamente el asunto de que se trata.

Hay que hacer en esta materia numerosos distingos y subdistingos para saber en definitiva si la persona que sufre el impacto del impuesto, es decir, el que lo paga inmediatamente, puede librarse de él trasladándolo hacia adelante o hacia atrás, y si ésto lo puede hacer en todo o en parte. «Pero no siempre aquél, -dice Inaudi- el que adeuda el impuesto al erario es el que efectivamente lo soporta. Es instintivo por parte del contribuyente, como cualquier otro que esté amenazado de una persuación, tratar de esquivar el peso que le cae encima. Si el contribuyente consigue echar sobre otro la carga del pago, tenemos la traslación del impuesto sobre un tercero, por parte del contribuyente percutido. Estos terceros contribuyentes pueden ser varios si aquel sobre quien se transfiere el impuesto intenta á su vez, y lo logra, desplazarlo ulteriormente; si pueden realizarse no una, sino varia traslaciones del impuesto».

Mas que la distinción simplista de que el impuesto indirecto se traslada y no ocurre este fenómeno en el directo, en cada caso, como lo explican los tratadistas que se comentan, hay que tener en cuenta otros fenómenos distintos; si la demanda es rígida, es decir, si aùn aumentando el precio del producto la cantidad demandada es igual, o si esta es elástica, o sea que a menor precio aumenta y a mayor disminuye; si el impuesto es especial a una sola zona de la actividad económica o es general; si el que sufre el impacto es un monopolista o si el mercado es de libre concurrencia; si la actividad económica en el instante del establecimiento del impuesto se halla en período ascendente o descendente, etc. En muchos casos los impuestos llamados indirectos, sobre las empresas, los salarios, sobre los intereses, y, en general, sobre la renta, pueden ser trasladados, mediante determinadas circunstancias y, en cambio, en muchas el que sufre el impacto de un impuesto sobre la produción o el consumo no estará por otras circustancias en capacidad de trasladar a terceros el peso de los mismos.

En el presente caso está demostrado en el expediente que el impuesto sobre mercancía extranjera que grava la introducción al Municipio de Bogotá de materias primas importadas por la Sociedad recurrente para elaborar grasas y productos vegetales, no fué trasladado por la misma al público consumidor. En efecto, según

certificado del Jefe del Departamento de Impuestos del Municipio de Bogotá, que obra a folio 97 del cuaderno principal, fué en el mes de agosto cuando se inició el cobro a la Sociedad, del impuesto de mercancía extranjera sobre la copra, aceites y demás materias primas introducidas por la misma para la elaboración de sus productos.

De esta fecha para adelante, los peritos en diligencia de inspección ocular practicada por este Despacho, a folios 94 v. y 95 del cuaderno pricipal, dicen lo siguiente, después de un estudio detenido de las ventas y costos de la fábrica, acompañada de numerosos gráficos:

«.... ....

«1o. El cobro del impuesto de mercancía extranjera sobre la materia prima empleada por Grasco, lo inició el Municipio de Bogotá el 6 de septiembre de 1.952.

2o. A pesar de esta nueva carga tributaria la fábrica Grasco no elevó el precio de la mantequilla vegetal o nutrina el cual muestra una baja constante hasta el mes de julio de 1.954 últimamente examinado, baja que se inicia en el mes de septiembre de 1.952, iniciación del gravamen, con relación al mes anterior, y que se sostiene sin ninguna excepción en los 23 meses siguientes examinados.

3o. Los precios de la manteca tampoco permiten un alza, por el contrario muestran una baja en los meses inmediatamente posteriores al establecimiento del gravamen, en comparación al mes inmediatamente anterior; con posterioridad y a partir de febrero de 1.953, hasta octubre del mismo año hay una ligera elevación de precios para caer luego por debajo de los niveles de agosto de 1.952, de modo que a pesar de la ligera alza anotada, la curva de precios de la manteca muestra una tendencia general a la baja.

4o. Explicamos anteriormente que la razón de la ligera alza de los precios en el año de 1.953, respecto a la manteca había obedecido a causas claramente determinadas. Ellas obedecieron al alza de la materia prima, por precios de costo, como lo pudimos comprobar en los libros en donde aparecen en efecto los siguientes precios de compra por toneladas:

	1.952	1.953
Ajonjolí (tonelada)	$ 600.00	$ 600.00
Algodón (tonelada)	130.00	150.00
Copra cif. (tonelada)	451.80	552.20.

De lo anterior se observa que si bien el ajonjolí tu-

vo precio estable, la semilla de algodón se elevó de $ 130.00 a $ 150.00 de un año al otro, o sea un alza del 15,38 o/o. En el mismo período la copra aumentó $ 100.40, o sea un 22,22 o/o. Esto explica el alza ligera del precio de la manteca en el año de 1.953, y comprueba que ella no tuvo relación alguna con el cobro de los impuestos de mercancía extranjera.».

«.....»

En consecuencia, en el presente caso, el impuesto de que se trata no incidió sobre el público consumidor, la sociedad recurrente no lo trasladó y fué por consiguiente, la que en definitiva vino a soportar su carga.

Esta Sala tiene establecido en varias sentencias que al tenor de lo dicho por la Ley 20 de 1.946 y de su Decreto reglamentario No. 594 de 1.947, el Municipio no puede cobrar impuesto de Mercancía extranjera a las entidades como a la que aparece en condición demandante, por caer en la prohibición establecida por las mismas disposiciones. Luego se impone decretar la devolución de las sumas pagadas por este concepto.

Está acreditado en el expediente (fls. 6 a 19) que la Sociedad demandante pagó al Municipio de Bogotá, por concepto de Mercancía extranjera, la suma de seis mil seiscientos sententa y seis pesos con veintiseis centavos ($6.676.26) por la introducción de un cargamento de coco, materia prima usada en la elaboración de grasas y aceites vegetales, luego, al tenor de lo dicho antes, debe decretarse el reintegro a esa entidad de la suma mencionada.

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

FALLA:

Primero. Revócase la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de marzo de 1.954.

Segundo. REVISASE la operación administrativa de liquidación del impuesto de mercancía extranjera hecha por el Municipio de Bogotá a la Sociedad "Fábrica de Grasas y Productos Químicos Ltda.", por concepto de importación de aceite de coco los días seis (6), doce (12) y veinticinco (25) de septiembre, siete (7), catorce (14) y treinta (30) de octubre de mil novecientos cincuenta y dos (1.952), por un valor total de seis mil seiscientos setenta y seis pesos con veintiseis centavos ($6.676.26) moneda corriente.

Tercero. Dentro del término establecido por el artículo 121 del C. C. A., el Municipio de Bogotá, reintegrará a la Sociedad "Fábrica de Grasas y Productos Químicos Ltda.", el expresado valor

de seis mil seiscientos setenta y seis pesos con veintiseis centavos moneda corriente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Rueda Briceño, Daniel Anzola Escobar, Ildefonso Méndez, Manuel Buenahora, Antonio José Prieto, José Enrique Arboleda, Rafael Marriaga.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

BALDIOS. CONCESION OTORGADA PARA EXTRACCION DE CORTEZA DE MANGLE. LOS LITIGIOS A TRAVES DE LOS CUALES SE ALEGUE PROPIEDAD, DOMINIO Y POSESION COMPETE RESOLVERLOS A LOS JUECES ORDINARIOS.

(Consejero Ponente: Dr. Rafael Rueda Briceño)

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

Referencia: Expediente No. 3725.
Contenido: Nulidad de la Resolución No. 36 expedida por el Ministerio de Agricultura y Ganadería.
Actor: ANGELA GUTIERREZ DE GERMAN.

En escrito presentado el tres de julio de mil novecientos cincuenta y dos, el doctor Arturo Alberto Sarria, actuando como apoderado de la señora Angela Gutiérrez de Germán, pidió al Consejo:

«*Primero:* Que se declare nula la Resolución No. 36 de 20 de febrero de 1.952, proferida por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, por ser violatoria de los artículos 30 y 16 de la Constitución Nacional.

Segundo: Como esta demanda se encamina a ver de obtener el restablecimiento de un derecho, solicito se ordene pagar a favor de mi representada, todo lo que se le cause a deber, por concepto de su participación del cuatro por ciento (4o/o), en la extracción de la corteza de mangle, que por concesión otorgada por el Ministerio de Agricultura y Ganadería a la Sociedad Comercial, Liscano Hermanos, han estado adelantando dichos señores, en los terrenos de propiedad de mi representada. Esta suma debe ordenar pagarse desde el mes de abril de 1.949, fecha en que se suspendió dicho pago, y su valor debe ser de acuerdo con el producido de la extracción de la corteza de mangle, desde esa fecha hasta hoy».

Relacionó los hechos fundamentales del libelo así:

«Demando por medio de este escrito, la Resolución No.

36 de fecha 20 de febrero del presente año, emanada del Ministerio de Ganadería y Agricultura, para que se decrete su nulidad.

Segundo: En mi condición de apoderado de la nombrada señora de Germán, al notificarme de la Resolución No. 100 de fecha 29 de diciembre de 1.950, emanada tambièn del Ministerio de Agricultura y Ganadería, interpuse recurso de reposición contra la aludida Resolución, por considerarla lesiva de los intereses de mi poderdante como que con ella se desconocen sus derechos legítimamente adquiridos desde el año de 1.867 o por lo menos desde 1.871, sobre los terrenos de "Cascajito" y "Traspasadero" es decir, muchos años antes de la expedición de la Ley 48 de 1.882, que prohibió adquirir por prescripciòn los terrenos baldíos.

Tercero: El Ministerio, en su Resolución cuya nulidad demando, aduce como argumento central, el que, en los terrenos considerados como *baldíos*, no se opera el fenómeno jurídico de la Usucapión o prescripción adquisitiva del dominio, olvidando que la prohibición consagrada por el legislador, en la Ley 48 de 1.882, para adquirir los baldíos por prescripción, es posterior a la adquisición de tales terrenos en veinticinco ú once años, por lo menos, y los derechos adquiridos con justo título (como en el presente caso) no pueden ser desconocidos ni vulnerados por las leyes posteriores, de acuerdo con el artículo 30 de la Constitución Nacional.

Cuarto: Considero que con la Resolución cuya nulidad solicito, se han violado, los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional, que ordenan la protección de los bienes de todas las personas residentes en Colombia y garantizan los derechos adquiridos con justo título, como ocurre en el presente caso».

La Resolución demanda, en su parte resolutiva reza:

«RESOLUCION NUMERO 36. MINISTERIO DE AGRICULTURA. DIVISION DE RECURSOS NATURALES. SECCION BOSQUES.

Bogotá,.... .... No acceder a reponer la Resolución Nº. 100 de 29 de diciembre de 1.950, objeto del recurso. Queda agotada la vía gubernativa.Cópiese, notifíquese y cúmplase, (Fdo.) Camilo J. Cabal Cabal, Ministro de Agricultura. (Fdo.) José Vicente Vargas S., Secretario General.» (Folios 8 y 9).

El señor Fiscal conceptuó:

«Es de observar que la demanda se funda en el hecho

cardinal de considerar a la demandante señora Gutiérrez *propietaria* o dueña de los terrenos mencionados, por haberlos adquirido, según se afirma, desde el año de 1.867, y los cuales quedaron incluídos en la licencia que otorgó el Ministerio de Agricultura y Ganadería a la citada sociedad comercial, para extraer corteza de mangle, en el concepto de tener el carácter de *baldíos*. De modo que si en el fondo de la controversia sobre un problema de propiedad privada, es incuestionable que la competencia para conocer del negocio no reside en el Consejo de Estado sino en los jueces ordinarios, según las reglas comunes, y en concordancia con la disposición contenida en el artículo 79 del Código Fiscal, conforme a la cual "las controversias entre colonos y adjudicatarios, o entre aquéllos o éstos, con terceros, que reclamen dominio sobre el terreno cultivado, ocupado o adjudicado, se deciden judicialmente, por la vía ordinaria.

Por otra parte, de aceptar la hipótesis de la competencia, ocurre que por la demanda se ataca únicamente la Resolución ministerial que negó la reposición de otra anterior, y que, por no haberse demandado, quedaría en firme, si la acción instaurada contra la última resultara viable. Es indudable, pues, que esa omisión constituye una excepción perentoria, como la denominada *petición de un modo indebido*, que procedería ser declarada por el H. Consejo, si hubiere lugar a decidir en el fondo del asunto.

Por lo expuesto, considero que el H. Consejo debe declararse inhibido para resolver en el fondo las peticiones de la demanda. En subsidio, solicito se reconozca la excepción antes propuesta».

La demanda sufrió el trámite de rigor y ejecutoriado el auto de citación para sentencia, procede la Sala a decidir la controversia, previas las siguientes consideraciones:

«a) De las copias adjuntas por el actor a la demanda como fundamento de sus pretensiones, aparece que por Resolución número 52 de 7 de febrero de 1.945, el Ministerio de Economía Nacional (hoy extinguido) otorgó licencia a la Sociedad Comercial "Liscano Hermanos", domiciliada en la ciudad de Cali, para que pudiera extraer corteza de mangle de uno de los bosques ubicados en el río Micay, distrito de López, en el Departamento del Cauca.

b) Que dicho funcionario hizo constar en la mencionada resolución "que no garantizaba el carácter de baldíos de los terrenos cedidos en explotación, y agregó: "La presénte licencia, deja a salvo los derechos legalmente adquiridos por terceros y la Sociedad permisionaria queda obligada a respetarlos, en todo caso de acuerdo con la ley".

c) Que "la Sociedad permisionaria entró en trabajos de explotación y como dentro de ellos se englobaran los terrenos de "Cascajito" y "Traspasadero" de propiedad de la demandante, por lo cual ésta hubo de recurrir por medio de sus abogados, ante las autoridades de la ciudad de Cali, con el fin de hacer respetar sus derechos legítimamente adquiridos sobre los nombrados terrenos".

d) Que -según el actor- "cuando los señores 'Liscano Hermanos' advirtieron que la demandante tenía títulos legítimos sobre los terrenos de "Cascajito" y "Traspasadero", aceptaron o propusieron celebrar un contrato con la poderdante, por el cual se comprometieron a reconocerle como indemnización, por los perjuicios que le ocasionara el corte de los árboles de mangle, en sus terrenos, un cuatro por ciento (4 o/o) sobre el producido que diera la corteza de mangle extraída de tales árboles".

e) Que el contrato en mención se cumplió hasta cuando el Ministerio por medio de la providencia de 3 de marzo de 1.949: ....." Con base en lo anteriormete expuesto se llega a la conclusión de que la Sociedad concesionaria debe abstenerse de pagar cualquier porcentaje sobre el valor de la corteza extraída en la zona que dice ser de propiedad de la señora Angela Gutiérrez v. de Germán y que debe pagar a la Nación el porcentaje sobre el valor total de la corteza extraída de la zona otorgada en concesión, hasta tanto el Ministerio, a instancias de la interesada, y sobre los documentos por ella presentados, no resuelva excluír de la zona otorgada, los terrenos denominados "Cascajito" y "Traspasadero".

f) Que tanto esta providencia como la Resolución No. 100 de 29 de diciembre de 1.950, del hoy Ministerio de Agricultura y Ganadería, desconocen a la demandante los derechos que en materia de propiedad pueda tener hasta tanto no se defina en juicio controvertido la validez de los títulos presentados para acreditar dominio sobre el globo de terreno denominado "Cascajito y Traspasadero".

g) Que las citadas copias no rezan que la providencia del Ministerio de fecha 3 de marzo de 1.949, que le desconoció el derecho a continuar recibiendo el tanto por ciento pactado con la citada Sociedad "Liscano Hermanos" por el perjuicio que ocasionara con la explotación de la corteza de mangle, hubiera sido reclamada con la interposición de los recursos que otorga el C. C. A. El silencio en el sentido indicado hace presumir que tal proveído quedó ejecutoriado.

h) Que el Ministerio, en virtud de nueva reclamación de la parte interesada, dictó la Resolución número 100 ci-

tada, providencia contra la cual se interpuso el recurso de reposición, que fué desatado por medio de la Resolución 36 de 20 de febrero de 1.952, anteriormente transcrita. Y es precisamente contra ésta última resolución, la que resolvió la reposición, se repite, contra la cual se instaurò demanda ante esta Corporación.

i) Que el Ministerio sustenta sus tesis en que "los simples títulos traslaticios de dominio entre particulares que el interesado presenta, sin el lleno de los requisitos exigidos por el artículo 635 del Código Judicial, no desvirtúan la presunción legal a favor de la Nación sobre el dominio de los terrenos reputados como baldíos y sobre los cuales versa la concesión de explotación, conforme al artículo 3o. de la Ley 200 de 1.936».

De las anotaciones que preceden se deduce que el presente negocio tiene como origen el litigio a traves del cual se alega la propiedad, el dominio y posesión en el terreno de "Cascajito" y "Traspasadero" a que se ha hecho referencia. Esas alegaciones y la tradición a que aluden las escrituras adjuntas a la demanda llevan, de manera indudable, al ánimo de la Sala la convicción de que el punto controvertido compete resolverlo a los jueces ordinarios, tal como lo observa con indiscutible acierto el señor Agente del Ministerio Público (fl. 31). Y desde ese punto de vista es jurídico aceptar que se configura la excepciòn de incompetencia de jurisdicción.

Pero hay más: la cuestión que se plantea, al tenor de lo prescrito en el artículo 107 del Código Fiscal no aparece esclarecida diáfanamente en el expediente. Este artículo dice: "Constituyen la reserva territorial del Estado y no son enajenables: a) Las islas nacionales, de uno y otro mar de la República, y las de los ríos y lagos, de que trata el aparte e) del artículo 45 . . . . . " Esta disposición, en su parte pertinente, reza": .....Se reputan baldíos y por consiguiente de propiedad nacional:. . . . . Las islas de los rios o lagos navegables .....".

Y ya vimos que la Nación otorgó licencia para extraer corteza de mangle en unos bosques ubicados en el río Micay, en el Departamento del Cauca. Por otra parte la Resolución número 100, en los apartes a) y b), dice: "Del estudio de los títulos presentados por la interesada, se concluye: . . . . . a) Que los terrenos antes mencionados no han salido del dominio de la Nación en virtud de un título originario del Estado; b) .Que no se acredita propiedad privada frente al Estado, pues al tenor de lo dispuesto en el artículo 3o. de la Ley 200 de 1.936, los títulos inscritos con anterioridad a dicha ley, en que consten tradiciones de dominio por un lapso de veinte (20) años, no pueden tenerse en cuenta respecto de terrenos que no sean adjudicables, estén reservados, o destinados para cualquier servicio o uso público, caso en el cual se hallan los denominados " Cascajito" y Traspasadero", los cuales están ubicados

en PLAYA MARITIMA, esto es, entre las líneas de las más bajas y altas mareas . . . . . "(El subrayado es de la Sala)

Esto viene a corroborar que la comprobación o dilucidación sobre el dominio compete al Poder Judicial. Y allí también habrá de resolverse lo referente al reconocimiento de perjuicios ocasionales con el corte de los árboles de mangle de que trata la súplica "segunda" de la demanda.

Súmese a esto la múltiple jurisprudencia del Consejo de Estado en casos análogos.

Por otra parte, el actor demandó la Resolución número 36 por la cual se negó la reposición, pero no acusó la providencia de 3 de marzo de 1.949, ni la Resolución número 100, que fueron las que en realidad de verdad le ocasionaron el perjuicio con la suspensión del pago del porcentaje, que la Socidad Comercial "Liscano Hermanos" había pactado directamente con la demandante, en virtud de haber considerado que la actora tenía títulos legítimos sobre los terrenos ya mencionados. De manera que por este otro aspecto la demanda también es sustantivamente inepta.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, DECLARA probada la excepción de INCOMPETENCIA DE JURISDICCION para conocer del presente negocio.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese.

José Enrique Arboleda V., Manuel Buenahora, Ildefonso Méndez, Rafael Marriaga, Daniel Anzola Escobar, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION
ACCION DE REVISION

LAS SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO NO ESTAN SUJETAS A RECURSOS DISTINTOS DE LOS TAXATIVAMENTE ENUMERADOS EN LA LEY 167 DE 1941.

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, febreor siete de mil novecientos cincuenta y cinco (1.955).

(Consejero Ponente: Dr. Manuel Buenahora).

El Dr. Eustorgio Sarria, en su carácter de apoderado de la señorita Graciela Rueda Martínez, se dirige al Consejo en memorial de fecha 26 de noviembre de 1.954 para solicitarle "que REVISE su propia sentencia de fecha 30 de septiembre de 1.954, recaída en el juicio de nulidad propuesto por Graciela Rueda Martínez contra la Resolución No. 001428, art. 3o, de 23 de agosto de 1.952, de la Contraloría General de la República...".

Invoca como causal para la revisión, la establecida en el numeral segundo del art. 542 del. C. de P. C., "ya que la sentencia mencionada recayó en virtud de documentos que al tiempo de dictarse no eran conocidos como falsos ni por la demandante ni por el señor Agente del Ministerio Público....".

El Dr. Sarria principia por reconocer que el recurso extraordinario de REVISION que él interpone no está "expresamente" consagrado en el Código Contencioso, pero agrega que de ello no puede deducirse que sea inadmisible respecto de las sentencias ejecutoriadas dictadas por la jurisdicción contencioso administrativa, porque las providencias de ésta son tambien actos jurisdiccionales similares a las sentencias de los Tribunales ordinarios, y que estando consagrada en el Código Judicial la acción de revisión para éstas, lógicamente debe deducirse que la acción existe también contra aquellas.

Funda su petición en el principio consagrado por el art. 8o de la ley 153 de 1.887, conforme al cual "Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho", principio que -dice- debe aplicarse en concordancia con lo dispuesto en el

art. 282 de la ley 167 de 1.941, que establece: "Los vacíos en el procedimiento establecido en esta ley se llenarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y de las leyes que lo adicionan y reforman, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

Se considera:

A) Muy sugestiva, interesante y digna de estudio la tesis del ilustrado profesor para una reforma al Código Contencioso, pero de imposible aplicación concreta para el caso de autos porque -como él mismo lo reconoce- la acción de revisión de las sentencias del Consejo de Estado no se encuentra expresamente consagrada en la ley 167 de 1.941, y no estándolo, no podría el Consejo consagrarla sin invadir jurisdicciones que le son ajenas.

Desgraciadamente tampoco por vía de doctrina podría aceptarse la tesis porque se oponen a ello, entonces sí, disposiciones expresas. En efecto el art. 92 del C. C. A., estatuye lo siguiente:

> «Las sentencias definitivas ejecutoriadas de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado, son obligatorias para los particulares y la Administración, *no están sujetas a recursos distintos a los establecidos en esta ley*, y quedan sometidas a la formalidad del registro en los mismos casos en que la ley la exige para las proferidas por los jueces comunes.» (Subraya la Sala).

La anterior disposición es terminante en no conceder recursos distintos a los establecidos en la propia ley 167 de 1.941, y en repudiar, en tratándose de recursos, los establecidos en otras leyes. Y como el Dr. Sarria lo que sugiere es la aplicación, por la jurisdicción contencioso-administrativa, de los arts. 542 y siguientes del Código Judicial (Ley 105 de 1.931) que consagran un recurso distinto a los taxativamente enumerados por la ley 167 de 1.941, síguese que el Consejo no podría, sin violar la disposición transcrita, aceptar un recurso que como el de revisión no ha sido establecido sino para las sentencias relacionadas con pensiones y para las recaídas en los juicios de cuentas.

Y que la revisión es un recurso lo dice el artículo 484 del C. J., que dice:

> «Contra las providencias judiciales existen los siguientes recursos:
>
> 1º..... ....
>
> 2º..... ....
>
> 3º..... ....
>
> 4º.... ....
>
> 5º El de revisión».

B) Tampoco puede afirmarse que exista vacío alguno en el

Código Contencioso con relación a la acción extraordinaria de revisión pues en varios de sus artículos la consagra para determinados casos, tales como los que acaban de verse relativos a las pensiones y a los juicios de cuentas. Y el hecho de que el Legislador, al expedir la ley 167, hubiera consagrado expresamente el recurso de revisión para los casos citados, está indicando precisamente que no existe vacío en el procedimiento contencioso-administrativo en lo que respecta a la acción general de *revisiòn* consagrada por el derecho universal como excepción al principio de la cosa juzgada.

Por lo mismo, carece de base la cita que el demandante hace del art. 282 conforme al cual deberán llenarse los vacíos en el procedimiento del código contencioso por las disposiciones del código de procedimiento civil.

C) Pero ni aún aceptando la aplicación del art. 282 traído por el demandante, podría el Consejo deducir que existe la acción de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por él mismo, distintas de las taxativamente enumeradas por la ley 167 de 1.941. Porque lo que tal artículo ordena es llenar con las normas del precedimiento civil, los vacíos en el *procedimiento* contencioso-administrativo, y aquí no se trata de que se desconozca cómo debe actuarse, cómo debe procederse en un juicio determinado, sino de saber si una determinada acción -la extraordinaria de revisión- está o no consagrada por la ley. Y de una norma que tal cosa estatuya no podría decirse que es procedimental sino eminentemente sustantiva.

D) Que las sentencias definitivas proferidas por el Consejo no están sujetas al recurso de revisión en los casos enunciados por el art. 542 del C. J., lo sostiene también, entre otros, el Dr. Tulio Enrique Tascón en su conocida obra (pág. 189, cuarta edición) en donde dice:

> «Corolario de que las sentencias definitivas proferidas por el Consejo de Estado y los Tribunales seccionales causan ejecutoria, es la de que *no están sujetas a recursos distintos de los establecidos en este Código.* Pero cabe observar que él no establece el recurso de revisión de las sentencias definitivas para rectificar los errores en los casos que enumera el art. 542 del Código Judicial para las sentencias ejecutoriadas de la Corte Suprema o de los Tribunales Superiores: apenas concede la revisión de las sentencias que reconocen el derecho a pensiones, sueldos de retiro, y otras gracias pagaderas por el Tesoro Público, en los casos que, *taxativamente,* enumera el art. 167, y la revisión de las sentencias recaídas en los juicios de cuentas, en los casos del art. 186».

Aplicando las ideas expuestas al caso de autos, se deduce que

el Consejo no puede conocer de la acción de revisión intentada por no encontrarse dentro de las taxativamente enumeradas por la ley 167 de 1.941, y carecer, por lo mismo, de la necesaria competencia.

En mérito de lo expuesto, no se dá curso a la anterior demanda.

Por la Secretaría devuélvase al archivo del Consejo el expediente traído a los autos por providencia de fecha enero doce de mil novecientos cincuenta y cinco (1.955).

Cópiese y notifiquese.

Manuel Buenahora.- Guillermo Novoa Rodriguez, Secretario.

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION
ACCION DE REVISION

LA LEY 167 DE 1.941 NO ESTABLECE EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN LOS JUICIOS ORDINARIOS VENTILADOS ANTE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, FUERA DE LA REVISION TAXATIVAMENTE CONSAGRADA EN LOS ARTICULOS 167 Y 186 DE LA CITADA LEY.

(Consejero Ponente: Dr. Rafael Marriaga).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, julio veintisiete de mil novecientos cincuenta y cinco.

La señorita Graciela Rueda Martínez, desempeñaba en la Contraloría General de la República el cargo de Examinador 1o. del Grupo 2o. de la Sección de Examen de Cuentas, Contabilidad e Informes Financieros. Por Resolución No. 001428 de 23 de agosto de 1.952, expedida por el señor Contralor, fué reemplazada en el empleo y quedó fuera del servicio, no obstante ser empleada escalafonada en la Carrera Administrativa.

La señorita Rueda Martínez, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho particular violado, acusó ante esta Corporación la mencionada resolución 001428, en orden a obtener la anulación de ésta, el restablecimiento al cargo que ocupaba y el pago de los sueldos dejados de percibir. El juicio recibió los trámites legales correspondientes y fué fallado por sentencia de 30 de septiembre de 1.954, adversamente a las pretensiones de la demandante. El fallo tuvo como fundamento de su negativa, el hecho de que según la certificación llevada a los autos, expedida por el Consejo Nacional de Administración y Disciplina, la señorita Rueda Martínez, no desempeñaba el cargo en propiedad sino interinamente.

Ahora, la señorita Rueda Martínez, fundándose en que el documento que sirvió de base a la referida sentencia, es falso en cuanto expresó que la interesada desempeñaba el empleo en interinidad, ha presentado por medio de apoderado, un libelo mediante el cual pretende instaurar el recurso extraordinario de revisión de la sentencia mencionada, de fecha 30 de septiembre de 1.954, proferida en el juicio ordinario contencioso administrativo de que se ha hecho mérito. Repartido el negocio al señor Consejero Dr. Manuel

Buenahora, éste, por auto de fecha 7 de febrero postrero, negó la admisión de la demanda. Contra dicha providencia, el señor apoderado de la señorita Rueda Martínez, interpuso el recurso de súplica, y por ello vino el expediente a la Sala de Decisión. Como es oportuno, se procede a resolver.

El señor Consejero Sustanciador funda su negativa a la admisión de la demanda en las siguientes razones:

a) En que el Código de lo Contencioso Administrativo -Ley 167 de 1.941-, no establece la acción de revisión de las sentencias proferidas en los juicios que se ventilan ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; y siendo ello así, el Consejo de Estado no podría consagrar dicha acción sin invadir jurisdicciones de otro orden. Y tampoco por vía de doctrina, porque violaría el art. 92 de la ley 167 de 1.941 que establece que las sentencias definitivas y ejecutoriadas de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado, no están sujetas a recursos distintos de los establecidos en la misma ley.

b) En que no puede afirmarse que exista vacío en la ley 167 de 1.941, en relación con el recurso extraordinario de revisión de las sentencias proferidas en los juicios ordinarios, ya que expresamente lo establece para casos especiales como la revisión de pensiones y de cuentas.

c) En que ni aceptando la aplicación del Art. 282 de la Ley 167 de 1.941, que autoriza para llenar los vacios que se encuentren en el procedimiento con las disposiciones del Código Judicial y de las leyes adicionales y reformatorias de éste, podría el Consejo de Estado deducir que existe para las sentencias proferidas en los juicios ordinarios contencioso administrativos, el recurso extraordinario de revisión, ya que no se trata de falta de normas para proceder en un juicio, sino de saber si la acción extraordinaria de revisiòn, està o nó consagrada en la Ley. Y de una norma que consagra tal acción no podría decirse que es simplemente procedimental porque es eminentemente sustantiva.

d) En que la doctrina de los comentadores del Derecho Contencioso Administrativo Colombiano, como el Dr. Tulio Enrique Tascón, sostiene que en el Código Contencioso Administrativo, no se encuentra establecido el recurso extraordinario de revisión de las sentencias en los casos que contempla el Art. 542 del Código de Procedimiento Civil, fuera de la revisión que taxativamente consagran los Arts. 167 y 186 de la ley 167 de 1.941.

Por su parte, el recurrente como base de su inconformidad, expone varias consideraciones que pueden sintetizarse así:

1a. -Que al incoar la demanda de revisión no propone un problema adjetivo de procedimiento, "sino algo medular, consustancial a una real o verdadera administración de justicia", la que no puede sucumbir entre objeciones aparentemente jurídicas, dejando en pie el agravio, lo que significaría desconocer la alta misión del

magistrado, que debe captar el hondo sentido del reclamo, modificando los actos de la administración que transtornan el orden jurídico al violar un derecho social indiscutido.

2ª. Que en el caso propuesto hay una cuestión fundamental consistente en que con base en un documento falso, el Consejo confirmó un acto propio "de un *estado de poder* y nó de un *estado de derecho*", que causa a la persona interesada un daño casi irreparable. "Y frente a la monstruosidad que ello implica, no cabe el efugio inane sino el acto supremo reparador."

3ª. Que el Consejo le da un valor absoluto al contenido del Art. 92 del Código de lo Contencioso Administrativo cuando dice que las sentencias de los Tribunales Administrativos no están sujetas a recursos distintos de los establecidos en la misma ley; y que entendida así la cuestión, el recurso extraordinario de revisión no sería admisible porque es claro que no está consagrado expresamente. Pero que siendo la sentencia del Contencioso Administrativo un acto jurisdiccional como lo es la sentencia de un tribunal civil, debe proceder contra aquélla el recurso de revisión como es procedente contra ésta.

4ª. Que existiendo en el caso de autos una omisión o vacío imputables al legislador y a los que elaboraron el Código, debe aplicarse lo establecido en el Código de Procedimiento Civil en cuanto consagra el recurso extraordinario de revisión de acuerdo con la doctrina de los Arts. 8o. de la ley 153 de 1.887 y 282 de la Ley 167 de 1.941, ya que sería no solo injusto sino aberrante que la revisión operara solamente respecto de las sentencias de los Tribunales ordinarios, y no de las de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

5ª. Que los derechos que otorga el escalafonamiento en la Carrera Administativa, son eminentemente sociales respecto de los cuales no cabe la renuncia por el titular aún tácita como sería la aceptación de la sentencia a que se refiere la demanda. Y por consiguiente, debe existir un recurso jurisdiccional como la revisión para invalidar tales actos cuya aceptación implicaría la renuncia de esos derechos irrenunciables.

La Sala considera acertada la decisión tomada por el señor Consejero Sustanciador, y por tanto, habrá de mantenerla.

En efecto:

Las autorizadas argumentaciones del recurrente servirían muy bien de fundamento para recabar una reforma de la legislación que estableciera el recurso extraordinario de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los Tribunales Administrativos y por el Consejo de Estado, como una norma de carácter general, así como se halla consagrado por el Código de Procedimiento Civil y por el de Procedimiento Penal. Ciertamente, en los juicios que se

ventilan ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, también pueden presentarse fenómenos semejantes a los que se establecen como causales del recurso extraordinario de revisión en los juicios que se ventilan ante la justicia ordinaria. Empero, en el estado actual de la legislación en cuanto se refiere a la regulación del procedimiento en los juicio contencioso administrativos, es un fenómeno ostensible e indubitable que de una parte, no se puede decir que se encuentre establecido expresamente el recurso contra las sentencias pronunciadas en los juicios ordinarios, y de otra, no se puede afirmar que la falta de consagración y regulación del recurso de revisión, constituya un vacío u olvido involuntario del legislador que con fundamento en conocidas reglas positivas sobre hermenéutica, pueda y deba llenarse mediante la aplicación de normas semejantes existentes en otros estatutos legales. Ello es indiscutible en presencia de textos claros y expresos del actual Código de lo Contencioso Administrativo, o sea, la Ley 167 de 1.941, y de la aplicación inexcusable de elementales normas de hermenéutica jurídica. Solamente subsiste hoy un caso en que el referido Código de lo Contencioso Administrativo, establece una acción de revisión y regula el procedimiento respectivo. Tal es el Art. 164 que consagra la acción de revisión contra las sentencias de los Tribunales Administrativos o del Consejo de Estado que versen sobre reconocimientos pecuniarios periódicos a cargo del Tesoro Público; y el procedimiento especial para el caso, se encuentra regulado en los Artículos 165, 166, 167 y 168 de la citada obra. El Art. 181 que establecía una acción de revisión de la sentencia proferida en el juicio de cuentas, pero fué derogado tácitamente por la ley 58 de 1.946. Así, pues, no existiendo, como no existen disposiciones semejantes para las sentencias que se pronuncien en los demás juicios contencioso administrativos, bastaria para concluír que respecto de èllas el legislador no tuvo a bien establecer el recurso extraordinario de revisiòn, la consideración de que en cuanto lo quiso otorgar, lo hizo de manera expresa y especial, sin que incurriera para los demás casos en olvido u omisión involuntaria. Fué, pues, una manera tácita de expresar su voluntad de no consagrar el recurso extraordinario de revisión contra los casos a que expresamente no se refirió. Y como quiera que no se trata de una enumeración simplemente explicativa, sino ostensiblemente taxativa, es claro que no cabe en manera alguna interpretación extensiva o analógica, sino restringida a los casos particulares expresamente contemplados.

Pero si alguna duda quedara al respecto, acerca del pensamiento del legislador, élla queda completamente disipada ante la manifestación directa y expresa consignada en el Art. 92 de la ley 167 de 1.941 que estatuye: «Las sentencias definitivas ejecutoriadas de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado, son obligatorias para los particulares y la Administración, no están sujetas a recursos distintos de los establecidos en esta Ley, y quedan sometidas a la formalidad del registro en los mismos casos en

que la ley la exige para las proferidas por los Jueces comunes». Es manifiesto que esta declaración negativa respecto de recursos no establecidos en la Ley, equivale a la prohibición expresa para los Jueces de otorgarlos, aceptarlos o tramitarlos. Así las cosas, es evidente que los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, no solamente no estarían autorizados para aceptar la acción en que se intentara el recurso extraordinario de revisión contra las sentencias proferidas en los juicios ordinarios contencioso administrativos para las cuales no está establecido, sino que quebrantarían un precepto legal prohibitivo si admitieran el recurso.

Lo dicho en los párrafos anteriores es la conclusión que impone la lógica jurídica. La que incumbe a los Jueces como a intérpretes y aplicadores del derecho positivo; la que constituye la seguridad y la certeza del derecho, constante anhelo, supremo bien y razón de ser de toda sociedad bien organizada que aspira a regirse por las normas que élla misma ha creído conveniente imponerse y promulgar.

Pero el recurrente en busca de un definitivo apoyo a su intención y recordando las palabras del filósofo y jurisconsulto alemán Radbruch, hace una invocación a los conceptos de justicia y de equidad que en su sentir son los que deben prevalecer para dar acceso a su acción a fin de que mediante élla se ventile el recurso extraordinario de revisión a que se refiere en el libelo.

Ciertamente, tales conceptos como nociones filosóficas y abstractas, no deben sufrir limitaciones ni cortapisas; y en éllos debe inspirarse el legislador al promulgar sus mandatos para regir la comunidad; es decir, éllos deben informar el derecho positivo. Empero, una vez promulgado éste, interesa más a los asociados la aplicación cabal de sus preceptos, o sea, la integridad del orden jurídico existente, sobre el cual deben descansar la seguridad en el derecho y la paz social. Que los derechos de las personas sean reconocidos por los Jueces en la medida que las leyes se han propuesto protegerlos, es lo que en realidad constituye el ideal de la justicia en una sociedad que se regula por normas positivas. Los Jueces en su función de administrar justicia no pueden ir más allá de aquello para lo cual la ley los faculta. Si traspasan ese límite, su actividad quebranta el orden jurídico; y como es obvio, el resultado de esa transgresión no sería otra cosa que la injusticia, la falta de equidad, la inseguridad en el derecho y la quiebra de la paz social.

Lo dicho no quiere significar que los conceptos emitidos brillantemente por el recurrente sobre el particular, sean erróneos, equivocados o inaceptables en el campo especulativo. Ellos podrían servir de reclamo para que quien tiene el cuidado de la comunidad, mediante un acto normativo debidamente promulgado, cree y regule la institución del recurso extraordinario de revisión de las sentencias proferidas en los juicios contencioso administrativos, con caracter general, de la misma manera que lo tiene es-

tablecido el Código Judicial para las sentencias emanadas de los Tribunales ordinarios. Entonces sí desaparecería todo inconveniente para aceptar demandas de la índole de la que ha dado lugar a la providencia que se revisa. Pero mientras ello no ocurra, la situación legal al respecto es que la revisión sólo existe en lo contencioso administrativo para los casos específicamente contemplados por la ley, entre los cuales no se encuentra el que ha sido objeto de esta controversia.

En tal virtud, la Sala de Decisión RESUELVE:

NO ES EL CASO DE REPONER Y NO REPONE el auto materia del recurso de súplica.

Como de los hechos referidos en la demanda aparece que puede haber ocurrido la comisión de hechos delictuosos, se dispone:

Compúlsese copia de la demanda y de las certificaciones que obran a los folios 7 y 8 del expediente, y remítanse al funcionario competente en el ramo penal para los efectos del Art. 11 del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese y notifíquese.

José Enrique Arboleda, Daniel Anzola Escobar, Manuel Buenahora, Rafael Marriaga, Ildefonso Méndez, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario-.

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

INCOMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO PARA CONOCER DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS REGLAMENTARIOS DE LEYES CUANDO SU ACUSACION NO SE BASA EN LA TRANSGRESION DEL ORDINAL 3o. DEL ARTICULO 120 DE LA CARTA ESTO ES, LA EXTRALIMITACION DE LA LEY QUE DICE REGLAMENTAR, SINO EN OTRA DISPOSICION DISTINTA QUE SE OPONGA A SU OPERANCIA. LA POTESTAD REGLAMENTARIA ES LIMITADA.

(Consejero Ponente: Dr. Ildefonso Méndez.)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, agosto diecinueve de mil novecientos cincuenta y cinco.

El ciudadano CARLOS GARCIA HERREROS, en ejercicio de la acción contenciosa de legalidad, acusa ante esta Corporación, a fin de que se declare su inconstitucionalidad, los sigientes ordenamientos:

Del Decreto No. 1254 de 1.943.

> «Art. 1o. Los sesenta Juzgados de Instrucción Criminal creados por el artículo 30 de la ley 4a. de 1.943, tienen jurisdicción en todo el país, hacen parte del Cuerpo Auxiliar del Organo Judicial y se destinan a la instrucción y perfeccionamiento de sumarios, con sujeción a las normas del presente decreto.
>
> Art. 13. El personal de los Juzgados de Instrucción Criminal es de libre nombramiento y remoción del Gobierno.
>
> Art. 14. Son aplicables a los Jueces de Instrucción Criminal de que trata el presente decreto las disposiciones del decreto 650 de 1.943, siempre que no sean contrarias a las anteriores».

Del decreto No. 0105 de 1.947:

> «Artículo. 15. Todo el personal de Jueces y empleados que integran el Cuerpo Auxiliar de la Rama Jurisdiccional dependerá en lo sucesivo del Departamento Jurídico del Ministerio de Justicia».

Tales decretos son reglamentarios de las leyes 4ª, artículos 30 y 38 de 1.943, y 68, artículo 3o. de 1.945, que en su orden preceptúan:

«Artículo 30. Desde el 1o. de mayo de 1.943 funcionarán sesenta (60) Juzgados de Instrucción Criminal, distribuídos en los distintos Distritos Judiciales del país en la forma que determine el Gobierno, tomando en cuenta las estadística de criminalidad en cada Distrito Judicial. Cada Juzgado tendrá un Juez y un Secretario, con la asignación mensual de doscientos pesos ($ 200.00) para el primero y cien pesos ($ 100.00) para el segundo."

"Artículo 38. Los Juzgados del Cuerpo Auxiliar del Organo Judicial dependerán, desde la sanción de la presente ley, del Departamento de Justicia del Ministerio de Gobierno como antes de la vigencia del decreto-ley número 505 de 1.940."

"Artículo 30. El Presidente de la República organizará el Ministerio de Justicia dentro de los lineamientos generales y de acuerdo con los antecedentes de esta Ley. En consecuencia, queda facultado para trasladar o suprimir los empleos que considere innecesarios en el Ministerio de Gobierno y en la Procuraduría General de la Nación; para crear los que estime indispensables para el regular funcionamiento del nuevo Ministerio y para fijar las correspondientes asignaciones».

El actor estima que los actos acusados pugnan con los artículos 55, 58 y 157 de la Constitución Política, que establecen:

"Artículo 55. Son ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional.

El Congreso, el Gobierno y los Jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado.

"Artículo 58. La Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y los demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, administran justicia.

El Senado ejerce determinadas funciones judiciales. La justicia es un servicio público de cargo de la Nación».

"Artículo 157. Para ser Juez Superior, de Circuito, de Menores, o Juez especializado, o Juez de Instrucción Criminal, de igual o superior categoría a los indicados, se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, ser abogado titulado y haber desempeñado un año, por lo menos, el cargo de Juez de Circuito o de Juez Municipal. Los Jueces que de que trata este artículo serán elegidos por el Tribunal Superior del respectivo Distrito Judicial en Sala Plena, para un período de dos años.»

Al juicio se le ha dado la tramitación propia y no se observa causal alguna que pueda invalidar lo actuado.

Para fallar la Sala considera:

a) El Fiscal del Consejo, en su vista de fondo, conceptúa que es procedente negar las súplicas de la demanda, porque ". . . . . tales jueces no forman parte de la Rama Jurisdiccional por ser funcionarios administrativos y por lo tanto no tienen período fijo y son de libre nombramiento y remoción del Gobierno". En apoyo de su tesis transcribe una providencia del Consejo, de la cual fué ponente el Dr. Tulio Enrique Tascón, absolviendo una consulta al respecto que le formuló el Ministerio de Gobierno en el año de 1.943.

b) El artículo 62 de la ley 167 de 1.941, reza:

> «Podrán ser acusados ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales Administrativos, según las reglas de competencia señaladas en los dos anteriores Capítulos, los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad.
>
> Cuando un acto de carácter particular ha sido proferido por un funcionario, empleado o persona administrativa del orden nacional, y con él se viola un reglamento ejecutivo, habrá lugar a recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 7 de julio de 1.942 (G. J. No. 1984, pág. 232), declaró inexequible esta norma, pero únicamente en cuanto comprendía la acusación y anulación de decretos por motivos de inconstitucionalidad, que en aquella época estaban asignados privativamente a tal entidad.

Posteriormente, el Acto Legislativo de 1.945, hoy artículo 216 de la Codificación Constitucional, otorgó al Consejo la competencia para conocer de la acusación contra los decretos ejecutivos por motivos de inconstitucionalidad, con excepción de los dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76 y artículo 121 del mismo estatuto, los cuales deben ser demandados ante la Corte Suprema a virtud del mandato contenido en el artículo 214 ibídem. Dicen estos ordenamientos:

> 1. "Artículo 216. Corresponde a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121 de esta Constitución".
>
> 2. "Artículo 76. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:
>
> ....

11. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales, y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional.

12. Revestir, pro tempore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen.

«..... ....«

3. "Artículo 121. En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones.

Los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

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.

El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento; y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado.

....»

«Artículo 214. 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 confiere 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 art. 76, y el art. 121 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».

c) Los Decretos del Ejecutivo pueden dividirse en cinco categorías, a saber:

1. Decretos legislativos propiamente dichos, llamados así por el artículo 11 de la ley 153 de 1.887.

2. Decretos con fuerza de leyes, denominados por los comentadores Decretos-Leyes o Decretos de carácter extraordinario, dictados por el Gobierno en uso de precisas facultades extraordinarias.

3. Decretos que dicta el Gobierno basado en una autorización especial y expresa, de carácter ordinario, como lo prevé la atribucion 11ª del artículo 76 de la Constitución.

4. Decretos reglamentarios que dicta el Gobierno en desarrollo de la facultad que le concede el ordinal 3o. del artículo 120 de la misma codificación; y

5. Decretos simplemente ejecutivos, que dicta el Gobierno para ejercer funciones constitucionales o legales, como los que se refieren a nombramientos de empleados (Véase sentencia de la Corte Suprema, de 13 de marzo de 1.941 G. J. No. 1966, pág. 690).

d) Un decreto reglamentario de una ley puede incidir en dos violaciones: una directa a la ley que pretende reglamentar y que sirve de marco a las facultades del Gobierno al respecto, e indirecta a la norma del ordinal 3o. del artículo 120 de la Carta; y otra referente a una distinta disposición constitucional que se oponga a su operancia.

e) La potestad reglamentaria es limitada; completa a la ley, fijando y desarrollando los detalles de aplicación de los principios que ella contiene y nada más. Por consiguiente, no puede dictarse con ese carácter ninguna disposición nueva.

f) El Consejo conceptúa que cuando se trata de una violación de la primera clase, es decir, si se acusa un decreto por exceder a la ley que dice reglamentar, tiene plena competencia para conocer de la demanda; pero no cuando la tacha es de la segunda clase, pues en este evento tendría necesariamente que decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la materia misma de la ley, lo cual está privativamente atribuído a la Corte Suprema. Para llegar a esta conclusión basta el siguiente anàlisis:

Una ley es acusada ante esta última Corporación y es declarada inconstitucional. Virtualmente el decreto o decretos reglamentarios que se hubieren dictado en su desarrollo dejan automáticamente de regir, porque lo accesorio sigue a lo principal.

Por el contrario, si se pudiera demandar válidamente ante el Consejo un decreto reglamentario por violación distinta a la de la ley reglamentada, cabría el supuesto que al ser él declarado constitucional o inconstitucional, tal declaración podría contradecir a la que hiciera la Corte Suprema en una demanda de la ley, lo que daría por resultado un conflicto de decisiones entre las dos más altas entidades jurisdiccionales del país, con mengua del prestigio de ambas y especialmente del Consejo, ya que la resolución de aquella debe prevalecer dentro de nuestra organización institucional.

En orden a las ideas anteriores, la demanda que se estudia no está llamada a ser eficaz, pues lo que ha debido demandar el ciu-

dadano García Herreros son los ordenamientos correspondientes de las leyes 34 de 1.943 y 68 de 1.945, si estima que ellos son inconstitucionales, y no sus decretos reglamentarios.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo-, oído el parecer del Ministerio Público, declara probada la excepción perentoria de INCOMPETENCIA DE JURISDICCION.

Notifíquese, cópiese y archívese.

José Enrique Arboleda V., Ildefonso Méndez, Rafael Rueda Briceño, Daniel Anzola Escobar, Antonio José Prieto, Rafael Marriaga Manuel Buenahora.- Guillermo Novoa Rodríguez., Secretario.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. LAS CUESTIONES REFERENTES A LITIGIOS ENTRE EL ESTADO Y LOS PARTICULARES QUE TENGAN ORIGEN EN CONTRATOS BILATERALES, NO SON DE COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

(Consejero Ponente: Dr. Manuel Buenahora)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, Julio (13) trece de mil novecientos cincuenta y cinco.

Ref: Indemnización contra la Nación por perjuicios ocasionados por trabajos Públicos.
Actor: Carlos A. Puerta L.

El doctor Guillermo Hernández Rodríguez, obrando como apoderado del doctor Carlos A. Puerta L., y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 68 de la C.C.A., solicita del Consejo se condene al Instituto de Colonización e Inmigración, o en su defecto al Estado Colombiano, a pagar la suma de $400.000.00, o la cantidad que se señale por peritos, como indemnización de los de los perjuicios que le fueron ocasionados a consecuencia de la ocupación que el Instituto nombrado hizo de la hacienda "La Victoria", de propiedad de aquel.

Los hechos que sustentan la petición pueden sintetizarse así:

En noviembre de 1.953 el señor Puerta L. propuso al Gerente del Instituto de Colonización e Inmigración señor Miguel Cuervo Araoz un negocio de parcelación de la hacienda La Victoria.

Después de varias conversaciones llevadas a cabo entre las partes, y después de que el Gerente, en asocio de algunos otros funcionarios, visitó los terrenos, "se decidió por el Dr. Cuervo que se haría la parcelación". (Hecho 4º.)

Inmediatamente después el Dr. Cuervo "le dijo al demandante que fuera tomando las medidas para suspender los trabajos que llevaba en marcha pues muy pronto se principiaría la parcelación". (Hecho 7o.).

Las partes convinieron las condiciones generales del contrato y mientras se elaboraban las pólizas respectivas, el Gerente envió a la Hacienda seis tractores que fueron recibidas en ésta por em-

empleados del Instituto, entre ellos el de nombre Campuzano, quien para entonces tenía ya instrucciones sobre trabajos a ejecutar.

Simultáneamente el Gerente realizó una nueva visita a la hacienda y ordenó a los administradores de ésta proceder de inmediato a la ejecución de algunos trabajos tales como arreglo y apertura de carreteras, hechura de un campo de aviación, etc.

Al regresar de este segundo viaje las partes resolvieron cambiar la fórmula del contrato (hecho 11), cambio que fué aceptado por el demandante (hecho 12).

El negocio se elevó a escritura pública por la número 3179 de 17 de mayo de 1.954, Notaría Cuarta de Bogotá, mas como en orden al cumplimiento de disposiciones legales los contratos contenidos en dicha escritura necesitaban para su validez la aprobación del Excmo. Señor Presidente de la República, tales contratos fueron sometidos a dicha aprobación. Después de algún tiempo el Excmo. señor Presidente les negó su aprobación y por este motivo el 15 de julio del mismo año fué retirada de la hacienda la maquinaria que había sido enviada y el Instituto pagó a los trabajadores que había contratado por su orden, los sueldos, jornales y prestaciones que les correspondían.

En atención a lo anterior el Instituto pidió al demandante cancelara la escritura 3179 citada. Esta escritura fue otorgada ante el mismo notario el 7 de julio de 1.954 pero aunque firmada por el Gerente del Instituto no lo ha sido ni por el demandante señor Puerta L. ni por el notario respectivo.

Afirma el demandante que a consecuencia de los trabajos realizados antes de perfeccionarse el contrato se le causaron los diversos perjuicios que enumera en su demanda, y como hecho generador de ellos señala la ocupación material y administrativa que el Instituto hizo en su hacienda.

COMPETENCIA

El H. Consejero sustanciador del negocio, Dr. Arboleda, en proveído de fecha 22 de noviembre de 1.954 se negó a admitir la demanda por considerar que el Consejo carece de jurisdicción para conocer de ella, y dijo al respecto:

> «El demandante ejercita la acción consagrada en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo. Mas dicha acción, aún suponiendo que lo fuese en orden a un fallo de esta jurisdicción y no sólo una vía para "demandar *directamente de la administración*" como reza la disposición aludida, únicamente sería posible contra las llamadas por Bonnard *vías de hecho* administrativas y en el caso de autos no se trata de ninguna vía de hecho.
>
> En efecto. Del texto de la demanda y de escritura

pública número 2.333 de 17 de mayo de 1.954, Notaría Cuarta de este Circuito, aparece claro que entre el actor, señor Dr. Carlos Puerta L. y el Instituto de Colonización e Inmigración se llegó a convenir en los términos de un contrato para la parcelación de las haciendas de "La Victoria» y "El Escondido", de propiedad del primero y fué en virtud de aquel arreglo como el mencionado Instituto ocupó "La Victoria" y realizò en ella algunos trabajos, *con el consentimiento claro del demandante.*

En razón de aquel principio de negociación el mismo señor Puerta L. suspendió los trabajos de aserrío de madera en la mencionada hacienda y dejó de realizar cultivos agrícolas de que habla la demanda. Por tanto, no fue la Administración en forma unilateral y sin previo consentimiento del demandante, la que causó los perjuicios alegados; si ellos se produjeron fué mediante acuerdo de voluntades, lo cual hace incompetente a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para desatar el litigio.

El hecho de que el contrato no adquiriera validez jurídica por haberse negado a aprobarlo el Excmo. Sr. Presidente de la República, no da carácter de *vía de hecho* a la ocupación de "La Victoria". Si por elementales razones de prudencia el Instituto ha debido abstenerse de ejecutar cualquier clase de actos o de impartir cualquier clase de instrucciones administrativas dentro de la hacienda "La Victoria" puesto que no tenía vocación legal perfeccionada para hacerlo", como afirma el actor en su libelo, ello estaría indicando que podría tratarse de un caso de culpa civil extracontractual, cuyo juzgamiento corresponde a la justicia ordinaria».

Contra la anterior providencia el demandante interpuso el recurso de súplica que hoy resuelve la Sala, previas las consideraciones siguientes:

Establece el artículo 73 del C.C.A. que 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.

Como lo ha dicho el Consejo en reiterada jurisprudencia, cuando el legislador expidió esta norma no hizo otra cosa que sustraer del conocimiento de la jurisdicción contenciosa todas las cuestiones que tengan origen en un contrato en que sea parte la Administración. Es decir, que a la norma general de que el Consejo de Estado conoce de toda contención administrativa para la cual no se hubiere señalado una regla particular de competencia, se le hizo la excepción de todas aquellas cuestiones que aunque referentes a litigios entre el Estado y los particulares, tuvieren origen en contratos de que aquel es parte.

Lo anterior porque cuando el Estado contrata lo hace generalmente en su carácter de persona privada, en cuyo caso sus actividades pierden la naturaleza administrativa que le asiste comunmente a todos sus actos para asimilarlas a los de cualquier particular contratante, razón por la cual tales actividades se juzgan por la justicia ordinaria y conforme a las normas civiles que regulan la conducta entre particulares.

Por esta razón no puede interpretarse esta norma en el sentido restringido de que se refiere solamente a los actos que tienen origen en un contrato legalmente perfecto, es decir, en un contrato para cuya celebración se han observado todas las formas propias que la ley señala para los de su clase, sino en el más amplio de que escapan de la jurisdicción contenciosa todas aquellas actuaciones realizadas por la Administración como consecuencia o desarrollo de un concurso bilateral de voluntades y no como el ejercicio natural de la potestad administrativa. En otras palabras: que para determinar la competencia del Consejo en demandas contra la administración, debe examinarse ante todo la naturaleza de los actos o hechos que se le imputan a fin de determinar si ellos han sido ejecutados en desarrollo de estipulaciones voluntarias pactadas entre la administración y la persona que se considere lesionada, porque si tal cosa resulta cierta, la jurisdicción contenciosa administrativa será incompetente para juzgar tales actos dada su naturaleza civil.

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia al decidir sobre la exequibilidad de la ley 67 de 1.943, después de explicar cómo el Estado obra en ocasiones como persona pública, en cuyo caso sus actos lo son de autoridad y de mando, y en otras como persona privada, es decir, como obran los particulares, en cuyo caso sus actos son bilaterales y resultan del acuerdo de dos voluntades iguales, concluye diciendo:

> «De las doctrinas transcritas se deduce que esta corporación tiene admitido que cuando el Estado obra como persona pública, por actos de autoridad o de poder, y en forma unilateral, las decisiones que dicte son de carácter administrativo, y si sobre ellas hubiere controversia, la contención es de carácter contencioso administrativo y cae bajo la jurisdicción de los Tribunales correspondientes. Por el contrario, cuando el Estado obra como persona privada y en forma bilateral, entonces sus actos son de gestión y si sobre ellos hubiere controversia, de la contención correspondería conocer a los Tribunales ordinarios».

En el caso de autos, los hechos de la demanda se encargan de aseverar que la administración actuó a petición del propio interesado quien en noviembre de 1.953 propuso al Instituto demandado la parcelación de su hacienda; que después de dilatadas conversa-

ciones las partes acordaron las fórmulas de los contratos y que éstas fueron aceptadas por el demandante (hecho 12); y que, aun-cuando la demanda no lo afirma, de su lectura se deduce muy claramente que el envío de la maquinaria a la hacienda La Victoria y la iniciación de los trabajos se llevaron a cabo con el *consentimiento claro del demandante*, como lo dijo el H. Consejero sustanciador del negocio. Es más: este consentimiento se halla expresamente manifestado en la escritura 2333 de 17 de mayo de 1.954, otorgada en la notaría cuarta de Bogotá, de donde se infiere que al ejecutar tales actos la administración no obró unilateralmente, como administratradora de la cosa pública, ni en ejercicio de poderes administrativos sino a petición del demandante señor Puerta L. y en desarrollo de estipulaciones que si bien no habían sido perfeccionadas legalmente sí habían sido acordadas entre éste y aquella.

Sostiene el demandante que en el presente caso no se ejercita ninguna acción derivada de relaciones contractuales por el hecho de que el contrato no fué aprobado por el Excmo. Sr. Presidente y que, en consecuencia, por elementales razones de prudencia el Instituto ha debido abstenerse de ejecutar cualquier clase de actos o de impartir cualquier clase de instrucciones administrativas dentro de la Hacienda La Victoria puesto que no tenía vocación legal perfeccionada para hacerlo. Pero si lo anterior es evidente, no lo es menos que también el demandante, por elementales razones de prudencia, sabiendo como debía saber que el contrato necesitaba la aprobación superior y que sin ésta no quedaría perfeccionado, ha debido oponerse a la realización de tales actos o por lo menos manifestarlo así a la administración para que en esa forma se configuraran las vías de hecho dentro de las cuales parece que trata de clasificar las actuaciones del Instituto. No lo hizo así, sin embargo, y del contexto de la demanda surge clara la noción de que tales trabajos fueron realizados por el Instituto con el consentimiento del demandante y aun por su propia petición (hecho 1).

Que los actos llevados a cabo por el Instituto tienen origen y naturaleza contractual se hace manifiesto ante la simple consideración de que si no hubiera sido porque "el demandante le propuso al Instituto un negocio de parcelación" (hecho 1), tal entidad no la hubiera iniciado; que si el contrato hubiera sido aprobado, tales actos se considerarían como ejecutados dentro de él y, por último, que para que el Consejo pudiera considerarlos como generadores de perjuicios le sería necesario estudiarlos a la luz de las disposiciones que regulan el consentimiento y las manifestaciones de voluntad dentro o fuera de contratos, con lo cual invadiría la órbita civil señalada a la jurisdicción ordinaria.

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

to suplicado de fecha 22 de noviembre de 1.954.

Revalídese el papel común usado en la actuación.

Cópiese y notifíquese.

Daniel Anzola Escobar, Manuel Buenahora, Rafael Marriaga, Ildefonso Méndez, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR TRABAJOS PUBLICOS

COMPETENCIA, RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION, VALORIZACION Y DESVALORIZACION, E IMPORTE DE PRUEBA.

(Consejero Ponente: Dr. Ildefonso Méndez)

Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo— Bogotà, 20 de marzo de mil novecientos cincuenta y seis.

El abogado ALBERTO HERNANDEZ MORA, con el poder correspondiente, solicita a esta entidad -agitando el contencioso de trabajos públicos- las siguientes manifestaciones jurisdiccionales:

> «Que el Estado está obligado y debe pagar a la sociedad "Castillo Angulo Hermanos Ltda.", con domicilio en Soplaviento, Municipio del Departamento de Bolivar, una indemnización de los perjuicios, que causó a dicha sociedad, como consecuencia de las obras de rectificación del "Canal del Dique" (Río Magdalena) ...., así:
>
> aa). La suma de $125. 590.00, o la que se fije por peritos o las que fijare en su caso el Consejo de Estado, por conceptos de daño emergente.
>
> bb). La suma de $ 1.255.00, o la que fijen peritos o en su caso señale el H. Consejo de Estado, por cada mes comprendido entre el 1o. de enero de 1.948 y el día en que se pague el valor de la indemnización por concepto de lucro cesante."

La demanda se apoya en el hecho comprobado de que la rectificación y ampliación del Canal del Dique -brazo del río Magdalena- llevada a cabo por el Ministerio de Obras Públicas en cumplimiento de la Ley 88 de 1.943, conllevó la desecación -por lo menos parcial- del antiguo cauce; canal del cual es riberana la compañia demandante, como propietaria de la hacienda ubicada en la región llamada SABANA GRANDE DE LOS RIOS, jurisdiccion del Municipio de Manatí, Departamento del Atlántico, e integrada por los potreros -porciones individualmente delimitadas- denominadas

"SOLOZA", "LAS TEMBLADERAS", "TRAPICHE", POTRERO LARGO" "PESCADERO", "PALMA DE VINO", "EL TINAJERO", "GASPADILLO", "EL DOTE", y "LAS CABEZAS", fenòmeno éste que, según la sociedad, determinó, por una parte, que tal hacienda no pueda hacer uso de las aguas del rio ni para abrevadero de ganados, ni para riegos, ni como medio de transporte, ni para los demás menesteres de la finca, y por otra, la pérdida de una mitad de su capacidad para el negocio de semovientes y la reducción en un 50% de su valor de cambio.

Como fundamentos de derecho se esgrimen los ordenamientos de la Ley 38 de 1.918 y los artículos 261 y 270 del Código de lo Contencioso Administrativo.

Durante el curso del proceso ocurrió la liquidación de la compañia demandante, según consta en la escritura pública No. 20 de fecha 4 de abril de 1.951, corrida en la Notaría Unica de San Estanislao -Departamento de Bolivar-; por élla se adjudicó a cada uno de los señores Dagoberto Castillo Angulo, Libardo Castillo Angulo, y Divalda Castillo Angulo de Guzmán, -quienes fueron reconocidos en calidad de tales- una tercera parte del derecho litigioso que se pretende en este proceso.

La litis ha recibido las formas propias del juicio.

CONSIDERANDOS:

1. Los elementos que caracterizan, según los doctrinantes, "los trabajos públicos" son:

a) Que estos sean efectuados por cuenta del ESTADO, ya sea directa o indirectamente, lo que vale decir en nuestro país, por cuenta de la Nación, los Departamentos, los Municipios y, en general, por entidad oficial.

b) Que el trabajo tenga una finalidad estrictamente de interés público o social.

c) Que se realice en inmuebles; y

d) Que el daño recaiga sobre una propiedad raiz y que entre él y el trabajo público exista una relación de causa a efecto.

2. La competencia para conocer de los perjuicios derivados de tales trabajos no está unificada en nuestra legislación -como es lo técnico y sería lo deseable-; así, ella corresponde:

A lo contencioso administrativo, cuando el trabajo público no comporta la ocupaciòn permanente de la propiedad privada (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 20 de junio de 1.955) y siempre que se aunen estas dos condiciones: que los daños causados tengan origen en el conjunto de operaciones materiales realizadas para su construcción, reparación o conservación; y que el perjuicio sea directo -que exista una relación de causa a efecto entre éste y aquél-, en otras palabras, que no se haya interpelado ningún elemento extraño productor del daño.

A la justicia ordinaria, cuando la ocupaciòn de la propiedad privada sea de carácter permanente (sentencia citada); cuando los daños son resultante de la obra pública ya concluída —como secuela de hechos o aún de faltas o culpas por su uso o explotación— y nó del trabajo público; y cuando el perjuicio no es directo, en el sentido ya estudiado.

3. En los autos se encuentra demostrado:

a) *La competencia de esta entidad para conocer de la contención*, pues se trata del mero daño de una propiedad inmueble, originado directamente por el conjunto de operaciones materiales realizadas para la rectificación y ampliación del Canal del Dique.

b) *El dominio de la parte demandante sobre el inmueble perjudicado*, con las pruebas pertinentes, así: copias auténticas, debidamente registradas de las escrituras públicas números 179, 169 y 20, otorgadas el 3 de noviembre de 1.945, 24 de julio de 1.946 y 4 de abril de 1.951, respectivamente, en la Notaría Tercera del Circuito de Cartagena, las dos primeras y en la Notaría Unica del Circuito de San Estanislao, la última; y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de aquel lugar, en donde consta que CASTILLO ANGULO HERMANOS LIMITADA figura como poseedora inscrita de la propiedad.

c) *La realización del trabajo pùblico, ordenado como se ha visto por la ley 88 de* 1.943, con los documentos que a continuación se relacionan: experticio, rendido por los peritos Miguel Anzola Cásseres, Simón Gómez Lavalle y Santiago Marino -como tercero en discordia-, anexo a la inspección llevada a cabo por esta Sala; y por varios testimonios sobre el particular.

d) *El importe de los daños*, mediante el referido dictamen y de acuerdo con el análisis que de él se hará más adelante.

4o. El Fiscal de la Corporación solicita que se nieguen las súplicas de la demanda, en un largo y erudito estudio, que el mismo resume de este modo:

> «..Nuestras leyes civiles y administrativas no reconocen indemnización por obras correctas ejecutadas por la administración en interés público y social cuando éllas se ejecutan, como en el caso concreto, con relación a bienes que pertenecen al Estado por ser de uso público y con mayor razón por tratarse de canales particulares. Mucho menos hay lugar a esa indemnización si el Estado ejecuta correctamente las obras en cumplimiento de una ley. Aunque existiera la obligación de indemnizar, la prueba presentada por los actores es deficiente y no tiende a evidenciar un perjuicio real causado. Concretamente la inspección ocular y al dictamen pericial unos y otros son deficientes para el juzgador, mucho más el último que se basa en hechos nó realmente ciertos en el momento del

avalúo sino hipotéticos y contingentes que en cierta manera son contradichos por la propia experiencia y por la naturaleza de las cosas».

Sobre estos particulares observa la Sala:

a) Que desde la expediciòn de la ley 167 de 1.941, la responsabilidad de la Administraciòn por los perjuicios ocasionados por trabajos públicos surge de la Ley independientemente del delito o culpa -esto no quiere decir que estas figuras no puedan coexistir- imputables a los Agentes que los ejecutaron y es una categoría especial de la responsabilidad extracontractual de las personas públicas de naturaleza objetiva y no subjetiva como la puramente civil. De consiguiente, en el contencioso por trabajos públicos el sujeto pasivo del daño no está obligado a comprobar otra circunstancia distinta que la realización del trabajo, ni otros hechos que los perjuicios sufridos como titular del derecho, para que tenga acción contra la entidad responsable.

b) Que además, para el caso preciso de esta contención existen disposiciones legales que consagran la responsabilidad de la Administración:

«*Ley 38 de 1918 dice:*

Artículo 9o. Las disposiciones contenidas en los artículos 13 a 27 de la Ley 35 de 1.915, serán aplicables en cuanto se trate de expropiaciones para la construcción de todas las vías públicas de comunicación, sean nacionales, departamentales, o municipales, y ya se trate de construcciones directas, delegadas o por contrato de ejecución.

Ley 35 de 1.915

Artículo 26. En la construcciòn de vías se dejarán las servidumbres de aguas u otras de que gocen los predios; y si la necesidad obligare a privarlos de tales servidumbres, tal privación se tendrá en cuenta para fijar el precio de la indemnización.

Ley 13 de 1.928.

«Artículo 7o. Cuando la Nación necesite utilizar con cualquier fin una caída de agua, indemnizará previamente de todos los perjuicios, mediante contrato o expropiación legal, a los dueños de los predios riberanos y a las personas que tengan derechos adquiridos sobre el uso de las aguas en conformidad con lo dispuesto en los artículos 895 y 1001 del Código Civil.

CODIGO CIVIL.

Art. 893. El uso que el dueño de una heredad pueda 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 en este caso se dejará una parte a la heredad, y se le indemnizará de todo perjuicio inmediato».

c) Que tiene parcialmente razón dicho funcionario en su crítica a las pruebas aportadas por la parte actora para comprobar el importe de los daños que pretende por el trabajo público, pues, por una parte, los perjuicios para que sean indemnizables deben ser actuales y ciertos, es decir, existentes en el momento que la acción para su reclamo se ejercita y no simplemente eventuales (véase G. J. 2053/54, T. LXIII), y por otra, el experticio llega a conclusiones inaceptables. Veámoslo:

Dice el perito Miguel Anzola Casseres:

> «La cabida de la hacienda de SABANA GRANDE DE LOS RIOS, "según la demanda" y en los globos a que se hace referencia, es de mil doscientas treinta y cinco (1.235) hectáreas. En estos terrenos, bajos, cada hectárea puede sostener, permanentemente, una res. En el supuesto de que la superficie de la hacienda fuera la que señala o fija la demanda "SABANA GRANDE DE LOS RIOS" podría apastar el mismo número de reses, durante el año. En la actualidad, según examen que verifiqué, en asocio de los demás peritos, sobre el libro informal respectivo, sólo hay en la hacienda seiscientos cuarenta y nueve (649) reses, mayores de dos años, sin incluír ciento treinta y nueve (139) terneros, que todavía no pastan. La diferencia entre la cabida que, se dice, tiene la hacienda (1.235 hect.) y las reses mayores, que actualmente se apacentan, es de quinientas ochenta y seis (586) cabezas. Como en aquella región se estima el pasturaje, mensual, por res, a un peso ($1.00) m. cte., estimo y avalúo este perjuicio, por concepto de lucro cesante, desde enero (inclusive) de 1.948, en adelante, a razón de quinientos ochenta y seis ($586.00) moneda corriente, por cada mes, siendo muy posible que los propietarios pudieran obtener un rendimiento mayor, levantando o engordando ganados propios».

Dice el perito Simón Gómez Lavalle:

> «La cabida de la hacienda de "SABANA GRANDE DE LOS RIOS" en los globos a que hace referencia la demanda, es de un mil doscientas treinta y cinco (1.235 hectáreas), y en estos terrenos bajos, cada hectárea puede sostener una cabeza o res permanentemente por año, y en el supuesto que la cabida de la hacienda sea la dicha, ésta podría apastar 1.235 reses, y en la actualidad, según el resultado que he obtenido al examinar el libro respec-

tivo, sólo hay en la hacienda de "SABANA GRANDE DE LOS RIOS", de propiedad de la sociedad "Castillo Angulo Hermanos Limitada", seiscientas cuarenta y nueve (649) reses mayores de dos años; la diferencia entre la cabida y la que hay, es de quinientas ochenta y seis (586) cabezas, que no se están pastando en la hacienda con motivo a los trastornos ocasionados por la desviación del Canal del Dique, cuyo pasturaje a razón de $1.00 por cabeza y por mes, que es lo acostumbrado cobrar en esa región, arroja la suma de $586.00 m.c., la que estimo como parte de estos perjuicios en concepto del lucro cesante mensual, a partir del mes de Enero de 1.948, inclusive. Esta apreciación la hago en el supuesto de que la sociedad "Castillo Angulo Hermanos Ltda"., hubiere tenido este negocio, porque tratándose de levante y engorde de ganados promedios, el rendimiento que se obtiene siempre es mayor».

Dice el perito Santiago Marino H.

«En este punto estoy de acuerdo con los peritos principales, pues según mis conocimientos y por estar debidamente informado, el número de reses que se puede pastorear en esa clase de terrenos es la de una res por hectárea. Siendo la capacidad total de la hacienda de mil doscientas treinta y cinco (1.235) hectáreas, indefectiblemente deberia sostener mil doscientas treinta y cinco (1.235) reses mayores. Pero al examinar los libros de existencias de ganados en la fecha de la inspección, pudimos comprobar con los peritos principales que solamente había en la hacienda seiscientas cuarenta y nueve (649) reses mayores, más ciento treinta y nueve (139) terneros que aún no pastaban. Es decir, que la hacienda ha perdido un cuarenta y siete con cuarenta y cinco por ciento (47,45%) de su capacidad o cabida para ganados. Siendo el valor de cada pastaje el de $1.00 mensual, deducimos que la hacienda ha dejado de producir quinientos ochenta y seis ($586.00, pesos mensualmente, que se puede considerar como parte del lucro cesante desde la fecha en que la hacienda fue afectada por las obras de la desviación del Canal del Dique, enero de mil novecientos cuarenta y ocho. Esto, suponiendo que la firma de "Castillo Angulo Hermanos Limitada" se dedicase a esta clase de negocios, pero como su principal renglón es el de la producción de leche y el levante de terneraje, las pérdidas son muchas mayores aún».

Como puede apreciarse el daño calculado por lucro cesante es EVENTUAL: para el caso de que la compañía demandante hubiera tenido el negocio de apacentar ganados. Mas el defecto capital

del dictamen estriba en el razonamiento seguido por los expertos para fijar el quántum mensual del lucro cesante, ya que no puede ser factor determinante de la causación del perjuicio el número de reses que se tuvieran para la fecha de la diligencia, en la hacienda y en relación con su cabida normal, sino la cantidad que ella no pudiera albergar por los trastornos que sufrió con la rectificación del cauce del Canal del Dique.

Tampoco es acertado el dictamen en cuanto al cálculo del daño emergente: según èste, la situación anterior y posterior al trabajo público de los potreros que componen la hacienda es la siguiente: solo TRES (3) de ellos "SOLOZA", en 1.300 metros, "TEMBLADERA", en 1.300 metros y "POTRERO LARGO", en 400 metros, eran riberanos del viejo canal; después de concluída la obra pública, el primero quedó igual, el segundo quedó con 200 metros sobre el nuevo canal y 1.100 sobre el viejo y el tercero quedó sin ribera alguna.

En estas condiciones la peritación no responde a estos interrogantes: por qué el potrero Soloza -con 113 hectareas màs 8.675 metros cuadrados- sufriò una desvalorización de $ 50.00 por hectárea?; por qué tambièn los demás potreros no colindantes con el Canal se desvalorizaron?.

Es verdad que la demanda insinùa que todos los potreros forman un conjunto funcional, pero como lo corriente es que toda desvalorización -como toda valorizaciòn- por una obra pública tenga su zona de influencia, únicamente puede aceptarse, salvo caso de prueba en contrario -la que no se trajo a los autos-, que el fenómeno operó en los potreros que perdieron la riberanía con el Canal y proporcionalmente los que la perdieron en parte, y no que la alícuota de desvalorización de $ 50.00 -estimada por dos de los tres peritos que actuaron en la diligencia- afecte totalmente a todos los potreros, aún a los no colindantes.

En este orden de ideas, los perjuicios que tuvo la compañía CASTILLO ANGULO HERMANOS LIMITADA, por daño emergente son éstos:

"EN POTRERO LARGO" -de 62 hectáreas con 1.950 metros cuadrados-, a razón de $ 50.00 de desvalorización por hectárea . . . . . $ 3.109.95

En "TEMBLADERA" -de 198 hectáreas con 6.990 metros cuadrados-, con la misma base de desvalorización, y proporcionalmente, habida cuenta que tenía 1.300 metros de ribera y quedó con solo 200, según la siguiente explicación: A la pérdida total de la orilla (1.300 mts.) correspondería una desvalorización del terreno equivalente a $ 9.934.95, pero como la ribera sólo sufrió menoscabo de 1.100 metros, la suma indicada queda reducida en la misma proporción que 1.300 a

P a s a n . . . . . $ 3.109.95

Vienen	$ 3.109.95
1.100, es decir a	$ 8.406.50
En la casa principal, según dictamen de los tres peritos, que se acepta por reunir los requisitos legales.	$ 8.400.00
En la casa contigua a la principal, según el mismo dictamen	$ 1.260.00
Total	$21.176.45

SON: VEINTIUN MIL CIENTO SETENTA Y SEIS PESOS CON CUARENTA Y CINCO CENTAVOS.

No procede hacer el descuento por valorización ordenado por el artículo 268 de la Ley 167 de 1.941, porque en el experticio se dice que el resto del predio afectado por la obra pública lo que tuvo fué desvalorización.

Por las consideraciones anteriores, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se falla:

PRIMERO: Condénase al Estado Colombiano a pagar a los señores Dagoberto Castillo Angulo, Libardo Castillo Angulo y Divalda Castillo Angulo de Guzmán como causahabientes de la compañía demandante, por terceras partes, la suma de VEINTIUN MIL CIENTO SETENTA Y SEIS PESOS CON CUARENTA Y CINCO CENTAVOS.

SEGUNDO: No hay lugar a la deducción de que se habla en la parte motiva.

TERCERO: Niéganse las demás súplicas de la demanda.

CUARTO: Los ordenamientos de esta providencia deberán cumplirse en la forma prevenida por el artículo 121 ibídem.

Notifíquese, cópiese y archívese.

José Enrique Arboleda V., Ildefonso Méndez, Daniel Anzola Escobar, Abelardo Gómez Naranjo, Rafael Marriaga, Rafael Rueda Briceño, Antonio José Prieto.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

INDEMNIZACION POR TRABAJOS PUBLICOS MUNICIPIO DE BOGOTA

(Consejero ponente: Dr. Rafael Rueda Briceño)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo— Bogotá, diecinueve de abril de mil novecientos cincuenta y cinco

Ref: Expediente No. 5394
Actor: Noemí Henao de Ramos
Naturaleza: Indemnizaciòn.

En la demanda con que se inició este juicio ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el doctor Antonio Rueda Terán, como apoderado de la señora Noemí Henao de Ramos, pidió que, "previos los trámites del juicio especial sobre INDEMNIZACION POR TRABAJOS PUBLICOS, que reglamenta el capítulo XXII de la ley 167 de 1.941, artículos 261 y siguientes del Código Administrativo", se declare:

«1o. Que el Municipio de Bogotá tomó e incorporó al uso público sin haber indemnizado previamente a su propietario, una zona de terreno de propiedad de mi mandante, que formaba parte del inmueble situado en la esquina noroeste de la calle 21 y la carrera 5a. de esta ciudad de Bogotá, zona que tiene una extensión superficiaria aproximada de trescientas quince varas cuadradas con cincuenta y un centímetros de vara cuadrada (315,51 v2) y que se destinò por la entidad pública para la ampliación de la calle 21 y la carrera 5a. según demarcaciòn número 654 de 2 de febrero de 1.950, expedida por la Secretaría de Obras Públicas Municipales; y

2o. Que como consecuencia de la declaración anterior el Municipio debe pagar a mi mandante señora Noemí Henao de Ramos, seis días despues de la ejecutoria de la respectiva sentencia la cantidad de CINCUENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UN PESOS CON OCHENTA CENTAVOS ($ 56.791.80) o la que se fije por peritos en el curso del presente juicio como precio del terreno expropiado y los intereses corrientes de esta can-

tidad a partir de la fecha en que el Municipio incorporó al uso público la mencionada zona de terreno, hasta el día en que se verifique el pago."

El fallador de primer grado, en sentencia fechada el 27 de marzo de 1.954, oído el concepto favorable de su Fiscal, accedió a las súplicas transcritas anteriormente.

No satisfecho con esta determinación, el Personero Municipal de Bogotá, a quien se tuvo como parte en representación de este Municipio, apeló de la mencionada providencia, la cual entra a revisar el Consejo mediante las consideraciones que en seguida se verán, ya que no se encuentra causal de nulidad que invalide lo actuado.

LA VISTA FISCAL

El doctor Nicolás Torres Niño, Fiscal 2o. del Consejo, en escrito que corre a folio 73 y siguientes del cuaderno principal, propone que se revoque la sentencia apelada y que en cambio se declare probada la excepción de "petición de modo indebido", o la de "ineptitud sustantiva de la demanda", y a tal efecto se pronuncia de la siguiente manera:

"..... ....

Se observa, sin embargo, que en los autos no estan debidamente probados ni la ocupación de hecho ni los trabajos públicos que realizara el Municipio de Bogotá para la ampliación de las vias públicas antes relacionadas, trabajos públicos que se alegan como determinantes de los perjuicios reclamados, por lo cual se llega a la conclusión de que no es posible ubicar la acción aquí instaurada dentro del Capítulo XXII del Código Contencioso Administrativo, como indebidamente lo ha hecho la demandante, siendo procedente, por lo tanto, reconocer y declarar probada la excepcion de "petición de un modo indebido".

"No puede negarse que a la señora Henao de Ramos le asistía el derecho a que el Municipio de Bogotá le indemnizara los perjuicios de orden patrimonial que sufrió al imponerle la obligación de ceder, para la ampliación de las vías públicas relacionadas las zonas de terreno indicadas en la demarcación transcrita, pero no mediante el ejercicio de la acción de indemnización "*por trabajos públicos*" de que trata el citado capítulo XXII, sino con fundamento en lo estatuído en el artículo 68 de la ley 167 de 1941, sobre restablecimiento del derecho y consiguiente indemnización de perjuicios cuando la causa de la violación es *un hecho u operaciòn administrativa*, como quiera que fué la licencia indicada concedida a la señora Noemí

Henao de Ramos la que originó los perjuicios cuya reparación o indemnización se reclama por dicha señora, pues por tal acto administrativo y por la demarcación número 654 de febrero 2 de 1.950, se le impuso la obligación de correr el paramento hacia el interior del lote destinado para la construcción y la de ceder parte de él para el ensanche de la vía pùblica en el sector comprendido entre la calle 61 y la carrera 13 de esta ciudad.

El Tribunal en la sentencia apelada cita como antecedente doctrinario la sentencia de 27 de marzo de 1.947, del H. Consejo de Estado, donde se afirma que el daño por trabajos públicos puede ser "*directo e indirecto*", "directo cuando se ocupa la propiedad particular, o indirecto cuando no se ocupa". Y agrega por vía de ejemplo: "Si al ampliar una vía pública el Estado *ocupa un inmueble* perteneciente a particulares y lo destruye, quiere decir que ha ocasionado un daño directo a su propietario; pero si en cambio, al lado de ese inmueble *se construye una vía férrea* y con la trepidación al paso de los trenes, desmejora o desvaloriza la propiedad contigua, significa esto que se ha causado un daño indirecto, sin necesidad de haber realizado operación alguna".

Pero es evidente que en cualquiera de los dos eventos relacionados, es decir, sea que se trate de daño directo o indirecto, el perjuicio es la consecuencia obligada de *un trabajo público* ya que sin la ejecución material de éste la acción indemnizatoria concedida en el Capítulo XXII del Código Contencioso Administrativo adolecería de falta de causa».

La Sala no comparte las tesis propuestas por su colaborador. Muy al contrario considera que la acción instaurada es la procedente. En efecto, los peritos que intervinieron en la inspección ocular dicen textualmente en su dictamen:

« . . . . . »

«De acuerdo con los datos que arroja el plano de la propiedad de la señora Noemí Henao de Ramos, número 77/15 de 16 de Septiembre de 1.949, levantado por la firma "Ibañez y Manner" que obra en el expediente, y que nosotros pudimos verificar sobre el terreno en la diligencia de inspección ocular, el área o superficie segregada del inmueble de la demandante y destinada por el Municipio para la ampliación de la Calle 21 y de la carrera 5a., es de 315,51 varas cuadradas.»

Si en dicho informe, que por mandato de la ley estuvo en conocimiento de las partes, según da cuenta el auto de nueve de julio de mil novecientos cincuenta y tres, debidamente notificado, se

hace la afirmación categórica de que el lote de propiedad de la señora Henao de Ramos, situado en la carrera quinta (5a.) con calle 21 de esta ciudad, fué cercenado con el exclusivo objeto de ampliar estas dos vías públicas, no se vé cómo pueda decirse que el conocimiento de este negocio escapa a la jurisdicción contencioso administrativa, siendo así que la ley 167 de 1.941, señala como elementos indispensables para la prosperidad de esta clase de acciones: la expresión del carácter o título con que la indemnización se reclama, el hecho que la causa, el funcionario o agente público que hubiere ordenado la ocupación o causado el daño y el monto de la indemnización que se reclama, requisitos todos que se hallan satisfechos en el negocio que se está decidiendo. En efecto, en los autos corre la copia de la escritura número 4047 de 12 de noviembre de 1.945, otorgada en la Notaría 3a. de Bogotá en donde aparece hecha a la demandante la adjudicación del lote situado en la carrera 5a. con calle 21 de esta ciudad; copia auténtica de la demarcación número 654 expedida por la Secretaría de Obras Públicas de Bogota; y si a esto se agrega que en el libelo se indicó el agente de la Administración que ordenó la ocupación y el monto de la indemnización a que se cree tener derecho, forzoso es concluir qué los requisitos de la ley se hallan satisfechos.

De otro lado, el problema planteado en este juicio no es nuevo para el Consejo, corporación que en múltiples fallos ha aceptado la competencia para conocer de él, lo cual hace que la Sala considere improcedente las excepciones propuestas por la Fiscalía y decida entrar a resolver el problema central.

Ya quedó dicho que los elementos que estructuran la acción consagrada en el Capítulo XXII del C. C. A. llamada indemnización por trabajos públicos, están reunidos plenamente. Y como los razonamientos del Tribunal de instancia tienen la suficiente solidez, esta Sala los prohija y, en consecuncia, procede confirmar el fallo apelado.

Resta agregar que, aunque en la demanda se solicitó una condena por valor de $ 56.791.80, la condena ordenada en la sentencia del Tribunal sólo asciende a $ 34.075,08, porque esta cantidad fué la estimada pertinente por los peritos que intervinieron en la diligencia practicada por el *a quo*. El informe de los auxiliares de la justicia se halla debidamente fundamentado; expresa que sus autores se informaron del contenido de las transacciones efectuadas por ese tiempo en lugares aledaños al lote de la demandante; verificaron el número de varas cuadradas destinadas a vía pública y, finalmente, dieron aplicación al artículo 268 del C. C. A., razones por las cuales la Sala concede al referido dictamen todo el valor legal y lo acepta para pronunciar su decisión.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, oído el concepto del Fiscal Colaborador, administrando Justicia en nombre de la Repú-

blica de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Rueda Briceño, Daniel Anzola Escobar, Ildefonso Méndez, Manuel Buenahora, Antonio José Prieto, José Enrique Arboleda, Rafael Marriaga.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA

LA SENTENCIA SOBRE RECONOCIMIENTO DE "BIENES OCULTOS" NO TIENE FUERZA COMPULSIVA PARA DECRETAR UN MANDAMIENTO DE PAGO.

(Ponencia del Consejero Dr. José Urbano Múnera)

Consejo de Estado —Sala de Negocios Generales— Bogotà Abril veintisiete de mil novecientos cincuenta y cinco.

El Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, en providencia de 22 de julio último, libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva, en favor de la Nación y a cargo de la Compañía GRACE & CIA. (COLOMBIA) S.A, representada por su gerente señor HENRY ARTHUR MAX PEARSON por la cantidad de un millón cincuenta mil ochocientos quince pesos con cuarenta centavos ($ 1.050.815.40) M.L. por los intereses sobre esta suma a la rata del 12 o/o desde el 15 de febrero de 1.954 hasta el día en que se verifique el pago y por las costas del juicio.

Del expresado auto interpuso recurso de apelación para ante el Consejo de Estado el doctor Arturo Tapias Pilonieta, apoderado de la Compañía demandada en el presente juicio.

Surtidos los trámites legales, la Sala procede a decidir previas las condiciones siguientes:

ANTECEDENTES PROCESALES:

La acción se funda en los siguientes hechos:

«1º.- El doctor Alfonso Olaya Zalamea, en asocio de otros señores, de los cuales es actualmente cesionario reconocido, denunció, con fecha 12 de junio de 1.945 por ante el Ministerio de Minas y Petróleos, la existencia de un bien oculto, de propiedad de la Nación, consistente en las sumas pagadas por la misma, por medio del terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, por concepto de servicios de cargue y descargue en naves marítimas, en horas no reglamentarias, a partir del día 8 de enero de 1.940, cuando dichos servicios eran de cargo de las empresas marítimas o de sus agentes respectivos;

2o. El monto de estas sumas asciende a un valor igual a lo pagado por dichos servicios, a partir de esa misma fecha, debido a que la Junta Consultiva del Terminal, con o sin motivo plausible, pero ilegalmente, resolvió derogar por medio de una simple acta, la vigencia del Aparte 18 del Decreto 672 de 1.937, orgánico del Terminal, por el cual fueron señaladas las tarifas de tales servicios, Acta que vino a establecer que sólo se cobraría el 50 o/o de los mismos, gravando en esa forma a la Nación con la otra mitad rebajada ilegalmente. Por tal razón, la Nación pagó servicios por un monto de $1.050.815.40, cuando fueron solicitados por la entidad demanda, en el lapso comprendido entre el 8 de enero de 1.940 y la ejecutoria de la sentencia del H. Consejo de Estado que se menciona;

3o. El Ministerio de Minas y Petróleos, con criterio equivocado, negó la declaratoria de Oculto del Bien denunciado mediante las Resoluciones 341 y 470 de 1o. de julio y 16 de octubre de 1.946, las cuales, al ser revisadas por el Organo Jurisdiccional competente, o sea el Honorable Consejo de Estado, fueron declaradas nulas (numeral 1o. parte resolutiva), en sentencia de fecha 5 de diciembre de 1.950;

4o. Igualmente en dicha sentencia se declaró la cantidad de Oculto Bien denunciado que se menciona, lo que implica que, mediante el ejercicio de la acción declarada procedente en la referida sentencia, las sumas pagadas indebidamente por el Estado, por dicho concepto, en el lapso comprendido entre el 8 de enero de 1.940, fecha del Acta, y hasta la ejecutoria de la sentencia del H. Consejo de Estado, deben ingresar al Fisco Nacional (numeral 2o. parte resolutiva);

5o. Se dispone además en la sentencia del H. Consejo de Estado, de que se hace mérito, que el valor que corresponda al Fisco Nacional por dicho concepto, ingrese al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, (numeral 3o.); que el doctor Alfoso Olaya Zalamea es cesionario de los otros denunciantes, (numeral 4o.); que el gobierno nacional debe investir de la personería necesaria al doctor Olaya Zalamea, ... para hacer efectivos los derechos de la Nación" y que, al efecto, gozará del privilegio que las leyes conceden y reconocen a la Nación cuando litiga, (numeral 5o.); que el Ministerio Público coadyuvará las acciones necesarias para efectos ".....del cobro de las sumas de dinero a que el bien declarado como oculto se contrae", (numeral 6o.);

6o. Dicha sentencia igualmente declara: Las acciones indicadas por los denunciantes para obtener la efectividad

del cobro de las sumas de dinero a que se contrae el Bien Oculto Denunciado y declarado como tal por medio de esta sentencia, son procedentes, y así se declara, al tenor de lo dispuesto por el ordinal a) del artículo 30 del Código Fiscal, subrogado por el artículo 4o. de la Ley 27 de 1.935.

7o. El Gobierno Nacional, en acatamiento a lo ordenado por el fallo que se menciona y por medio de un acto positivo que así lo indica, confirió al denunciante, doctor Olaya Zalamea, el poder que se contiene en la escritura pública número 330 de 2 de febrero de 1.951, corrida ante el Notario Octavo de este Circuito, cuya copia debidamente registrada acompaño a esta demanda. Este poder me fue sustituído, conforme consta en el certificado expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público que obra en autos;

8o. La sociedad demandada, GRACE & CIA. (COLOMBIA) S. A. ha sido reconvenida para el pago de acuerdo con el numeral 3o. del Art. 1608 del C. C., dentro de las diligencias previas que se encuentran en su despacho, las cuales deberán agregarse a la presente demanda;

9o. EL TITULO EJECUTIVO. La obligación que ejecutivamente se demanda está respaldada en la sentencia debidamente ejecutoriada del H. Consejo de Estado, de fecha 5 de diciembre de 1.950, cuya copia auténtica corre dentro de las diligencias previas de requerimiento y, en el cuadro de liquidaciones verificado por el señor Administrador del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, en desarrollo y cumplimiento de la referida sentencia».

Al explicar el título ejecutivo se dice en la demanda:

«El cuadro de liquidaciones que aparece de autos, fue producido por un funcionario público, el Administrador del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, de él se desprende que es un deudor de la Nación, la entidad aquí demandada, y, que la cuantía, precisamente es la que por la misma se exige. Sobre estas dos circunstancias esenciales, dicho cuadro hace plena prueba, por tratarse de un documento público auténtico, producido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, al tenor de lo preceptuado en el Art. 632 del C. J.

La sentencia como el cuadro, forman un todo armónico, ya que éste se hizo en cumplimiento del primero, y, constituyen el título ejecutivo. De ello se desprende que la obligación es clara, pues la sentencia dice que la obligación consiste en las sumas dejadas de cobrar por la Nación por concepto de los servicios de cargue y descargue de naves marítimas en horas no reglamentarias, en el

Puerto Terminal de Barranquilla, desde el 8 de diciembre de 1.940 (sic) hasta la ejecutoria de la sentencia. La obligación es nítida, porque consiste en una suma líquida de dinero, y es a cargo del demandado, porque estas dos últimas circunstancias constan en el cuadro de liquidaciones presentado, que como antes se dice, es un documento público auténtico.

«La obligación es exigible porque el deudor ha sido constituído en MORA por razón de la reconvención previa que se hizo por ante su despacho. El título reúne así los requisitos del Art. 982 del C. J.».

El señor Personero Municipal de Bogotá, al cumplir la orden que le dió el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de coadyuvar la presente acción, entre otras hace las siguientes observaciones:

«Quizás pueda afirmarse que en el presente asunto se trata de un recaudo ejecutivo de caracter "mixto" (si vale la expresión). En efecto: la sentencia (título Judicial), calificó de ocultos los bienes denunciados, pero ella, por si sola, no presta mèrito ejecutivo como ya se vió; necesita el fallo ser complementado por el "reconocimiento" "resolución definitiva" o como quiera llamársele", que conduzca al monto líquido a cargo de la persona presunta ejecutada. Este complemento puede ser un "título administrativo" (si así se estima que la deuda proviene de impuestos), o uno estatuído por leyes especiales (si se considera que no se trata de recaudar inpuestos).

El cuadro de líquidaciones que obra en autos es un simple cuadro pero no constituye un "reconocimiento" ni una "resolución". Los comprobantes, privados o públicos deben tener determinada forma, deben llenar ciertos requisitos externos para que presten mérito. Y nuestras leyes no erigen los "cuadros" en piezas de recaudo ejecutivo.

De lo dicho hasta aquí se concluye: 1o. Que la sentencia, POR SI SOLA, no presta mérito ejecutivo.

"2o. Que el complemento del fallo para poder formar así la base de recaudo ejecutivo, no debe presentar punto alguno objetable.

3o. Que la ley no señala al Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, la facultad de producir títulos con fuerza ejecutiva.

4o. Que un simple cuadro de liquidaciones no presta mérito ejecutivo.

5o. Que por lo tanto, en el estado actual del expediente, no aparece por parte alguna el título ejecutivo».

El señor Dr. Gonzalo Gaitán, apoderado del Instituto Colombiano

de Seguros Sociales, en memorial presentado a la Secretaría del Consejo el 5 de junio último, al referirse a la coadyuvancia del señor Personero Municipal se expresa así:

«Por esta misma razón tengo que discrepar de las consideraciones que el efecto hace el señor Personero sobre el título ejecutivo presentado por el apoderado de la Nación, con su demanda, pues bien comprendo que tales consideraciones tienen origen en una equivocada interpretación del artículo 982 del C. J. en cuanto estima que, en el presente caso, sólo habría título ejecutivo, si la sentencia del Consejo de Estado "por si sola" constituyera plena prueba de una obligación clara, expresa y actualmente exigible consistente en pagar una suma líquida de dinero.

El término por si sola empleado por la ley, tiene una excepción diferente a la que le otorga el señor Personero, pues tal exigencia se refiere a la unidad jurídica del título, no a la que podría llamarse unidad material del mismo.

El interés procesal de que así sea, radica en el valor probatorio de los documentos constitutivos del título. Que dos o más documentos con el mérito de plena prueba, cuando guardan relación íntima y se complementan recíprocamente, pueden constituír un título ejecutivo. Tal es el caso de autos.

No así cuando un documento es plena prueba de un hecho, por ejemplo, el de la existencia de una obligación, pero el documento complementario no reune tal mérito. Entonces se rompe la unidad jurídica a que se refiere el artículo 982 del Código Judicial.

Al analizar el alcance del artículo 982 del C. J., el señor apoderado de la compañía demandada afirma en su alegato ante el señor Juez del conocimiento, fechado el 16 de febrero de 1.954:

"De acuerdo con lo ordenado en la disposición mencionada, tambien aplicable en los juicios de jurisdicción coactiva, según el artículo 1059 puede exigirse ejecutivamente toda obligación que conste en acto o documento que *provenga* del deudor o de su causante y constituya por si solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una obligacion que deba cumplirse, siempre que del *documento o la decisión judicial* resulte a cargo del demandado una obligación *expresa, clara y actualmente exigible de pago*".

He subrayado las frases que encarnan los elementos esenciales de todo título ejecutivo, quien quiera que sea el demandante particular o entidad de derecho público. Esos

elementos son: 1o. Que la obligacion crediticia provenga del deudor, es decir, que éste lo haya reconocido y comprometido a pagarla; 2o. Que el acto o documento constituya por si solo plena prueba contra el deudor o emane de una decisión judicial que deba cumplirse; y 3o. Que del acto o documento resulte a cargo del deudor una obligación *clara, expresa y exigible.*

El primer requisito es obvio. La obligación debe constar con la voluntad expresa del deudor, pues de que así sea, la ley permite que sin previa controversia sobrevenga la condena al pago. El segundo requisito obedece a que nadie puede ser demandado sino mediante la plena prueba de su obligación. Y el tercer requisito, significa que no basta dicha plena prueba, si de ella sólo resulta una obligación dudosa, tanto por los términos en que esté concebida como por la cantidad cierta y determinada que debe pagar».

En la providencia apelada, al estudiar lo relativo al título ejecutivo, se anota:

«Como recaudo ejecutivo se ha traído a los autos por el actor, copia auténtica de la sentencia dictada por el H. Consejo de Estado, de fecha 5 de diciembre del año de 1.950, por medio de la cual, se declara como bien oculto de la Nación las sumas dejadas de cobrar por el Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, por los servicios de cargue y descargue de naves marítimas, en horas no reglamentarias, en el lapso comprendido entre el 8 de enero del año de 1.950 (sic) hasta el día de la ejecutoria de tal sentencia.

Tambien se trajo a los autos, el cuadro de liquidaciones que en desarrollo del fallo acabado de citar se alude el cual contiene el nombre de los Agentes autorizados en Colombia de naves marítimas a quienes se les prestó el servicio adeudado con la discriminación de las cuentas y sus valores. De este cuadro, resulta que la Compañía Grace & Cia. (Colombia) S. A. como sucesora de la Corporación Marítima y en el suyo propio, dejaron de pagar la suma de un millón cincuenta mil ochocientos quince pesos con cuarenta centavos ($ 1.050.815.40)

Como el doctor Arturo Tapias Pilonieta, en representación de la sociedad Grace & Cia. (Colombia) S. A. en su memorial de prevención que con fecha de 16 de febrero del año en curso presentó, negara el conocimiento por parte de sus representados de tales cuentas por todos los motivos en él apuntados, el Juzgado, para proceder con mayor acierto posible quiso constatar personalmente, en los archivos del Terminal Marítimo de Barranquilla, todos los

hechos que en beneficio de los intereses de la Nación pudieran existir en esa Oficina, por medio de auto para mejor proveer dictado con fecha 6 de julio así lo dispuso y se trasladó al citado lugar, como queda dicho.

Del estudio hecho por el Juzgado en los archivos del Terminal Marítimo de Barranquilla, en asocio de los testigos actuarios nombrados para el efecto, señores Joaquín Madarraga y José B. Tovio Florez, del Administrador del Terminal Marítimo de Barranquilla, del Cajero Habilitado del Terminal y del Contador Jefe Terminal, resulta lo siguiente:

"Según lo manifestado por el señor Administrador del Terminal Marítimo de Barranquilla, de los servicios de cargue y descargue en horas extras, se les pasan cuentas a los solicitantes de tales servicios, cuentas que son pagadas inmediatamente y que, solamente en el caso de autos, esas cuentas se han dejado de pagar;

Que en virtud del fallo del H. Consejo de Estado de fecha 5 de diciembre del año de 1.950 y por orden del Ministerio de Obras Públicas se produjeron las cuentas por los valores que aparecen resumidos en el cuadro elaborado por las oficinas del Terminal en el mes de marzo de 1.952, cuadro que aparece legalizado por el señor Administrador del Terminal, por el Cajero Habilitado del mismo Terminal y refrendado por el Auditor Fiscal del mismo Terminal, cuadro que se elaboró con base en las cuentas formuladas ...."

Según el artículo 982 del C. J., son títulos ejecutivos:

a) Toda obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante y constituya por sí sola plena prueba;

b) Aquel que emana de una decisión judicial que debe cumplirse,

Conviene en primer lugar estudiar la naturaleza de la acción que ejecutivamente se exige, para ver si encaja dentro de la numeración de los títulos ejecutivos taxativamente contenidos en la ley y si al respecto, los documentos allegados al juicio llenan los requisitos exigidos por las disposiciones del C. J. citado.

De la detenida lectura de la sentencia del H. Consejo de Estado, se entiende con toda claridad, que los propietarios o agentes de naves marítimas, estaban en la obligación de cubrir íntegros los jornales del personal supernumerario o eventual que empleara el Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, en las labores de cargue y descargue en horas nó reglamentarias.

Por tanto, resulta fácil establecer que el derecho de

la Nación frente a las naves Marítimas o sus agentes autorizados en Colombia por razón de los servicios que se mencionan, no es otro que el de repetir lo pagado, cuando tal pago estaba a cargo de las naves marítimas o sus agentes que solicitaron sus servicios.

Siendo tal la naturaleza de la obligación, debe concluírse que el título ejecutivo en este caso, no consiste en ninguno de los que exhausativamente relaciona el artículo 1059 del C. J., ni tampoco consiste en ninguna obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor, sino por el contrario, el título ejecutivo que debe estudiarse al rededor de los que conforme al artículo 982 del C. J. emanan de una decisión judicial que debe cumplirse.

Al efecto, la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado, de fecha 5 de diciembre de 1.950, declaró, como antes se dijo, la calidad de bien oculto de la Nación a la suma del dinero que el Estado, había dejado de recibir de las agencias marítimas, en virtud del acto que declaró ilegalmente el Consejo de Estado, constituye una decisión judicial que debe cumplirse».

La providencia recurrida, sostiene a continuación que "no puede ocultarse que la copia del fallo, junto con el cuadro de liquidaciones estructura el título, desde luego que el término por sí solo que emplea el artículo 982 del C. J. no tiene jurídicamente la aceptación que equivocadamente le da el señor Personero. Sobre el particular se ha proferido la H. Corte Suprema de Justicia en la siguiente forma:

«Cuando el artículo se refiere al acto o documento expresivo de una obligación ejecutiva, está contemplando la unidad jurídica del título, más en manera alguna, la unidad material del documento en el sentido de que impida que la obligación pueda estar contenida en diferentes documentos del mismo valor legal y complementándose entre sí, constituyan el título de una obligación ejecutable inmediatamente».

QUE SE ENTIENDE EN COLOMBIA POR BIEN OCULTO

En su artículo 1o. la Ley 27 de 1.935, lo define así:

«Son bienes ocultos de la Nación, de los Departamentos, de los Municipios, y pueden enunciarse 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 Departamentos o de los Municipios, respectivamente, haya necesidad de ejercer acciones en juicio».

De consiguiente, dos condiciones presupone la ley respecto a los bienes ocultos o sean: la del abandono material de éstos y que su carácter de propiedad pública sea oscuro, es decir dudoso, discutible, porque si aquellos bienes no estuvieran en estas condiciones, sino que por el contrario, su título fuera díafano; no se justificaría que las entidades de derecho público le cedieran a título de participación a los denunciantes determinado porcentaje del valor de esos bienes y sería innecesario, como lo prevee el artículo que acaba de transcribirse, el ejercicio de acciones en juicio, pues si el derecho al bien calificado como oculto fuera claro para las expresadas entidades, es lógico que para entrar a los patrimonios de éstas sobraría cualquier acción de índole judicial. De suerte, que a la luz de estos conceptos se debe medir el alcance de lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el numeral 2º. de la parte resolutiva de su fallo de 5 de diciembre de 1.950. Se tiene entonces que lo allí decidido o sea que el 50 % del valor de los jornales del personal supernumerario o eventual que ha venido empleando el Terminal y que se ha dejado de recaudar o cobrar por la Administración del Terminal Marítimo de Barranquilla a las naves marítimas o a sus agentes autorizados en Colombia, por la prestación del servicio de cargue y descargue de dichas naves en horas no reglamentarias en el tiempo comprendido desde el 8 de enero de 1.940, hasta la ejecutoria de la mencionada providencia, es o constituye el bien oculto declarado por el Consejo. Vale esto decir: que el derecho del Estado a percibir aquel 50 % es el que se ha tornado oscuro, dudoso, discutible, o en otros términos que es este porcentaje el que ha podido dejarse de recaudar legalmente en el lapso ya fijado y que es esa posible o probable ocurrencia, la que debe esclarecerse mediante las acciones judiciales procedentes, naturalmente con la convocatoria a la litis respectiva, en igualdad de condiciones, a las partes interesadas en controversias de esta índole que son: de un lado, el denunciante en representación de la Nación o de la entidad respectiva quienes estiman tener derecho al bien denunciado; y del otro la persona o personas naturales o jurídicas que detentan el bien que no es de ellas, en concepto del denunciante, y que bien sea el Ministerio respectivo o el Consejo de Estado en defecto de aquel, en la Resolución o en el fallo del caso, han hallado con visos, más, o menos fundados, de pertenecerle al Estado.

Al declarar el Consejo de Estado que son bienes ocultos aquellos que se ha obligado a denunciar un ciudadano mediante contrato sobre la materia, no decide sobre la propiedad de ellos, ni mucho menos que una tercera persona es deudora del Estado, como se ha pretendido en el caso de autos: el Consejo no hace otra cosa que suplir la declaración que correspondía en primer término al Ministerio respectivo, acerca de que determinados bienes que pueden pertenecer al Estado reunen las condiciones de ocultos que dan lugar al contrato sobre la materia y de su posible reingreso al patrimonio del Estado mediante cierta remuneración al denunciante,

la Nación frente a las naves Marítimas o sus agentes autorizados en Colombia por razón de los servicios que se mencionan, no es otro que el de repetir lo pagado, cuando tal pago estaba a cargo de las naves marítimas o sus agentes que solicitaron sus servicios.

Siendo tal la naturaleza de la obligación, debe concluírse que el título ejecutivo en este caso, no consiste en ninguno de los que exhausativamente relaciona el artículo 1059 del C. J., ni tampoco consiste en ninguna obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor, sino por el contrario, el título ejecutivo que debe estudiarse al rededor de los que conforme al artículo 982 del C. J. emanan de una decisión judicial que debe cumplirse.

Al efecto, la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado, de fecha 5 de diciembre de 1.950, declaró, como antes se dijo, la calidad de bien oculto de la Nación a la suma del dinero que el Estado, había dejado de recibir de las agencias marítimas, en virtud del acto que declaró ilegalmente el Consejo de Estado, constituye una decisión judicial que debe cumplirse».

La providencia recurrida, sostiene a continuación que "no puede ocultarse que la copia del fallo, junto con el cuadro de liquidaciones estructura el título, desde luego que el término por sí solo que emplea el artículo 982 del C. J. no tiene jurídicamente la aceptación que equivocadamente le da el señor Personero. Sobre el particular se ha proferido la H. Corte Suprema de Justicia en la siguiente forma:

«Cuando el artículo se refiere al acto o documento expresivo de una obligación ejecutiva, está contemplando la unidad jurídica del título, más en manera alguna, la unidad material del documento en el sentido de que impida que la obligación pueda estar contenida en diferentes documentos del mismo valor legal y complementándose entre sí, constituyan el título de una obligación ejecutable inmediatamente».

QUE SE ENTIENDE EN COLOMBIA POR BIEN OCULTO

En su artículo 1º. la Ley 27 de 1.935, lo define así:

«Son bienes ocultos de la Nación, de los Departamentos, de los Municipios, y pueden enunciarse 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 Departamentos o de los Municipios, respectivamente, haya necesidad de ejercer acciones en juicio».

De consiguiente, dos condiciones presupone la ley respecto a los bienes ocultos o sean: la del abandono material de éstos y que su carácter de propiedad pública sea oscuro, es decir dudoso, discutible, porque si aquellos bienes no estuvieran en estas condiciones, sino que por el contrario, su título fuera diafano, no se justificaría que las entidades de derecho público le cedieran a título de participación a los denunciantes determinado porcentaje del valor de esos bienes y sería innecesario, como lo prevee el artículo que acaba de transcribirse, el ejercicio de acciones en juicio, pues si el derecho al bien calificado como oculto fuera claro para las expresadas entidades, es lógico que para entrar a los patrimonios de éstas sobraría cualquier acción de índole judicial. De suerte, que a la luz de estos conceptos se debe medir el alcance de lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el numeral 2o. de la parte resolutiva de su fallo de 5 de diciembre de 1.950. Se tiene entonces que lo allí decidido o sea que el 50 °/o del valor de los jornales del personal supernumerario o eventual que ha venido empleando el Terminal y que se ha dejado de recaudar o cobrar por la Administración del Terminal Marítimo de Barranquilla a las naves marítimas o a sus agentes autorizados en Colombia, por la prestación del servicio de cargue y descargue de dichas naves en horas no reglamentarias en el tiempo comprendido desde el 8 de enero de 1.940, hasta la ejecutoria de la mencionada providencia, es o constituye el bien oculto declarado por el Consejo. Vale esto decir: que el derecho del Estado a percibir aquel 50 °/o es el que se ha tornado oscuro, dudoso, discutible, o en otros términos que es este porcentaje el que ha podido dejarse de recaudar legalmente en el lapso ya fijado y que es esa posible o probable ocurrencia, la que debe esclarecerse mediante las acciones judiciales procedentes, naturalmente con la convocatoria a la litis respectiva, en igualdad de condiciones, a las partes interesadas en controversias de esta índole que son: de un lado, el denunciante en representación de la Nación o de la entidad respectiva quienes estiman tener derecho al bien denunciado; y del otro la persona o personas naturales o jurídicas que detentan el bien que no es de ellas, en concepto del denunciante, y que bien sea el Ministerio respectivo o el Consejo de Estado en defecto de aquel, en la Resolución o en el fallo del caso, han hallado con visos, más, o menos fundados, de pertenecerle al Estado.

Al declarar el Consejo de Estado que son bienes ocultos aquellos que se ha obligado a denunciar un ciudadano mediante contrato sobre la materia, no decide sobre la propiedad de ellos, ni mucho menos que una tercera persona es deudora del Estado, como se ha pretendido en el caso de autos: el Consejo no hace otra cosa que suplir la declaración que correspondía en primer término al Ministerio respectivo, acerca de que determinados bienes que pueden pertenecer al Estado reunen las condiciones de ocultos que dan lugar al contrato sobre la materia y de su posible reingreso al patrimonio del Estado mediante cierta remuneración al denunciante,

La tesis contraria conduciría al absurdo de sostener que si es el Ministerio mismo el que hace la declaración de bienes ocultos, sin dar lugar a la intervención del Consejo de Estado, tal resolución equivaldría a una decisión judicial sobre dominio o declaración de obligación a cargo de terceros.

Que esto es así, que ha de entenderse de esta manera, lo comprueba la siguiente doctrina en la que la Honorable Corte Suprema de Justicia sienta su propio parecer acerca de lo que son los llamados bienes ocultos a través de la legislación colombiana y acoge la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el particular. En efecto se expresa así:

> «No es pertinente la oposición a las declaraciones que se solicitan basada en que las cosas que fueron objeto del contrato sobre bienes ocultos no tienen ese carácter. La manifestación que hace el Estado por medio de su Organo Administrativo correspondiente, de que un bien que realmente le pertenezca, o cree que le pertenece, es oculto, es declaración que no puede discutirse ante la justicia ordinaria, porque es al Estado mismo a quien incumbe la calificación de ocultos o no ocultos de algunos de sus bienes. No es que semejante declaración, hecha por el Organo Administrativo constituya ipso facto la existencia legal del derecho del Estado, como si esta quedase comprobada con la declaratoria de ser oculto el bien en que pueda radicar ese derecho. Si esto fuera así la simple resolución declarativa de oculto de un bien constituiría pleno derecho del Estado sobre él, y no habría necesidad de un juicio ordinario posterior para obtener la declaración de que ese bien volviera al patrimonio de la Nación.
>
> La decisión del Organo Administrativo sobre la condición de ocultos de algunos bienes del estado, sólo tiene por objeto "investir al denunciante de la personería necesaria para que pueda promover las acciones tendientes a recuperar esos bienes para el Estado, y para reconocer al mismo denunciante el derecho que conforme a la ley le corresponde como participación sobre el valor de dichos bienes", según concepto expresado por el Consejo de Estado en sentencia de junio de 1.925, y que la Corte acoge. En efecto: La declaratoria de oculto de un bien sólo quiere decir que respecto de él se ha hecho oscuro su carácter primitivo de propiedad nacional, y que el Estado cede al denunciante una participacion y lo inviste de la personería suficiente para que lo reclame en juicio al usurpador y ocupante. Quiere decir esto que el denunciante apoderado de la Nación echa sobre sí la carga de establecer la acción y comprobar en juicio el derecho del Estado, pues la declaratoria de bien oculto no significa propiamente que

éste pertenezca de un modo indubitable al Estado ya que puede comprobarse que ello no es así. Esto es bastante para comprender la razón del artículo 9o. del Decreto 553 de 1.925, que dispone que si el denunciante abandona el juicio se declara caducado el contrato, y el Gobierno por medio de sus agentes continuará el juicio, sin que el denunciante tenga derecho a la participación estipulada (el Decreto reglamentario de la Ley 27 de 1.935, provee lo mismo que el citado decreto 553 de 1.925). De modo que la declaración del oculto de un bien, efectuado por el Organo Administrativo crea un derecho a favor del denunciante, pero no mejora la situación jurídica del Estado respecto a la propiedad que pueda tener sobre el bien, pues debe comprobarse que esa entidad es verdaderamente dueña. Por consiguiente, es necesario ver si el demandante ha comprobado el derecho que invoca». (Sala Civil, única instancia, 6 de julio de 1.936. G. J. No. 1914, pág. 185).

Según los principios sostenidos en esta alta jurisprudencia, la declaración de bien oculto, denunciado por el Dr. Olaya Zalamea y sus compañeros, hecha por el Consejo de Estado en el fallo de 5 de diciembre de 1.950, no puede tener virtualmente alcance distinto al que tendrá la resolución que el Ministerio respectivo hubiera podido haber dictado accediendo a declarar, como oculto, el bien denunciado ante él. En otros términos: la declaración hecha por el Consejo de Estado sobre el particular desde el punto de vista legal, no le añade mejores calidades en favor del Estado que la hecha por el Ministerio, en el caso de que éste hubiera considerado que lo denunciado como bien oculto, realmente tenía esos caracteres. De suerte que no obstante la mencionada sentencia del Consejo de Estado, el referido bien oculto no constituye por sí título indiscutible del derecho a él por parte del Estado ya que como lo anota la H. Corte Suprema de Justicia "el denunciante apoderado de la Nación echa sobre sí la carga de establecer la acción y comprobar en juicio el derecho del Estado, pues la declaratoria de bien oculto no significa propiamente que éste pertenezca de un modo indubitable al Estado ya que puede comprobarse que ello no es así».

No es de este parecer el señor apoderado del Dr. Olaya Zalamea quien en su alegato ante el Consejo sostiene:

«Ahora bien, cuando el H. Consejo de Estado declaró la calidad del BIEN OCULTO denunciado, es claro que se estaba remitiendo al contenido jurídico de tal institución de derecho y dió por establecido que dicho bien es de propiedad de la Nación y que debía ingresar a su patrimonio mediante el ejercicio de acciones en juicio.

O sea que, la Nación es sujeto activo de un derecho, consistente en la facultad de exigir el pago de un 50% de los valores correspondientes a los servicios de cargue y descargue de naves marítimas en horas no reglamentarias, durante el lapso antes indicado».

Es oportuno transcribir aquí también, porque contribuye a esclarecer lo que ha de entenderse por bien oculto y las consecuencias acerca de la declaración de su existencia, estos conceptos del doctor Antonio Rocha, pertenecientes a un estudio suyo allegado a los autos. En efecto allí se dice:

«La naturaleza o índole del fallo del H. Consejo de Estado que decide acerca de la condición de oculto que tenga un bien, para los fines de la ley 27 de 1.935, no le permite alcanzar la calidad de título ejecutivo, ni siquiera contra la persona que allí se diga poseer el bien, por varias razones:

1º Porque esa decisión no se dicta en juicio contradictorio con el supuesto poseedor, del bien, sino en juicio en que las únicas partes son el Estado y el denunciante del bien oculto (*Ord. e) Art. 4º. Ley 27 de 1.935, Art. 4º. Dto. Regl.* 2963 *de* 1.936): por tanto, no puede perjudicar o afectar a quien no fue parte en el juicio (Art. 474 del C. J.). Por este sólo aspecto es errónea la razón del Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales cuando clasifica el fallo del H. Consejo de Estado como 'una decisión judicial que debe cumplirse'. Es decisiòn judicial, pero no a cargo del supuesto poseedor del bien: ella obliga, solamente al denunciante y al Estado;

2º Porque el único efecto legal o acción que de allí se deduce es, para el Ministerio 'investir al denunciante de la personería necesaria para hacer efectivos los derechos del Estado y ordenar al respectivo agente del Ministerio Público que coadyuve la acción o acciones necesarias al efecto. Ord. 6) Art. 4º. Ley 27 de 1.935); y para el denunciante, presentar la demanda principal del juicio ante la autoridad competente, dentro de 60 días contados de la fecha de la escritura del poder que le otorgue la Nación y terminarlo, so pena de caducidad administrativa (Arts. 8º. y 9º. del Decreto 2963 de 1.936). Como se vé, estos únicos efectos legales del fallo del Honorable Consejo de Estado son fenómenos muy distintos al de otorgar acción ejecutivamente contra el supuesto poseedor del bien oculto;

3º Porque la decisión del H. Consejo de Estado acerca de la condición de oculto que tenga el bien (*Ord. e) Art. 4º. Ley 27),* ya por no haber sido parte en su tramitación el poseedor del bien, ya por no traer a otra con-

secuencia que el otorgamiento de poderes y el ejercicio de éstos, ante funcionarios distintos al Honorable Consejo de Estado, no implica que efectivamente el bien exista como oculto. Esta realidad no resultará jurídicamente sino de una posterior decisión o fallo declarativo o condenativo de la autoridad ante quienes ejercite el poder. De ahí que algunas veces la Corte Suprema resulta *negando la calidad jurídica de oculto*, que antes se reconociera administrativamente, como se decidió en sentencia de diciembre 1o. de 1.924 por la Sala de Negocios Generales *(Gaceta Judicial XXXI No. 1611, Pags. 155 y 156):* En efecto, allí se lee que el Ministerio había declarado oculto un bien por resolución especial, pero la Corte, oído al interesado en juicio ejecutivo, decidió que el bien no era recuperable como oculto. Por este antecedente sentado por la Corte Suprema se vè cuán desacertado es afirmar con el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales que el título ejecutivo lo constituye la decisión del Honorable Consejo de Estado;

4o. Porque, sin contrariar elementales normas sobre atribuciones de la Rama Jurisdiccional, tampoco puede entenderse que el Juez ante quien se intentan las acciones que el denunciante considera pertinentes, esté obligado, por el mero concepto del Gobierno o del fallo *inter allios* del H. Consejo de Estado, a fallar ineludiblemente en favor del denunciante y de la entidad respectiva de derecho público. Basta considerar por ese respecto que ese segundo juicio se sigue con una persona que fue un tercero o *'penitus extranei'* en la actuación administrativa o en el fallo del Honorable Consejo de Estado, que sólo se siguió con audiencia del denunciante. En otras palabras, la declaración sumaria favorable a éste sobre la calidad de oculto del bien que denuncia, es apenas un presupuesto necesario para investir de personería al denunciante, y no puede constituír *per se* la providencia que haga desaparecer 'la obscuridad del carácter de propiedad pública' (Art. 1o. Ley 27, 1.935) que tal bien puede tener, pues para esto es indispensable el fallo de la entidad ante quien debe intentarse la acción correspondiente y ya con audiencia de la persona en cuyo patrimonio existe el bien.

5o. Porque esta acción no es la popular de nulidad de que tratan el Ordinal 10 del Art. 34 y el 70 del Código Contencioso Administrativo. La atribución del Consejo de Estado para estos casos la determina el Ord. 6o. del citado Art. 34. Carece pues de la fuerza *erga omnes* que parece atribuírle el señor Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales para buscar en efecto vinculatorio contra las empresas marítimas al fallo del H. Consejo de Estado sobre declaratoria del bien oculto».

ES OBSCURO EL CARACTER DE PROPIEDAD PUBLICA DEL EXPRESADO BIEN OCULTO

La contestación ha de deducirse de lo que en seguida se anota: El Decreto 672 de 18 de Marzo de 1.937, por el cual se aprueban las tarifas para el servicio del Puerto Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, dispone en su aparte 18:

> «Servicio durante horas no reglamentarias. El cargue o descargue de naves marítimas, buques fluviales, bongos o planchones, etc., podrá efectuarse en horas distintas a las que se establecen en el horario oficial del Terminal, pero en estos casos los gastos extraordinarios que ocasione este servicio serán por cuenta de las embarcaciones o sus agentes. Con este fin se considera que los gastos extraordinarios serán los siguientes: jornales y sueldo de Obreros y empleados que en el Terminal se dediquen a ese servicio, incluyendo la remuneración extraordinaria que se debe pagar, más un recargo de 10 por ciento para cubrir el servicio de la administración, alumbrado etc. El servicio de estibadores se cobrará a la tasa fija por tonelada señalada para ese servicio».
>
> «Nótese de una vez que la primera parte de esta disposición habla de que los *gastos extraordinarios* que ocasionen el cargue y descargue de las naves marítimas serán por cuenta de las embarcaciones o sus agentes; y que la parte segunda, al definir qué debe entenderse por gastos extraordinarios, determina que ellos son los jornales y sueldos de los obreros y empleados del Terminal que se dedique, en horas reglamentarias, a tal labor de cargue y descargue, "incluyendo la remuneración extraordinaria que se debe pagar, más un recargo del 10 % para cubrir el servicio de administración, alumbrado etc.". De consiguiente, en la primera parte parece no hacer de cargo de las naves marítimas o sus agentes sino los gastos extraordinarios de cargue y descargue en horas no reglamentarias, mientras que en la última, o sea en la que determina lo que debe entenderse por gastos extraordinarios, al contrario, autoriza para admitir que éstos comprenden íntegramente el valor de los jornales y sueldos de quienes se empleen, en horas no reglamentarias, en la labor dicha. Así podría explicarse, porque del año de 1.937, cuando empezó la vigencia del referido Decreto número 672 al 8 de enero de 1.940, se cobró a tales naves o sus agentes, íntegramente el valor de los jornales y sueldos de quienes, en horas extraordinarias, realizaban las susodichas faenas de cargue y descargue».

Sobre este particular el doctor Alfonso Araújo, en concepto que obra en los autos, se expresa así:

Desde que se dió al servicio público el Puerto Terminal Marítimo y Fluvial del Barranquilla se ha liquidado, cobrado y recaudado correctamente los derechos por cargue y descargue, con excepción del período comprendido entre el 18 de marzo de 1.937 y el 8 de enero de 1.940, en que, por una equivocada interpretación del Decreto 672 de 1.937 se liquidaron, cobraron y recaudaron tasas superiores a las permitidas en dicho Decreto.

No es cierto que en el Acta No. 39 de enero de 1.940 de la Junta Consultiva del Puerto y Terminal de Barranquilla se hubieran DISTRIBUIDO por mitad (50 o/o para cada parte) entre las compañías marítimas y el Tesoro Nacional, los gastos causados por el personal intermitente que prestaba el servicio de cargue y descargue durante horas no reglamentarias.

De lo que se dejó constancia en el acta mencionada fue de la decisión de la Junta Consultiva para que se igualara, con el Puerto de Cartagena, el sistema de liquidación y pago de los gastos extraordinarios causados por el personal intermitente.

A las naves o compañías marítimas que se sirvieron del Puerto y Terminal Marítimo de Barranquilla se les liquidó y cobró en el lapso mencionado de marzo de 1.937 a enero de 1.940, *por una parte*, la totalidad de los derechos por el cargue y descargue de cada tonelada, de conformidad con la tarifa establecida en el Decreto número 672 de 1.937 *y por otra parte* la totalidad de la cuenta correspondiente al servicio prestado por el personal intermitente en el cargue y descargue *de los mismos efectos*. Estos dos cobros por un mismo servicio figuran en renglones separados de las facturas pasadas por la Administración del Puerto, que fueron oportunamente canceladas por las Compañías marítimas o por sus agentes.

Ahora bien: como la REMUNERACION ORDINARIA del personal intermitente estaba incorporada en los derechos por cargue y descargue y como el recargo por servicios prestados durante horas no reglamentarias equivalía a otro tanto (100o/o) de dicha REMUNERACION ORDINARIA, la Junta Consultiva decidió que sólo se cobrara a las compañías marítimas la mitad de la cuenta del servicio prestado por el personal intermitente porque esa mitad representaba todo el recargo o gastos extraordinarios, que, como se ha dicho, se liquidaban y cobraban en renglones separados de la respectiva factura.

Consideremos este caso: de muy frecuente ocurrencia: A un buque que solicitaba los servicios portuarios en horas no reglamentarias, por ejemplo, de las seis de la tarde a

las seis de la mañana del día siguiente, se le liquidaba y cobraban, entre otras, las siguientes partidas:

1a. La totalidad de los derechos correspondientes al cargue y descargue liquidados de conformidad con la tarifa establecida en el Decreto 672 de 1.937;

2a. La totalidad de la cuenta correspondiente al servicio extra prestado por el personal fijo;

3a. La totalidad de la cuenta presentada por el personal intermitente por el cargue y descargue de la misma mercancía, cuenta que comprendía la remuneración ordinaria y otro tanto por recargo extraordinario (100°/o), de conformidad con la convención vigente entonces entre la Administración del Puerto y el Personal, y -4a-. Un recargo del (10°/o) para cubrir el servicio de administración, alumbrado, etc.

Salta a la vista que la primera partida no tenía justificación, a menos que de la tercera partida, correspondiente a la totalidad de las sumas devengadas por el personal intermitente, se dedujeran las que respresentaban la remuneración ordinaria de dicho personal y la mitad de los gastos de administración, alumbrado, etc., porque estas dos últimas sumas ya estaban incorporadas en la primera partida.

..... Además, continúa el doctor Araújo, se transcribe a continuación parte de un informe rendido por el Administrador del Puerto y Terminal de Barranquilla, rendido a solicitud del Ministerio de Minas y Petróleos y que obran en el expediente sobre denuncio de un bien oculto, en el Consejo de Estado, que confirma cuanto se ha dicho.

.....El Terminal cobra un precio por tonelada por el manejo de la carga, el cual se calculó teniendo en cuenta los siguientes factores: mano de obra, depreciación de equipo, gastos de administración, generales, etc. Si se cobra la TOTALIDAD de lo pagado al personal intermitente, se obligaba a las naves a pagar la mano de obra, ya comprendida en el precio por tonelada, lo cual resultaba ilógico e inequitativo. Pero como tal precio por tonelada se había calculado sobre la base del COSTO DE LA MANO DE OBRA EN HORAS ORDINARIAS, resultaba justo que las naves pagaran el *sobreprecio* cuando el trabajo se hacía en horas extras, pero sólo dicho *sobreprecio*. De este modo se interpretaba adecuadamente el Decreto 672 y se consultaba la realidad de las cosas.

El caso contrario al que se ha venido considerando en los párrafos anteriores, evidencia más, si fuere necesario la tesis que se ha expuesto en este memorandum:

Supongamos, por ejemplo, una embarcación que solicitaba los servicios portuarios *dentro de las horas reglamentarias*. En lo atañadero al manejo de su carga sólo se le podía liquidar y cobrar el cargue y descargue a la tasa fija por toneladas señalada en la tarifa establecida en el citado Decreto 672 de 1.937.

En otras palabras: a la embarcación que recibía los servicios portuarios durante horas reglamentarias NO SE LE PODIA COBRAR NINGUNA SUMA por concepto de personal intermitente, ni de personal fijo por horas extras, ni de gastos de administración, alumbrado, etc.»

Muy importante es, para patentizar la diversidad de criterios con que se han apreciado estas cuetiones tarifarias en relación con lo pagado y lo que se estima que han debido pagar las naves marítimas que atracaron en el Terminal de Barranquilla en el lapso de 1.937 a 1.950, transcribir a continuación varios apartes del fallo del Consejo de Estado que declaró oculto el bien de que se trata:

»En el año de 1.946, dictó el Gobierno Nacional el Decreto número 2747 por medio del cual se dice que se variaron en parte las disposiciones del Decreto 672 de 1.937. El estudio de este estatuto es procedente dentro de las presentes diligencias, pues conviene aclarar la modificación que aparentemente, introduce dicho Decreto a las normas contempladas en el citado, correspondientes al año 1.937. Mientras el Decreto 672 en efecto, dispone que los gastos reglamentarios, es decir, fuera del servicio ordinario del Terminal, serán siempre de cargo de las naves marítimas los de sus agentes que los soliciten y afirma como se vió atrás, que se consideran gastos extraordinarios los salarios de empleados y obreros que se dediquen a esos servicios incluyendo la remuneración extraordinaria que se les debe pagar a los trabajadores; en cambio el Decreto 2747 de 1.946 mantiene únicamente la remuneración extra por el servicio prestado en horas no reglamentarias, lo cual se ha dado en interpretar en el sentido de que el Terminal debe sufragar hasta la concurrencia del salario básico ordinario, y que todo aquello que rebase o exceda de lo que se liquide con cargo al Erario y con base en el salario ordinario o corriente, representa la sobreremuneración extraordinaria que el Decreto fija con cargo a las naves o a sus agentes, más un 10 o/o adicional sobre gastos extraordinarios para cubrir servicios de administración, alumbrado etc.

Para ilustrar mejor la interpretación anterior, el informe de los Visitadores de la Contraloría dijo lo siguiente, como ejemplo: Un trabajador que devengue un salario básico de $ 5.00 diarios es ocupado, por solicitud de la

nave en el servicio de cargue en un día feriado, de acuerdo con la Convención Colectiva de Trabajo vigente, ese trabajador tiene derecho a que se le pague tres veces el salario es decir $ 15.00 Cuál debe ser, se preguntan los visitadores, la distribución para el pago de esa suma. Muy sencilla, a nuestro juicio; los $ 5.00 del salario básico deben ser pagados con fondos del Erario, y los $ 10.00 sobreremuneración corresponde pagarlos a la nave o empresa beneficiada, pues resulta claro, pudiera decirse inobjetable, que tal sobreremuneración se derivó o tuvo como consecuencia directa o inmediata la prestación de un servicio extraordinario en provecho de quien lo solicitó. En cuanto al 10 o/o para cubrir gastos de administración, alumbrado, etc., se liquidaría aplicando a este ejemplo, sobre los $ 10.00 de la sobreremuneracion.

Agregan tambien los referidos funcionarios: Si el Decreto 2747 introdujo esa modificación al 672 consideremos que el anterior es el criterio que debe aplicarse en la liquidación y efectividad de los gastos de tales servicios extraordinarios en los cargues y descargues. Pero no acontece así sino a la inversa, pues en realidad poniendo de nuevo el ejemplo anterior, el Terminal produce un roll ordinario en que se incorpora a pagar al trabajador, con fondos nacionales, el salario básico de dia feriado, y por medio de otro roll especial, tramita la cuantia derivada del servicio extraordinario, cuya sobreremuneración, para los efectos del pago, divide en dos partes iguales, es decir, le carga al Tesoro el 50 o/o y el otro 50 o/o lo asigna a las empresas como jornal reembolsable. Más claro: tomando el ejemplo anteriormente expuesto resulta pagando el Erario $ 10.00 ($ 5.00 del roll ordinario, y $ 5.00 del 50 o/o del roll especial), en lugar de cubrir solamente los $ 5.00 del salario básico ordinario y las empresas apenas sufragan $ 5.00 (50 o/o del roll especial) como salario reembolsable en vez de los $ 10.00 a que equivale la sobreremuneración del servicio extraordinario prestado. El procedimiento acusa pues una manera de invertir los factores».

De lo expuesto se deduce que la lectura del Decreto 2747 de 1.946 sugiere dos interpretaciones, toda vez que el párrafo del artículo primero alude no sólo a las labores de cargue y descargue de unidades o naves marítimas sino también a las que se prestan en naves fluviales, y aunque es verdad que allí se habla de horario es el mismo, y el único que puede adoptarse tanto para las primeras tareas como para las segundas. Ahora bien: una interpretación es la de que el Decreto nada modifica o reforma en cuanto a gastos extraordinarios lo que consagra el Decreto 672 de 1.937; y otra que aquel estatuto sí consagra e introduce variaciones en el último citado, conviniendo en que, así como en el Decreto de

1.937, se hicieron taxativos los renglones que afectaban los gastos extraordinarios, definiéndolos el nuevo Decreto, o sea, el de 1.946, modificó en el fondo tal definición de gastos extraordinarios y aún los factores integrantes de los mismos, considerando sólo como tales las tarifas respectivas por tonelaje, la sobreremuneración o pago extra de horas no reglamentarias, más el 10 o/o por concepto de administración, alumbrado, etc.

El Consejo considera que la primera interpretación es la adecuada, y para ello se funda en las siguientes razones:

> «a) La necesidad de mantener los gastos extras, por cuanto la modificación de las tarifas tuvo como razón el aumento de los salarios decretados por el Ministerio de Obras Públicas, elevando en la misma proporción el costo de operaciones de cargue y descargue.
>
> Si el segundo de los Decretos modifica el primero, por esta causa, la que se comprueba con el alza de las tarifas, lo obvio, es que no modifique los gastos extraordinarios, porque en vez de contribuír al sostenimiento de los mejores salarios, se reforman sensiblemente las disposiciones que rigen para el Terminal y sus programas y capacidad presupuestal se resienten con el aumento de los gastos ; y
>
> b) porque dice el parágrafo: Además de las tarifas respectivas, lo cual parece indicar que en el costo de éstas se incluye el valor de los jornales y sueldos del personal empleado en tales servicios. Los visitadores de la Contraloría, en el informe que se comenta, dicen a este respecto: No se olvide que en el Decreto 672 se establece que el servicio de estibadores se cobrará a la tasa fija por tonelada señalada para este servicio, por la sencilla razón de que este personal es el que devenga en esa forma, mientras que el resto de trabajadores siguen el cauce de sus remuneraciones permanentes y usuales; ya sean ellas sueldos o jornales. Precisamente la expresión o frase "Además de las tarifas respectivas" parece que en el fondo se está refiriendo a este problema, o sea que a los estibadores les pagaran conforme a la tarifa por tonelada además de acuerdo con sus salarios».

En la misma providencia aparecen transcritos los siguientes párrafos del informe de los señores Visitadores de la Contraloría General de la República, que contiene un cálculo aproximado de las sumas con las cuales en concepto suyo se ha causado perjuicio al Tesoro en razón de la modificación introducida al citado Decreto 672, por la comisión del Terminal de Barranquilla, por medio de la expresada acta No. 39 de 8 de enero de 1.940:

> «Si la indebida modificación de que trata el Acta alu-

dida sòlo se operó del 8 de enero de 1.940 al 9 de octubre de 1.946, es decir durante seis años y diez meses, porque el Decreto 2747 de 1.946, lo reformara en el sentido que nos ocupa, las sumas con que arbitrariamente se gravó al Tesoro (50 o/o de los gastos extraordinarios tal y como lo define el Decreto de 1.937), y las sumas dejadas de percibir por concepto del 10 o/o de recargos para servicio de administración, alumbrado, etc. (10 o/o sobre el 50 de tales gastos extraordinarios), ascienden aproximadamente a TRES MILLONES DE PESOS ($ 3.000.000.00).

Si, en cambio, el párrafo del artículo 1º del Decreto 2747 de 1.946, no modificó la disposición precitada, es decir, que la parte pertinente del Decreto 672 de 1.937 permanece aún vigente, y en tal virtud, la violación que entraña el Acta aludida se extiende hasta la fecha del presente informe (10 de septiembre de 1.948), o sea 8 años y 9 meses, esos dos fenómenos contrarios a los intereses del Estado, expresados en el punto que antecede, se aproxima para esa fecha a la cantidad de CINCO MILLONES DE PESOS ($ 5.000.000.00).

EL BIEN OCULTO BASE DE ESTE JUICIO

Como se ha afirmado atrás consiste en el "50 o/o del valor de los jornales del personal supernumerario o eventual que ha venido empleando el Terminal para ese servicio a partir del día 8 de enero de 1.940, hasta la fecha de la ejecutoria de la presente providencia", según lo dispone el citado fallo.

Para determinar la suma de dinero a que alcanza aquel porcentaje se trajo a los autos, así lo dice la providencia recurrida, el cuadro de liquidadores que en desarrollo del fallo acabado de citar, contiene el nombre de los Agentes autorizados en Colombia de Naves Marítimas a quienes se les prestó el servicio adecuado con la discriminación de las cuentas y sus valores. De ese cuadro resulta que la Compañía Grace & Cía. (Colombia) S. A., como sucesora de la Corporación Marítima y en el suyo propio, dejaron de pagar la suma de $1.050.815.40.

Claro es que para tratar de darle efectividad al bien declarado como oculto por el Consejo de Estado, era precisa una liquidaciòn que es justamente la que se ha acompañado a los autos invocándola como título ejecutivo junto con la copia autenticada del fallo del Consejo, repetidas veces citado. Por lo mismo, tal liquidaciòn allegada al expediente, trae el siguiente encabezamiento: "Cuadro demostrativo de las sumas con cargo a las Compañías Marítimas o sus agentes, por concepto del 50 o/o sobre jornales del Personal supernumerario ocupado en las labores de cargue y descargue de sus naves marítimas, valores que deben ser reintegrados al patrimonio Nacional, en cumplimiento del fallo del H. Consejo de Estado, de

fecha 5 de diciembre de 1.950". (Comprende los años de 1.940 a 1.950, inclusive).

Y cuáles fueron las bases, los factores que se tuvieron en cuenta para hacer la referida liquidación?. Es muy importante saberlo, porque apenas es de elemental lógica observar que la determinación de los factores que se conjugan en una liquidación tienen decisivo valor o alcance en los resultados de ella. Pero se dirá: en tratándose de operaciones aritméticas es bien fácil averiguar por el personal supernumerario ocupado en la labor de cargue y descargue de las naves marítimas que arrimaron al Terminal de Barranquilla durante los años corridos de 1.940 a 1.950. Y así debería ser, pero no lo es en el caso que se analiza por las razones que se apuntan a continuación:

Es de lógica manifiesta que mal pudo liquidarse sobre bases ciertas, el porcentaje determinado por la sentencia del Consejo de Estado, si previamente no se ha establecido lo siguiente: a) Cuáles son los gastos extraordinarios que deben cubrir las naves marítimas o sus agentes por el servicio de cargue y descargue en horas no reglamentarias, de acuerdo con las normas previstas en el aparte 18 del Decreto número 672 de 1.937; b) Si el Decreto 2747 de 1.946 modificó o nó y en qué sentido el signado con el número 672 de 1.937; y c) Qué criterio se adoptó, después de la vigencia del citado Decreto de 1.946, para liquidarle a las naves marítimas el valor por los servicios de cargue y descargue cuando quiera que ellos se prestaban en horas extraordinarias.

De conformidad con el numeral 2º. de la mencionada providencia del Consejo de Estado, el 50 o/o de los jornales del personal supernumerario o eventual que ha venido empleando el Terminal Marítimo de Barranquilla para el cargue y descargue de las naves marítimas, a partir del 8 de enero de 1.940 hasta la fecha de la ejecutoria de tal fallo, (11 de diciembre de 1.950), es como ya se ha anotado varias veces, el bien, que según la corporación dicha, tiene el carácter de oculto. Y cuál es ese 50 o/o? Para delimitarlo, para fijarlo, para identificarlo, pudiera decirse, parece lo lógico buscar en la misma providencia que hizo la declaración mencionada, bases para ello, que es cabalmente lo que se está haciendo.

Nótese cómo el primero de los supuestos de los mencionados Visitadores -copiados atrás- admite que el citado Decreto 2747 de 1.946 pudo modificar el 672 de 1.937, y en consecunecia, haber adoptado la interpretación dada a las tarifas por la Junta Consultiva del Terminal Marítimo de Barranquilla, que consta en el Acta No. 39 de 8 de enero de 1.940. Adviértese así mismo que en corroboración de esto el estudio del doctor Alfonso Araújo, en el Capítulo intitulado "El GOBIERNO NACIONAL CONFIRMA LA DECISION DE LA JUNTA CONSULTIVA DEL TERMINAL", dice:

> «A partir del 8 de enero de 1.940 las facturas que pasaban a las compañías Marítimas o a sus agentes se liquidaban conforme queda explicado y sobre la base de la

decisión adoptada por la Junta Consultiva en dicha fecha. Todas las cuentas correspondientes al período comprendido entre el 8 de enero citado y el 19 de septiembre de 1.946 fueron fenecidas por la Contraloría General de la República y el Terminal lejos de causarle pérdida al Fisco le dió utilidades muy considerables, lo cual habría sido imposible si su Administración, como lo sugiere el fallo del Consejo de Estado y el Acta de Visita de los funcionarios de la Contraloría, hubiera echado a cargo del Tesoro Nacional el pago del 50 °/o del valor de los servicios del personal intermitente.

«En la citada fecha del 19 de septiembre de 1.946 el Gobierno Nacional expidió el Decreto número 2.747 por medio del cual se unificaron las tarifas para el cargue y descargue en los Puertos Terminales de Buenaventura, Cartagena y Barranquilla y se dieron normas precisas sobre la liquidación y cobro del servicio durante horas no reglamentarias. Estas normas, conviene repetirlo, no hicieron otra cosa que ratificar, confirmar y aclarar hasta la saciedad la determinación adoptada por la Junta Consultiva del Terminal de Barranquilla en su sesión de 8 de Enero de 1.940 y que trata el Acta tantas veces citada.»

Para terminar, agrega el doctor Araujo:

«En otras palabras: en las tarifas se consideró incorporado todo el valor del trabajo ordinario. En consecuencia, cuando las embarcaciones o sus agentes exigían servicios portuarios en horas extras, sólo tenían que pagar, en adición a las tarifas establecidas en el Decreto, la sobreremuneración o recargo correspondiente al tiempo que hubieran tomado dichos servicios fuera del horario oficial, más un 10 °/o, como compensación por gastos de administración, alumbrado etc.»

Pero resulta que los señores Visitadores en el segundo de sus supuestos admiten que el artículo 1o. del Decreto 2.747 de 1.946 no modificó el Decreto 672 de 1.937 y que éste sigue vigente en toda su integridad y que por tanto "la violación que entraña el Acta aludida se extiende hasta la fecha del presente informe (10 de septiembre de 1.948), o sean 8 años y 9 meses y estiman, que en tal caso, los impuestos dejados de percibir se aproximan para dicha fecha a la cantidad de cinco millones de pesos.

Como es fácil comprenderlo los mismos Visitadores de la Contraloría, según el texto de las apreciaciones suyas reproducidas atrás, no saben si el Decreto 2747 de 1.946 modificó o nó el marcado con el número 672 de 1.937, en su aparte 18 que determina la manera de liquidar a las naves marítimas o a sus agentes lo que deben pagar al Terminal de Barranquilla por el cargue y descargue en horas no reglamentarias. Tambien manifiesta en su incertidumbre acerca

del alcance de estos decretos que del examen de libros, cuentas etc. practicados por ellos en el referido Terminal, deducen esta conclusión: Si el Decreto 2747 citado no modificó el ya expresado del año 1.937, lo dejado de percibir por el Erario de las mentadas naves ascendía aproximadamente para el 10 de septiembre de 1.948, a cinco millones de pesos; pero en cambio, para esta misma fecha, aquellos distinguidos funcionarios conceptúan que si en verdad el Decreto de 1.946, sí modificó el aparte 18 del Decreto de 1.937, las sumas dejadas de recibir por el Estado y sobre las cuales versa el bien oculto denunciado, sólo alcanzarían a tres millones de pesos, más o menos. De consiguiente la diversidad de interpretaciones da una diferencia en la liquidación de lo que se supone que el Terminal de Barranquilla dejó de cobrar, en forma ilegal, a las naves marítimas o a sus agentes, en el lapso corrido de 8 de enero de 1.940 al 10 de septiembre de 1.948, de dos millones de pesos.

MANDAMIENTO EJECUTIVO

A juicio del señor Juez de Ejecuciones Fiscales, el mandamiento de pago de que se trata es procedente de conformidad con el artículo 982 del Código de Procedimiento Civil, y con base en la sentencia sobre declaración del bien oculto; y en el cuadro de liquidaciones, a que se aludió atrás, que se trajo a los autos y en la mencionada acta de la inspección ocular practicada por el expresado funcionario. No estimó el señor Juez procedente la ejecución al tenor de los numerales 1o., 2o. y 3o. del artículo 1059 del Código Judicial. Por el contrario se expresó así:

> «Siendo tal la naturaleza de la obligación, debe concluírse que el título ejecutivo en este caso, no consiste en ninguno de los que exhaustivamente relaciona el artículo 1059 del C. J., ni tampoco consiste en ninguna obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor, sino, por el contrario, el título ejecutivo que debe estudiarse alrededor de los que conforme el artículo 982 del C. J., emanan de una decisión judicial que debe cumplirse».

Por su parte, el doctor Arturo Tapias Pilonieta, apoderado de la Compañía ejecutada, redarguye al señor Juez en los siguientes términos:

> «26. LAS SENTENCIAS COMO TITULO EJECUTIVO. Ya observé atrás que la sentencia es el primero de los títulos ejecutivos. Mas no cualquier sentencia. Es razonable que sean sentencias de *condena*, dictadas con audiencia del demandado, ejecutoriadas y por tanto con fuerza de cosa juzgada. Además, el artículo 982 sólo enumera decisiones *judiciales*, es decir, las proferidas por la justicia ordinaria, ejercida por los jueces civiles. Para la justicia

administrativa, ejercida por los tribunales contencioso-administrativos tuvo que venir disposición especial a darle fuerza ejecutiva a sus decisiones. Art. 123 Ley 167 de 1.941. Como tuvo tambien que dictarse el artículo 100 del Código Procesal del Trabajo, destinado a darle fuerza ejecutiva a las decisiones emanadas de la justicia laboral. Todos estos ordenamientos están significando que la fuerza ejecutiva de las obligaciones, es de naturaleza excepcional, en forma que si no hay ley que autorice la coacciòn para el cobro de una obligación, esta no puede cobrarse por vía ejecutiva.

Para el Juez el título ejecutivo lo constituye la sentencia del Consejo de Estado, complementada con el cuadro de liquidaciones elaboradas en el Terminal Marítimo. Asegura que cada una de las piezas constituye por sí, título ejecutivo.

De conformidad con esta tesis el documento llamado a servir de recaudo ejecutivo en el caso de autos, no sería otro que el indicado en el numeral 2o. del artículo 1059 del C. J., o sea la copia del reconocimiento hecho por el Administrador del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, con base en un auto de liquidación del saldo dejado de cobrar a la Compañía, del impuesto de cargue y descargue de sus naves en el Terminal, liquidación practicada con citación del deudor y que pueda considerarse como definitiva por haberse agotado el trámite administrativo, y aún el contencioso-administrativo consagrado en el Código sobre esta materia, si se hubiere entablado esta acción oportunamente.

REUNE EL TITULO EJECUTIVO LAS EXIGENCIAS DEL ARTICULO 982 DEL C. J.?

Con el anterior planteamiento de la cuestión hecha por el señor Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales y aún aceptando que realmente se trata en el presente caso de uno de los instrumentos ejecutivos a que alude la disposición procedimental que acaba de citarse, importa sin embargo establecer si en verdad reúne él todas las exigencias de la mencionada norma, la cual dispone:

"Puede exigirse ejecutivamente toda obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor, o de su causante y constituya por sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión judicial que debe cunplirse.

Se requiere, además, que del documento o la decisión judicial resulte a cargo del demandado una obligación expresa, clara y actualmente exigible de hacer, o de entregar una especie o cuerpo cierto, o bienes de género, o de pagar una cantidad líquida de dinero.

> Entiéndese por cantidad líquida, la que puede expresarse en un guarismo determinado, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas aunque ciertas"

La jurisprudencia acerca del alcance de esta disposición es bien abundante, sin duda por la importancia de ella y su frecuente aplicación.

La Sala de Negocios Generales de la H. Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en auto de 13 de julio de 1.940, sentó estos principios al definir el contenido de parte de la norma que se está estudiando:

> «Según lo determina el segundo inciso del artículo 982 del C. J., las obligaciones que pueden perseguirse ejecutivamente son las de hacer, las de entregar una especie o cuerpo cierto o bienes de género, y las de pagar una cantidad líquida de dinero. Cuando de estas últimas se trata, la cantidad líquida de dinero debe estar representada por un guarismo cierto, o ser suceptible cuando menos, de determinarse ciertamente, con base exclusiva en los mismos datos que ofrezca el instrumento en que conste la obligación, y libre absolutamente de toda clase de deducciones.

Y en sentencia de la misma Sala de 16 de agosto de 1.940, se dijo:

> Los documentos enviados en copia por la Contraloría General de la República a un Juez de Ejecuciones Fiscales sobre alcances deducidos, prestan mérito ejecutivo, por tratarse de documentos auténticos.

Finalmente, es oportuno transcribir los siguientes apartes del auto del 7 de julio de 1.942, de la misma Sala:

> «De acuerdo con el artículo 982 del C. J., se requieren estas condiciones para que una obligación preste mérito ejecutivo: 1o. Que conste por escrito; 2o. Que el acto o documento contentivo de la obligación provenga del deudor o de sus causahabientes; 3o. Que el acto o documento constituya por sí solo plena prueba contra el deudor o emane de una decisión judicial que deba cumplirse, y 4o. Que del acto o documento resulte a cargo del deudor una obligación clara, expresa y actualmente exigible de hacer, de entregar o de pagar cantidades líquidas de dinero.»

Una obligación clara es aquella que se muestra de manera manifiesta, porque claro es lo fácilmente inteligible. De consiguiente, obligación que carezca de estas características, no será clara, careciendo, por tanto, de mérito ejecutivo. Tampoco será expresa, pues para serlo, ha de ser clara y evidente, es decir libre de toda duda, sin factor de improbabilidad ninguna. De suerte que como requisito esencial decisivo ha de inquirirse siempre si la obligación invocada como título es clara y expresa y si de ella resulta o no

una cantidad o cifra cierta que haya obligación de cubrir. Sólo con el lleno de estos requisitos puede sostenerse que la obligación presentada como título tiene fuerza legal compulsiva.

Repetidas veces se ha dicho a través de este fallo que el bien oculto declarado por el Consejo de Estado en la sentencia de 5 de diciembre de 1.950, consiste en las sumas dejadas de recaudar o cobrar por la Administración del Terminal Marítimo de Barranquilla a las naves marítimas por las labores de cargue y descargue de éstas en horas extraordinarias "y que corresponden al 50 °/o del valor de los jornales del personal supernumerario o eventual que ha venido empleando el Terminal para ese servicio, a partir del día ocho de enero de 1.940 hasta la fecha de la ejecutoria de la presente providencia".

Aquel 50 °/o desde luego, hay que reconocerlo, es un porcentaje cierto y cierto debería ser también el monto de ese porcentaje liquidado sobre el valor de los jornales y por el tiempo a que alude el párrafo anterior. Pero no es así, porque la suma que dá la liquidación de dicho porcentaje no es clara porque es discutible, ni es expresa por los factores de relatividad que se conjugan para llegar a la cifra deducida como valor de los jornales especificados en el fallo.

El aparte 18 del Artículo único del Decreto 672 de 1.937 (orgánico del Terminal de Barranquilla y que fijó las tarifas que debía cobrar la Administración del mismo), estableció:

> «El cargue y descargue de naves marítimas..... podrá efectuarse en horas distintas a las que establece el horario oficial del Terminal, pero en estos casos los gastos extraordinarios que ocasione este servicio serán por cuenta de las embarcaciones o sus agentes. Con este fin se considera que los gastos extraordinarios serán los siguientes: Jornales y sueldos de obreros y empleados que en el Terminal se dediquen a este servicio, incluyendo la remuneración extraordinaria que se les debe pagar, más un recargo del 10 °/o para cubrir el servicio de Administración, alumbrado, etc.»

Nótese, otra vez, que inicialmente o en la parte que pudiera llamarse enunciativa de la disposición que acaba de transcribirse se ordena que de hacerse la labor de cargue y descargue de las naves marítimas que lleguen al mentado Terminal en horas distintas del horario oficial, tales naves o sus agentes deben pagar los gastos extraordinarios que ocasione ese servicio o sea los adicionales a los ordinarios que hace el Terminal, porque es apenas de sentido común que para existir gastos extraordinarios precisa que, antes o al lado de éstos, existan o se causen los gastos ordinarios. De consiguiente, cobrada así la tarea extraordinaria de cargue y descargue no se obliga a las naves a cubrir la mano de obra ya

comprendida en el precio por tonelada o sea la tarifa exigida para el servicio ordinario; pero no se tuvo en cuenta este criterio para cobrar el servicio extraordinario dicho, desde el año de 1.937, en que fué expedido el Decreto No. 672, hasta el 8 de enero de 1.940 cuando en virtud de lo explicado en el Acta No. 39 de esta última fecha, la Comisión Consultiva del Terminal dió distinta pauta para la liquidación y cobro de los mencionados servicios.

Y por qué se cobró a las naves marítimas por el servicio de cargue y descargue en horas extraordinarias en el lapso ya señalado de 1.937 a 1.940 todos los gastos así ordinarios como extraordinarios ocasionados por el expresado servicio? Parece o debió ser con fundamento en lo que se juzgó ordenaba la parte final del citado Aparte 18 del artículo único del Decreto 672 de 1.937, que reza lo siguiente: "Con este fin (el de liquidar el servicio de cargue y descargue en tiempo distinto del comprendido en el horario oficial) se considera que los gastos extraordinarios serán los siguientes: jornales y sueldos de obreros y empleados que en el Terminal se dediquen a este servicio, incluyendo la remuneración extraordinaria que se les debe pagar, más un recargo del 10% para cubrir el servicio de administración, alumbrado, etc."

En todo caso, la realidad es que con dos criterios distintos se ha cobrado a las mencionadas naves por el servicio de cargue y descargue en horas extraordinarias. Primero, de 1.937 al año de 1.940 se impuso la interpretación de que los servicios debían cobrárseles todos a las naves o a sus agentes, o sean los gastos ordinarios y extraordinarios; y luégo, desde el año últimamente citado en adelante, se le dió otro alcance al expresado aparte 18 del Decreto 672 de 1.937.

Precisamente a este cambio de criterio se debe, si así puede decirse, el nacimiento del bien oculto que se trata, pues los denunciantes de él lo identifican o señalan así:

> «Las naves marítimas venían pagando desde el año de 1.937, en que se inició la vigencia del Decreto 672, el 100% de los gastos extraordinarios ocasionados con motivo de la prestación del servicio de cargue y descargue de dichas naves en el Terminal de Barranquilla, durante horas no reglamentarias, pago que hacían en virtud de las tarifas correspondientes que el referido Decreto prescribió como obligatorias para tal servicio. A partir del día 8 de enero de 1.940, y en virtud de una decisión adoptada por la Comisión Consultiva del Terminal, la Administración de éste resolvió, que en adelante, las naves marítimas únicamente debían pagar el 50% de aquellos gastos».

Por tanto, el bien oculto declarado como tal por el Consejo de Estado, es decir como un bien cuyo carácter de propiedad pública "se ha hecho oscuro" -como lo define la Ley 27 de 1.935- es

aquel 50 o/o de que se acaba de hablar o sea la suma, que en concepto de los denunciantes, dejaron de pagar a partir del 8 de enero de 1.940, las naves marítimas o sus agentes por el servicio de cargue y descargue en horas extraordinarias. A simple vista o como apreciación hecha *prima facie*, parece que ese porcentaje es fácil de precisar en números, pero el asunto deja de ser tan sencillo por el aspecto contable si se observa lo siguiente: en el año de 1.946 dictó el Gobierno Nacional el Decreto 2747, por medio del cual se cree que se variaron, en parte, las disposiciones del Decreto 672 de 1.937. El mismo Consejo de Estado en su fallo de 5 de diciembre de 1.950 al analizar esta cuestión dice:

> «De lo expuesto se deduce que la lectura del Decreto 2747 de 1.946 sugiere dos interpretaciones, toda vez que el parágrafo del art. 1º alude no sólo a las labores de cargue y descargue de unidades o naves marítimas sino también a las que se presten en naves fluviales, y aunque es verdad que allí se habla del horario señalado para estas últimas naves, no cabe duda de que ese horario es el mismo, y el único que puede adoptarse tanto para las primeras tareas como para las segundas. Ahora bien: una interpretación es la de que el Decreto nada modifica o reforma en cuanto a gastos extraordinarios, los que consagra el Decreto 672 de 1.937; y otra, que aquel estatuto sí introduce variaciones en el último citado, conviniendo en que, asi como en el Decreto de 1.937 se hicieron taxativos los renglones que afectaban los gastos extraordinarios, definiéndolos, el nuevo Decreto, o sea, el de 1.946, modificó en el fondo tal definición de gastos extraordinarios y aún los factores integrantes de los mismos, considerando sòlo como tales, las tarifas respectivas por tonelaje, la sobreremuneración o pago extra de horas no reglamentarias, más el 10 o/o por concepto de administración, alumbrado, etc.».

Cierto es que a continuación de lo transcrito, o sea en la parte motiva del nombrado fallo, el Consejo considera que el Decreto 2747 de 1.946 en nada modifica el 672 de 1.937; pero tal apreciación no resuelve de manera definitiva la cuestión puesto que, el Consejo carecía entonces de misión distinta de la de decidir si el bien denunciado tenía las características de oculto o nò.

Tan importante es este punto, por jugar él de manera notoriamente apreciable en el monto del bien oculto de que se trata, que ya se ha anotado de manera muy especial los cómputos tan distanciados uno de otro hechos por los señores Visitadores de la Contraloría General de la República hasta el punto de diferenciarse en más de dos millones de pesos.

Ahora bien: si el decreto del año de 1.937 fue modificado en

verdad por el 2747 de 1.946, claro es que lo resuelto por la Junta Consultiva del Terminal de Barranquilla el 8 de enero de 1.940 y que consta en el Acta No. 39 de ese día, dejó, por lo menos, de ser arbitrario de 1.946 en adelante, y en este caso se tendría que para deducir con precisión el 50 o/o constitutivo del bien oculto de que se trata habría que hacer necesariamente dos liquidaciones distintas, o sean: una del tipo que se adoptó de 1.937 al 8 de enero de 1.940 y que abarcaría de esta fecha hasta la vigencia del expresado Decreto de 1.946; y otra de esta fecha en adelante hasta la ejecutoria del fallo del Consejo de Estado (11 de diciembre de 1.950) conforme a las normas dadas por la Junta Consultiva del Terminal de Barranquilla en su ya citada Acta de 1.940.

SOBRE QUE BASE SE HIZO EL CUADRO DE LIQUIDACION QUE JUNTO CON LA COPIA DEL FALLO DEL CONSEJO SE PRESENTARON COMO RECAUDO EJECUTIVO?

No lo expresa él en forma alguna, ni tampoco se dice en la diligencia de inspección ocular practicada en las Oficinas del Terminal Marítimo de Barranquilla por el señor Juez de la causa, pues en tal documento se lee lo siguiente que así permite afirmarlo:

> «Seguidamente el señor Administrador (el del Terminal), dice que en virtud del fallo del H. Consejo de Estado de fecha 5 de diciembre de 1.950 y por orden del Ministerio de Obras Públicas, se produjeron las cuentas por los valores que aparecen resumidos en el cuadro de fecha marzo de 1.953 legalizados por el señor Administrador General del Terminal y Cajero Habilitado del mismo y debidamente refrendado por el Auditor Fiscal del Terminal Marítimo, cuadro que se elaboró con base en las cuentas formuladas; que dichas cuentas fueron presentadas y entregadas a la Cías. Deudoras. Para comprobar lo dicho, pone de presente por conducto de los señores Contador y Cajero Habilitado del Terminal los documentos pertinentes" ....."También se deja constancia de que se ha hecho una comparación del cuadro de liquidaciones expedido por el Terminal Marítimo que corre en este expediente, con el original que existe en los archivos de las oficinas del Terminal, resultando exacta la copia con su original».

Pero, sinembargo, sí se colige como se hicieron tales liquidaciones del siguiente aparte de la alegación del apoderado del demandante, doctor Durán Blanco ante esta Sala, pues dice:

> «Desde luego, la obligación declarada por el Consejo de Estado, con la sóla presentación de la copia auténtica

de la sentencia, mal podría llenar el requisito de "liquidez" exigido para que constituyera un "titulo ejecutivo". Y de allí que, el Gobierno Nacional -no los denunciantes- ordenó a la Administración del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla que con vista en sus archivos liquidara y cobrara a las entidades deudoras el monto de tal obligación. Casi pudiera decirse, que no se trataba de una liquidación propiamente dicha, ya que sólo era menester formular nuevamente las cuentas, porque el 50 o/o dejado de cobrar coincide matemáticamente con el otro 50 o/o cobrado».

También se deduce lo mismo de lo afirmado por el fallador de primera instancia, pues al hablar de lo que debe entenderse por título ejecutivo y ver si el presentado por el ejecutante tiene o nó tal carácter, se expresa así:

«De la detenida lectura de la sentencia del H. Consejo de Estado, se entiende con toda claridad, que los propietarios o agentes de naves marítimas *estaban en la obligación de cubrir íntegros* los jornales del personal supernumerario o eventual que empleara el Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, en las horas de cargue y descargue no reglamentarias». (Ha sabrayado la Sala).

LAS VARIAS MANERAS DE HACER LA LIQUIDACION

Computar el referido 50 o/o en la forma como se insinúa en el párrafo que acaba de transcribirse, equivale a reconocer que se sigue interpretando el Decreto 672 de 1.937 de la manera como se hizo desde su vigencia hasta el 8 de enero de 1.940, fecha en que la Junta Consultiva del Terminal le dió distinta aplicación y resolvió que cuando el cargue y descargue de las naves marítimas se realizara en horas extraordinarias en el mencionado Terminal sólo se les cobraria por tal tarea los gastos extraordinarios que ella exigiera y no éstos y también los ordinarios como se venia haciendo. La liquidación, así hecha, desconoce en absoluto y rechaza la operancia que acerca de la manera de liquidar los derechos tarifarios de que se habla estableció el Decreto No. 2747 de 1.946, es decir hace tabla raza de éste, en el sentido de que en esos gastos extraordinarios, ocasionados por la labor de cargue y descargue de las naves marítimas, en horas no reglamentarias, dejen de incluírse los gastos ordinarios o sea aquellos en que el Estado ha computado la mano de obra. Los mismos Visitadores Fiscales conceptúan que si el Decreto del año de 1.946 mantiene únicamente el pago de la remuneración extra por el servicio prestado en horas no reglamentarias, es decir que el Terminal debe sufragar hasta la concurrencia del jornal básico ordinario, la liquidación de

tales derechos debe hacerse de esta manera, en el caso de un obrero, por ejemplo, cuyo jornal ordinario sea de $ 5.00, y teniendo en cuenta que según el acuerdo con la Convención Colectiva del Trabajo, habría que pagarle tres veces su salario, o sean $ 15.00 los cuales serían cubiertos, al parecer de dichos funcionarios, así: "Los $ 5.00 del salario básico u ordinario deben ser sufragados con fondos del Erario, y los $ 10.00 de la sobreremuneración corresponde pagarlos a la nave o empresa beneficiada, pues resulta claro, pudiera decirse inobjetable, que tal sobreremuneración se derivó o tuvo como consecuencia directa o inmediata la prestación de un servicio extraordinario en provecho de quien lo solicitó". De suerte que una liquidaciòn hecha así, tendría que dar una suma distinta, bastante inferior, a aquella por la cual se libró el mandamiento de pago de que se trata, que fue deducida teniendo en cuenta otros factores, o sea: que así los gastos ordinarios como los extraordinarios, que ocasionen el cargue y descargue de las naves marítimas en horas no reglamentarias, deben cubrirlas éstas o sus agentes.

Por tanto y de acuerdo con lo que acaba de exponerse, buscando el monto del expresado bien oculto, podrían enfrentarse las dos liquidaciones distintas que se dejan esbozadas. Y eso que quedaría todavía una tercera posible liquidación en el caso de aceptarse la manera como plantea el citado doctor Araújo la cuestión que es así:

> «Como la REMUNERACION ORDINARIA del personal intermitente estaba incorporada en los derechos por cargue y descargue y como el recargo por servicios prestados durante horas no reglamentarias equivalía a otro tanto (100 o/o) de dicha REMUNERACION ORDINARIA (se refiere al modo cómo se hicieron las liquidaciones del año de 1.937 a 1.940) la Junta Consultiva decidió que sólo se cobrara a las Compañías Marítimas la mitad de la cuenta del servicio prestado por el personal intermitente porque esa mitad representaba todo el recargo o gasto extraordinario, y la otra mitad (50 o/o) ya estaba incorporado en los derechos de cargue y descargue, que, como se ha dicho, se liquidaban y cobraban en renglones separados de la respectiva factura».

CONCLUSION

> «Para librar ejecución, ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia, se requiere, según mandato de la ley procesal, que la obligación materia de la demanda sea *expresa, clara y exigible.* La claridad de la obligaciòn debe estar no sólo en la forma exterior del documento respectivo, sino, más que todo, en su contenido judicial de fondo».

Por todo lo que se ha expuesto, la obligación que trata de hacerse efectiva por el presente juicio, no es clara en su contenido jurídico puesto que ya se ha visto de que de diversas maneras podría liquidarse el mencionado 50 o/o declarado BIEN OCULTO, y por esta circunstancia tampoco es exigible, careciendo, por lo mismo, la obligación invocada como título ejecutivo, de todas las condiciones requeridas para la prosperidad de la acción por el artículo 982 del Código Judicial.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el auto del señor Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales de fecha 22 de julio último y, en consecuencia, ordena levantar el embargo decretado por auto de seis (6) de agosto de 1.954.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Manuel A. Dangond Daza, José Urbano Múnera, Guillermo Acosta Acosta.- Alfonso Gómez Hernández, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA

PROVEIDO QUE NIEGA LA REPOSICION DEL 27 DE ABRIL DE 1.955

(Ponencia del Consejero Dr. José Urbano Múnera).

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales—Bogotá, D. E., cuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco.

El doctor Gonzalo Gaitán, en oportunidad legal y como apoderado del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, ha pedido reposición del auto proferido por esta Sala el 27 de abril último por el cual se revocó el dictado por el señor Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales que dispuso librar orden de pago por la vía ejecutiva en favor de la Nación y a cargo de la Compañía GRACE & CIA. (Colombia) S. A. representada por su Gerente señor Henry Max Pearson por la cantidad de un millón cincuenta mil ochocientos quince pesos con cuarenta centavos ($1.050.815.40) M. Cte., por los intereses sobre esta suma a la rata del 12% anual desde el día 15 de febrero de 1.954 hasta el día en que se verifique el pago y por los gastos del juicio.

Por su parte el doctor Daniel Durán Blanco interpuso el mismo recurso en su condición de apoderado del doctor Alfonso Olaya Zalamea. Ambos recurrentes sostienen sus pretensiones en extensos alegatos y el doctor Arturo Tapias Pilonieta a su turno y como apoderado de la Compañía demandada defiende la providencia de la Sala.

De suerte que cumplida como está la tramitación del recurso, es la oportunidad de decidirlo y a ello se procede.

Por razones de método se estudian en primer término los reparos formulados por el doctor Gaitán a la providencia objeto del recurso ya que el señor apoderado del doctor Olaya Zalamea dice en su alegación que "al muy elevado estudio presentado por el eminente colega, (se refiere al doctor Gaitán) en general, remito la presente reposición".

El señor mandatario de los Seguros Sociales anota en primer término que ha interpuesto el recurso de que se trata no sólo por representar a esta Institución y cumplir sus deberes profesionales para con ella, "sino muy especialmente por defender la institución colombiana de Los Bienes Ocultos y la eficacia de las sentencias

proferidas por el Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo". Pues bien, esta Sala en su proveído de 27 de abril último no desconoce el fallo de la Sala Contencioso-Administrativa del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 1.950, sino que sostiene, por múltiples razones que allí da y sobre las cuales ha de volver en este proveído, que tal sentencia no presta mérito ejecutivo suficiente, junto con las liquidaciones hechas en el Terminal Marítimo de Barranquilla, para fundamentar hoy un mandamiento de pago en contra de la Compañía ejecutada en este juicio, y para afirmar esto, la Sala entiende que no está desconociéndole la eficacia a las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, pues no hay mandato ninguno legal que les dé, en todo caso, a éstas fuerza compulsiva dentro de un juicio ejecutivo. Precisamente por esto el artículo 1º de la Ley 27 de 1.937 al definir los bienes ocultos considera como a tales aquellos que para entrar de nuevo al respectivo patrimonio público necesitan que se ejerciten acciones en juicio.

LOS BIENES OCULTOS

Después de historiar un poco el origen de la institución de los llamados bienes ocultos, es de observar que es autóctona de nuestro Derecho y de reconocer que por ciertos abusos a que se ha prestado las críticas la han fustigado duramente, siendo nada menos que esta tesis absoluta: "Con el auto que reclamo, la institución sufriría un rudo golpe, quedaría ineficaz e inoperante". Realmente parece ello muy serio, casi catastrófico, pero en verdad, conjurado queda el peligro si se acude al instrumento de otras vías adecuadas.

Para el distinguido abogado de los Seguros no hay caso más claro de Bien Oculto que este a que se refieren los autos y que por lo mismo podría ponerse como el arquetipo clásico de ellos; que es de una claridad deslumbrante porque los Decretos 672 de 1.937 y 2747 de 1.946 fijaron las tarifas del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla y estas tarifas no podían ser modificadas por un acto de igual o superior categoría a la de los Decretos que los fijaron, en decir por una ley o de otro Decreto de igual naturaleza.

En el auto cuya reposición se pide y en la parte intitulada sobre qué base se hizo el cuadro de liquidación que junto con la copia del fallo del Consejo se presentaron como recaudo ejecutivo?" se explicó por qué tal liquidación se había hecho computando íntegros los jornales del personal supernumerario o eventual que empleó el mencionado Terminal para la labor de cargue y descargue de las naves marítimas en horas no reglamentarias y que arrimaron a él en el período de 1.940 a 1.950, y en el capítulo siguiente se observó que al proceder así en la referida liquidación se hizo caso omiso de las normas que para ella fijó el Decreto

2747 de 1.946 porque se continuó acumulando a los gastos extraordinarios (los de cuenta de las naves por servicios prestados a ellas en horas no reglamentarias) los gastos ordinarios o sea aquellos en que el Estado ha computado la mano de obra.

En el proveído del 27 de abril último y en la parte dedicada a analizar si el título ejecutivo sobre el cual se basa este juicio reune o nó las condiciones del artículo 982 del C. J., se dijo: "Ahora bien: si el Decreto del año de 1.937 fue modificado en verdad por el 2747 de 1.946, claro es que lo resuelto por la Junta Consultiva del Terminal de Barranquilla el 8 de enero de 1.940 y que consta en el Acta No. 39 de ese día, dejó, por lo menos, de ser arbitrario de 1.946 en adelante, y en este caso se tendría que para deducir con precisión el 50 o/o constitutivo del bien oculto de que se trata habria que hacer necesariamente dos liquidaciones distintas, o sean: una del tipo que se adoptó de 1.937 al 8 de enero de 1.940; y otra de esta fecha en adelante hasta la ejecutoria del fallo del Consejo de Estado (11 de diciembre de 1.950) conforme a las normas dadas por la Junta del Terminal de Barranquilla en su ya citada Acta de 1.940". En estas y otras consideraciones se fundó la Sala para concluír que la obligación cuyo pago se persigue en este juicio no es clara y por tanto no es exigible de acuerdo con el artículo 982 del C. J. De aquí que si bien es cierto que, como lo dice el doctor Gaitán, los Decretos citados de 1.937 y de 1.946 fijaron las tarifas del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, no lo sea que las liquidaciones traídas al proceso como título ejecutivo junto con la copia del fallo del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 1.950 se hayan hecho integralmente de acuerdo con aquellos Decretos. Demuestra esto, de manera evidente, la siguiente afirmación del señor representante de los Seguros: "Los Decretos a que me vengo refiriendo dispusieron que las compañías marítimas que hicieron uso de los servicios portuarios estaban en la obligación de pagar los gastos de cargue y descargue de las naves que se verificaron en horas no reglamentarias. La totalidad pues, de estos servicios, o mejor dicho el valor de ellos, debía ser sufragado por las respectivas naves". Como puede verse, en este párrafo se sostiene que a las Compañías dueñas de las naves a que se alude ahí, les correspondía pagar todos los gastos ocasionados por el cargue y descargue de ellas en horas no reglamentarias y esto no es exacto, a menos a partir de la vigencia del Decreto número 2747 de 1.946, que mantiene únicamente la remuneración extra por el servicio prestado en horas distintas a las reglamentarias ya que en las tarifas consideró incorporado todo el valor del trabajo ordinario.

En efecto, debe tenerse presente que el Decreto 2747 de 1.946 ordena que "cuando las embarcaciones o sus agentes soliciten servicios del Terminal en horas diferentes de las contempladas en este artículo, tendrán que pagar, además de las tarifas respectivas, la sobreremuneracion que el Terminal pague a sus trabajadores por el trabajo en horas extras y un 10 o/o adicional para cubrir el ser-

vicio de administración, alumbrado etc.". De consiguiente, de las liquidaciones hechas para establecer lo que las compañías navieras de transporte puedan deberle al Estado según el citado fallo de 1.950, no puede surgir una obligación tan deslumbrante, tan clara en contra de las presuntas casas deudoras porque esas liquidaciones se hicieron partiendo de la base, como lo sostiene el doctor Gaitán, que aquellas estaban en el deber de sufragar la *totalidad* de los gastos de cargue y descargue de sus naves siempre que esta labor se llevara a término en horas no reglamentarias y ya se ha visto que por disposición legal sólo estaban obligadas, en este caso, a cubrir la sobreremuneración que el Terminal pagara a sus trabajadores.

LAS SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO

Así titula una parte de su alegación el señor apoderado del Instituto Colombiano de Seguros Sociales para enunciar que las sentencias proferidas por el Consejo de Estado en juicios de plena jurisdicción tienen poder coercitivo con la misma amplitud y fuerza de las sentencias pronunciadas por la justicia ordinaria; pero a esta afirmación puede observarse que el auto de cuya reposición se trata no desconoce el expresado fallo de 1.950 y se limita sólo a sostener y a demostrar por qué el título ejecutivo con el cual se ha librado el mandamiento de pago contra Grace & Cía. (Colombia) S. A. no reune las condiciones exigidas por la ley para tales efectos, las cuales son severas y precisas porque como lo ha dicho la H. Corte Suprema: "Más que un juicio (se refiere al ejecutivo), esto es un modo de cobrar. De ahí que el que se requiera que la obligacion sea nítida, deslumbrante, expresa y actualmente exigible." "Siendo el juicio ejecutivo uno en que se condena sin debate previo, debe estar rodeado de seguridades: por eso exige que la obligación sea claramente eficaz".

"Las liquidaciones hechas por el Terminal". Es esta otra de las bases que el alegato que se está estudiando sienta para concluír que debe reponerse la decisión judicial de que se trata y la sustenta afirmando que puesto que implícitamente el fallo de 5 de diciembre de 1.950 declaró la existencia de un credito -bien patrimonial- a favor de la Nación y a cargo de las compañías, por el valor de los sevicios que la primera pagó por las segundas y que para determinar la extensión o monto pecuniario del crédito era preciso liquidar a cada nave el valor de los servicios que por ella pagó la Nación ilegalmente que fue precisamente la tarea realizada por los empleados del Terminal con facultad legal por ser oficina recaudadora.

Aun admitiendo que lo procedente era hacer tal liquidación para fijar el quantum de lo adeudado por las Compañías, la realidad es que ella se hizo sin esclarecer previamente el alcance del Decreto número 672 de 1.937 en relación con lo que debían pagar las naves marítimas por la labor de cargue y descargue cuando

quiera que ella se efectuaba en horas extraordinarias, y sobretodo sin determinar si el Decreto 2747 de 1.946 modificó, como lo estima la providencia que se estudia, el mencionado Decreto de 1.937, lo que juzgaron posible los mismos visitadores de la Contraloría General de la República como puede verse en apartes muy interesantes de los informes rendidos por ellos.

Finalmente, en el aparte llamado "El Título Ejecutivo" explica la última base en respaldo de su primer alegato, un poco deficiente en su razonamiento, según lo asevera él mismo en su segunda alegación, donde explica que por el motivo de un viaje a los Llanos Orientales apenas dispuso del espacio de un día para escribirlo y agrega que "como conclusión de dicho alegato, (el primero) no con el propósito de interrogar en posiciones a los honorables Consejeros, sino con el fin de que se medite más a fondo en esta delicada cuestión, que afecta seriamente los intereses del Instituto Colombiano de Seguros Sociales que tengo el honor de representar, os someto estas preguntas, de cuya contestación lógica y recta, fluye clarísimo el derecho de mi parte".

Pues bien: el doctor Gaitán halla inobjetable el título ejecutivo porque en concepto suyo la sentencia del Consejo de Estado complementada con la liquidación verificada en el Terminal Marítimo de Barranquilla ponen de presente un crédito a favor de la Nación y a cargo de las Compañías marítimas a términos del artículo 982 del C. J.; que de tales piezas resulta una obligación expresa ($ 1.050.815.40) deducidos por el Terminal a cargo de Grace & Cia. (Colombia) S. A.; clara porque la sentencia declaró que las sumas que dejaron de pagar las compañías constituyen un bien oculto y por consiguiente de propiedad de la Nación, sumas que fijó la liquidación hecha por el Terminal y que están representadas en el guarismo atrás enunciado y que es exigible porque la Compañía demandada fue requerida para el pago.

En el auto sub-judice, en recurso hoy de reposición, se explico ampliamente porqué no es clara ni expresa y por ende no es exigible ejecutivamente la obligación deducida contra la Compañía demandada. Sobre el particular se anotó, sin que se haya demeritado con argumentos valederos hasta ahora "que el bien oculto declarado por el Consejo de Estado en la sentencia de 5 de diciembre de 1.950, consiste en las sumas dejadas de recaudar o cobrar por la Administración del Terminal Marítimo de Barranquilla a las naves marítimas por las labores de cargue y descargue de éstas en horas extraordinarias y que corresponden al 50% del valor de los jornales del personal supernumerario o eventual que ha venido empleando el Terminal para ese servicio, a partir del día ocho de Enero de 1.940 hasta la fecha de la ejecutoria de la presente providencia".

"Aquel 50% desde luego, hay que reconocerlo, es un porcentaje cierto y cierto debería ser también el monto de ese porcentanje liquidado sobre el valor de los jornales y por el tiempo a

que alude el párrafo anterior. Pero no es así, porque la suma que dá la liquidación de dicho porcentaje no es clara porque es discutible, ni es expresa por los factores de relatividad que se conjugan para llegar a la cifra deducida como valor de los jornales especificados en el fallo".

Lo anterior es fundamental, básico, y por lo mismo decisivo, para dejar sin piso -usando una locución corriente ahora, muy diciente por cierto- el mandamiento de pago, porque es imposible pretender que sin delimitar previamente el alcance de los Decretos 672 de 1.937 y 2747 de 1.946 en cuanto a las tasas allí fijadas para labor de cargue y descargue de las naves marítimas en horas no reglamentarias, ajustàndose en esa liquidación a las normas dadas en los mismos Decretos, se libre mandamiento de pago por una cantidad deducida en contra de la parte demandada con un criterio unilateral acerca de la interpretación de aquellas normas, las que estudiadas a su hora por el Ministerio de Minas y Petróleos y por la Procuraduría General de la Nación no les permitieron concluír que el Estado hubiera dejado de percibir parte de las tasas por los servicios portuarios de que se trata. Y cabe anotar de igual manera que la Contraloría General de la República debió ser del mismo concepto cuando feneció las cuentas del Terminal Marítimo de Barranquilla en el lapso a que se a hecho referencia. Y aun puede agregarse que los mismos Visitadores de la expresada Contraloría en el informe que obra en los autos admiten la posibilidad de que el Decreto 672 de 1.937 haya sido reformado por el 2747 de 1.946 en el sentido ya explicado lo que necesariamente tiene que dar una liquidación distinta, bastante inferior, a la que se verificó en el Terminal de Barranquilla y por cuyo monto se libró el mandamiento de pago en discusión.

ALCANCE DEL BIEN OCULTO DECLARADO POR EL CONSEJO

Ante la insuficiencia del título ejecutivo por las razones que acaban de darse y por las varias otra expuestas de manera extensa en el proveído de 27 de abril último, resulta improcedente e inoficiosa una nueva disquisición acerca de lo que es un bien oculto y del alcance que tiene la declaratoria de su existencia hecha por una autoridad de carácter administrativo como lo es el Consejo de Estado. Por supuesto, que sobre el particular es oportuno observar que no es exacto como lo afirma el Dr. Gaitán "que lo único que la Corte dice en el paso transcrito por el Consejo es que las cuestiones atañederas a bienes ocultos "NO PUEDEN DISCUTIRSE ANTE LA JUSTICIA ORDINARIA" ya que la doctrina de aquel alto Tribunal avanza mucho más puesto que es de este tenor:

> «La manifestaciòn que hace el Estado por medio de su órgano administrativo correspondiente, de que un bien que realmente le pertenezca, o cree que le pertenece, es oculto, es declaración que no puede discutirse ante la justicia ordinaria ,porque es al Estado mismo a quien incum-

> be la calificación de ocultos o no ocultos de algunos de sus bienes. No es que semejante declaración, hecha por el órgano administrativo, constituya ipso-facto la existencia legal del derecho del Estado, como si ésta quedase comprobada con la declaración de ser oculto el bien en que pueda radicar ese derecho. Si esto fuera así, la simple resolución declarativa de oculto de un bien constituiría pleno derecho del Estado sobre él, y no habría necesidad de un juicio ordinario posterior para obtener la declaración de que ese bien volviera al patrimonio de la Nación. "En efecto, agrega luego, la declaratoria de oculto de un bien sólo quiere decir que respecto de èl se ha hecho obscuro su carácter primitivo de propiedad nacional, y que el Estado cede al denunciante una participación y lo inviste de personería suficiente para que lo reclame en juicio al usurpador y ocupante. Quiere decir esto que el denunciante apoderado de la Nación echa sobre sí la carga de establecer la acción y comprobar en juicio el derecho del Estado, pues la declaratoria del bien oculto no significa propiamente que éste pertenezca de un modo indubitable al Estado, ya que puede comprobarse que ello no es así».

Sostiene el señor apoderado de los Seguros Sociales "que por la misma índole de la institución de los bienes ocultos, su declaración implica necesariamente el estudio de la propiedad" para sacar la conclusión de que el fallo del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 1.950, junto con las liquidaciones de que se ha hablado prestan mérito ejecutivo. Claro es que a la mencionada declaratoria ha de preceder un estudio del cual debe deducirse que el bien denunciado como oculto tiene probabilidades, "visos" como se anotó en el auto recurrido, de pertenecerle a alguna entidad de derecho público, pero esto no equivale a un título incontrovertible que es precisamente la tesis de la H. Corte Suprema cuando observa: "No es que semejante declaratoria, hecha por el órgano administrativo, constituya ipso facto la existencia legal del derecho del Estado, como si ésta quedase comprobada con la declaratoria de ser oculto el bien en que pueda radicar ese derecho". El mismo doctor Gaitán implícitamente acepta la doctrina que acaba de transcribirse cuando en su alegación dice: "Desde luego la declaratoria (de ser oculto un bien) no coarta en nada el derecho de las personas afectadas con la declaración. Estas pueden discutir, ya durante el período de defensa del juicio ejecutivo, ya en juicio contradictorio, los derechos que la entidad pública invoca. El poseedor material puede alegar que adquirió el bien por usucapion, que la acción que se intenta contra él está prescrita, que el título del Estado es falso, que sus títulos son superioros a los del Estado etc. etc. "

Se dice en el alegato que se está estudiando: "Así, pues, al declarar oculto el bien de que aquí se trata, dijo más, mucho màs el Numeral 2o. de la sentencia de 5 de diciembre de 1.950, de lo que

pretende hacerle decir el auto que reclamó. Dijo que existía el bien, en primer término, y como consecuencia lógica, que ese bien pertenecia a la Nación, y no simplemente que era oscuro, dudoso o discutible", pero sucede que el no disimulado afán de su autor de hacer creer que el proveído de que se trata desconoce la sentencia que declaró el bien oculto denunciado por el doctor Olaya Zalamea, lo estimula a omitir lo que complementa y explica la frase que transcribe y fija el alcance de una declaratoria como la dicha. En efecto, allí se dice: "..... o en otros términos: que es este porcentaje (el 50 °/o expresado en el fallo) el que ha podido dejarse de recaudar legalmente en el lapso ya fijado y que es esa posible o probable ocurrencia, la que debe esclarecerse mediante las acciones judiciales procedentes....."

Y quizás no sobre anotar ahora que el Consejo de Estado en su proveído de 1.950, varias veces citado, fue más lejos de las conclusiones a donde llegó la misma Corporación en la sentencia de 13 de julio de 1945, con ponencia del doctor Gonzalo Gaitán y que éste cita para otros efectos en el precedente alegato, pues en asunto que tiene no poca similitud con el que motivó la declaratoria del bien oculto de que se trata, decidió que no era el caso de reconocerle el carácter de oculto al bien denunciado entonces como tal. En realidad allí se sostiene lo siguiente:

> «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 vió, toda la cuestion 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, 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 tarifa 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 luego que el problema era conocido por la Nación".
>
> También ha dicho el Consejo de Estado (sentencia de 7 de septiembre de 1.944, Anales números 341 a 346 paginas 307 y siguientes) que en 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 determinación dejaron de entrar al patrimonio de la Nación, de los Departamentos o de los Municipios, tengan el carácter de ocultos. Y ya en sentencia de 13 de agosto de 1.940 esta misma Corpo-

> ración habia sentado la siguiente doctrina: "..... Cuando la situación jurídica de donde un denunciante hace derivar los derechos de la Nación es conocida por el Estado, el bien no es oculto o ignorado, y por este aspecto falta una de las condiciones para tenerlo como tal».

Sin embargo, la Sala no está desconociendo -y mal podría hacerlo- el fallo proferido por el Consejo el 5 de diciembre de 1950, pues en el auto de 27 de abril último se ha limitado a sostener que de los documentos presentados con el fin de que sirvan de base al mandamiento de pago contra Grace & Cia. (Colombia) S. A., no emerge contra ésta una obligación que reuna las exigencias taxativamente indicadas en el artículo 982 del C. J. para tener fuerza compulsiva suficiente en juicios de la índole del presente; pero de allí no se deduce que queden cerrados todos los caminos para perseguir el pago de lo pretendido. Y porque esto es así, resulta inexacto e injusto el cargo que a la Sala formula el alegato a que se está haciendo referencia cuando dice: "..... con el auto que reclamo, la institución (la de los bienes ocultos) sufriría un rudo golpe, quedaría ineficaz e inoperante".

Los mismos denunciantes del bien oculto al indicar las acciones legales procedentes para hacer efectivo el derecho que la Nación puede tener para percibir las sumas de dinero que ellos consideran que dejaron de pagar las naves marítimas o sus agentes por los servicios atrás descritos, hablan en primer lugar del juicio ejecutivo y preven, como medio subsidiario, la necesidad de ejercitar el de la vía ordinaria "para el improbable caso de que la acción ejecutiva por jurisdicción coactiva resultare inoperante".

Pero hay más: el doctor Gaitán admite, como ya se anotó, la misma posibilidad cuando dice: "Desde luego la declaración (del bien oculto) no coarta en nada el derecho de las personas afectadas con la declaración. Estas pueden discutir, ya durante el período de defensa del juicio ejecutivo, ya en juicio contradictorio, los derechos que la entidad pública invoca." De consiguiente, por qué extrañarse de que la acción ejecutiva no les prospere cuando hay motivos legales para ello? Es porque se olvidan del alcance estricto que tiene la declaratoria de un bien oculto el cual fija la H. Corte Suprema de Justicia de manera muy precisa en los siguientes términos: "El denunciante apoderado de la Nación echa sobre sí la carga de establecer la acción y comprobar en juicio el derecho del Estado, pues la declaratoria de bien oculto no significa propiamente que éste pertenezca de un modo indubitable al Estado ya que puede comprobarse que ello no es así."

Y aquí cabe anotar que al hablar la H. Corte "de establecer la acción y comprobar en juicio el derecho del Estado" no excede los términos del artículo 1o. de la ley 27 de 1.935 cuando alude a que "haya necesidad de ejercer acciones en juicio", porque aquella alta Corporación no especifica la clase de juicios que de-

ban establecerse, y justamente por esto hubo de declarar inexequible el Decreto 2963 de 1.936 por el que se reglamenta el procedimiento en el denuncio de bienes ocultos del Estado puesto que allí se exigía como necesario "recurrir al ejercicio de una acción judicial" De suerte que si el derecho del Estado, por hechos y circunstancias especiales, puede demostrarse sin ocurrrir a un juicio ordinario, sino estableciendo otra acción, nada se opone a ello. Por esto resulta inexacta la siguiente apreciación formulada por el doctor Daniel Durán Blanco en su alegato: "Paréceme entender del auto que recurro, la equivocada tesis de que siempre que se trata de exigir el reintegro de un bien oculto al patrimonio del Estado, no pueda ser viable otra acción que la ordinaria". Nó, en parte alguna del proveido de que se trata la Sala hace semejante afirmacion.

El distinguido abogado que acaba de nombrarse inicia la segunda parte de su alegación de esta manera: "Establecido así, que no es necesario ocurrir en acción ordinaria siempre que se trata del reintegro de un bien oculto al patrimonio del Estado, conviene estudiar si en el presente caso la obligación es expresa y clara".

Y con el propósito de demostrar que la obligación cuyo pago se persigue es clara y expresa afirma que el cuadro de liquidaciones verificado en el Terminal da fe mientras no se demuestre lo contrario y que si a la Sala le asalta la duda de la verdadera interpretación de los Decretos tarifarios del Terminal Marítimo de Barranquilla ello deberá estudiarse en la oportunidad procesal, o sea al decidirse sobre las excepciones, "porque, agrega si después del mandamiento ejecutivo la obligación no es discutible cuál es la razón para que exista la disposicion mencionada, que establece una etapa de excepciones, dentro del procedimiento ejecutivo?"

Se verá en seguida por qué esta tesis es jurídicamente inaceptable. La ley (Art. 982 del C. J.) fija, por cierto muy claramente, los requisitos que han de llenar los documentos que se presenten como recaudo ejecutivo, entre ellos "que el documento o decisión judicial resulte a cargo del demandado una obligación expresa, clara y actualmente exigible", de consiguiente, todo vacio o deficiencia sobre el particular implica una falla en los presupuestos procesales que deben tenerse presentes para, con respaldo en ellos, librar mandamiento de pago. Quiere esto decir que sin el lleno de las exigencias legales de aquella disposición no procede la orden de pagar por la vía ejecutiva. Si esto no fuera así, cabe a su turno preguntar: qué objeto tendría el recurso de apelación contra el auto ejecutivo? Es que hay dos momentos o etapas procesales en que se discuten entre las partes, distintas cuestiones jurídicas. En la primera o sea en torno del mandamiento de pago se debe estudiar el presupuesto de la acción, y si éste es completo, en la segunda procede el examen de las defensas del demandado, para contradecir la acción del ejecutante, presentadas en la forma de excepciones en la amplia oportunidad prevista por la ley, a efecto de declarar

inexistente o enervada la acción del demandante. Por eso es allí a donde se pueden oponer contra la obligación que se pretende cobrar ejecutivamente las excepciones de falsedad, dolo, simulación, compensación, cosa juzgada, prescripción etc. Y la razón filosófica, de equidad y de equilibrio entre las partes, para la diferenciación establecida por la ley entre los dos mencionados momentos procesales, es que sin que la obligación en contra del presunto demandado sea clara, expresa y actualmente exigible, resultaría injusto someter a éste hasta que se decidiera el incidente de excepciones o se resolviera el juicio, a la traba de sus bienes con todas las consecuencias graves que conlleva esta medida precautelativa.

Pero se alega también para fortalecer la tesis de que si hubiera alguna duda acerca del monto de la obligación ella debe desatarse al decidir las excepciones, el hecho de que el destacado apoderado de la Compañía demandada haya propuesto, como ya propuso varias excepciones. El argumento nada prueba fuera de la diligente tutela del mencionado abogado en la defensa de los intereses a él confiados. Estando, como se está, dentro de la oportunidad legal de las defensas exceptivas no es extraño que así lo hiciera cuando aún no está en firme el auto revocatorio del mandamiento de pago.

La Sala cree dejar analizado en las consideraciones anteriores lo esencial de los argumentos presentados por los doctores Gaitán y Durán Blanco en mira a obtener la reposición del auto de 27 de abril último. Si no han logrado esta finalidad, en todo caso cumplieron con su deber como apoderados, porque en este tan debatido proceso así los representantes de las partes como el Consejo deben tener la certidumbre de haber cumplido a cabalidad con sus obligaciones. En cuanto a la Sala toca, en esta vez como en todas las ocasiones en que decide las controversias sometidas a su jurisdicción, no ha tenido afán distinto que el de impartir justicia naturalmente con prescindencia absoluta de la calidad de las partes, midiendo su derecho, como es obvio, con el mismo rasero.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no accede a reponer y no REPONE el auto de 27 de abril del año en curso, materia del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Acosta Acosta, José Urbano Múnera, Manuel A. Dangond Daza.- Alfonso Gómez Hernández, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA

EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA DE JURISDICCION, ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA SUSTANTIVA, E INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACION

(Ponencia del Consejero: Dr. José Urbano Múnera).

Consejo de Estado —Sala de Negocios Generales— Bogotá, D. E., Junio siete de mil novecientos cincuenta y cinco.

El señor Juez de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento de pago en favor de la Nación y en contra del señor ANTONIO ORDÓÑEZ MUTIS por las cantidades de $ 20.925.93 m / cte. y $78.62, sus intereses al 12 o/o anual a partir del 23 de agosto de 1.940 y 25 de septiembre de 1.942, respectivamente, y por las costas procesales.

Con fundamento en lo autorizado por la Ley 23 de 1.949 y de su Decreto reglamentario No. 1968 de 1.950, se llevó a efecto en este jucio una transacción, pero por no haber cumplido el deudor con las obligaciones estipuladas en ella, el Juzgado del conocimiento se vió en el caso, por mandato del artículo 7º. del referido Decreto, de declarar sin efecto las estipulaciones consignadas en el acta de transacción y ordenar la prosecución del juicio, mediante auto que se halla debidamente ejecutoriado.

En oportunidad legal, el Dr. Manuel Serrano Blanco, en su calidad de apoderado especial del señor Antonio Ordóñez Mutis, presentó demanda proponiendo las excepciones siguientes:

"a) Incompetencia, de ese Juzgado para conocer del juicio ejecutivo, por jurisdicción coactiva";

"b) Inexistencia de la obligación a favor del Estado y a cargo del Ejecutado Antonio Ordóñez Mutis"; y

"c) Ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte ejecutada".

Como excepción subsidiaria de las anteriores, formuló la de "inexigibilidad, por la vía ejecutiva, de la obligación que aquí se cobra".

Para fundamentar su derecho cita el excepcionante los artículos 1020, 1025 y ss., 1058, 1059, numeral 1º., del C. J.; 3º., 4º. y 5º. de la Ley 67 de 1.943 y demas disposiciones concordantes, y artículo 537 del C. de P. P.

La primera excepción se funda en el hecho de que en el juicio penal correspondiente que se adelantó contra el señor Ordóñez Mutis, en su carácter de Habilitado Pagador del Senado de la República, por haber dispuesto de los dineros que para desempeño de dicho cargo le fueron entregados dándoles a éstos destinación diferente, el Juzgado 2º Superior de Bogotá en providencia de 21 de marzo de 1.946 lo absolvió. Tal fallo fue confirmado por el Tribunal con fecha 1o. de marzo de 1.946, sentencias que por estar ejecutoriadas son de obligatoria observancia. Se sostiene esta excepción alegando que la jurisdicción coactiva corresponde exclusivamente al Estado sólo en el caso de que tengan carácter de funcionarios públicos aquellas personas contra las cuales se deduzca algún alcance en el manejo de los dineros de la Nación que se les hayan confiado; que de los fallos citados se deduce que el señor Ordóñez Mutis no era empleado público en su condición de Habilitado Pagador del Senado de la República y que carecía de tal carácter en el manejo de los fondos del Erario Nacional destinados al pago de los sueldos y dietas de la mencionada Corporación; que no existe en la legislación positiva precepto alguno que le dé el carácter de empleado público al Habilitado Pagador de que se acaba de hablar y que "en consecuencia ese Juzgado (el de Ejecuciones Fiscales) es incompetente para adelantar por jurisdicción coactiva, mediante acción ejecutiva contra Ordóñez Mutis, a fin de obtener el reintegro o pago de los dineros que Ordóñez Mutis, manejara como Habilitado del Senado de la República, cargo que de acuerdo con la reglamentación legal vigente en el año de 1.935, no era cargo público, ni cargo de manejo de hacienda pública".

El señor Fiscal 1o. del Consejo hace en su Vista de fondo, en este negocio, un análisis tan cabal de lo que es la Jurisdicción Coactiva y sus alcances y refuta de manera tan admirable los fundamentos de la excepción de que se acaba de dar cuenta, que la Sala no vacila en acoger los conceptos de su ilustrado colaborador pues piensa que éste realmente agotó la materia sobre el particular.

Se expresa así el señor Fiscal:

> «Es sabido que la jurisdicción coactiva, llamada también justicia fiscal, es de creación legal y está encargada de hacer efectivas las cargas a favor del Estado: impuestos, multas y créditos deducidos a los empleados de manejo, etc.
>
> La Ley 4a. de 1.913, Código Político y Municipal, en su art. 213 confirió a los Tesoreros o Recaudadores Municipales jurisdicción coactiva para hacer efectivo el cobro puntual de los impuestos municipales; la ley 84 de 1.915, en su artículo 6º. concedió igualmente a los empleados encargados de la recaudación de rentas departamentales, jurisdicción coactiva para hacer efectivo el cobro de los

créditos a favor del Tesoro del Departamento; y de conformidad con el Decreto No. 1315 de 8 de junio de 1.936, por el cual se fija la jurisdicción y atribuciones a los jueces de Rentas y Ejecuciones Fiscales, creados por el Decreto No. 1135 de 1.936 en virtud de la autorización concedida en la ley 102 del mismo año, éstos exigen por jurisdicción coactiva el pago de los créditos a favor del Fisco Nacional. (Diario Oficial No. 23242 de 27 de julio de 1.936).

La Justicia Fiscal o Jurisdicción Coactiva es uno de los privilegios, llamados por Haouriou 'exorbitantes', que la ley ha concedido a las entidades de derecho público, consistente en que tales entidades no litigan, desde este punto de vista, sobre un plano de perfecta igualdad con los particulares pues el representante de la entidad pública ejerce ante sí mismo la acción de que aquella es titular al cobrar los créditos que tiene a su favor, y aparentemente ejerce las funciones de juez y parte.

El art. 143 del C. J. define la competencia como la facultad que tiene el Juez o el Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República. De esto se deduce que la *jurisdicción* es la facultad de administrar justicia y la *competencia* es la facultad de administrar justicia en determinados asuntos o negocios. La jurisdicción es el *gènero* y la competencia es la *especie.*

De acuerdo con las normas generales de los artículos 150 y 151 del C. J., la competencia en el presente juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva se fija por la naturaleza del asunto y por la calidad de la parte ejecutante. Se explica:

El art. 1058 del C. J. estatuye: "Los funcionarios públicos que tengan jurisdicción coactiva, de acuerdo con la ley, proceden ejecutivamente en el cobro de las deudas fiscales en conformidad con lo que se dispone en los capítulos anteriores y en el presente"; y el art. 1059 ibídem, preceptúa: "además de los actos y documentos mencionados en el art. 982, en estos juicios prestan también mérito ejecutivo: *1o.) Los alcances liquidos y definitivos deducidos contra los responsables del Erario por el Departamento de Contraloría,* los demás Tribunales de cuentas nacionales, departamentales o municipales; 2o.) Las copias de los reconocimietos hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores de impuestos; 3o.) Las copias de las resoluciones definitivas ejecutoriadas proferidas por funcionarios competentes en ejercicio de sus funciones, sobre multas que deben ingresar al Tesoro Nacional, Departamental o Municipal".

En el caso de autos los títulos ejecutivos consisten en los fenecimientos Nos. 1792 de 2 de agosto de 1.940, y 290 de 17 de febrero de 1.942, debidamente ejecutoriados, expedidos por la Contraloría General de la República, y llenan los requisitos establecidos en los arts. 982 y 1059 del C, J., por lo cual corresponde su cobro a la jurisdicción coactiva de conformidad con el art. 1058 ibídem.

Según el artículo 3º. del Decreto No. 1315 de 1.936, "los jueces de rentas y ejecuciones fiscales tendrán jurisdicción en todo el territorio de la República, para exigir por jurisdicción coactiva el pago de los créditos a favor del Fisco Nacional, *provenientes de responsabilidades de empleados de manejo*, rentas e impuestos nacionales, contratos celebrados por la Nación con otras entidades públicas o con particulares, fianzas o cauciones análogas, sanciones pecuniarias judiciales o admininistrativas y en general, *para la efectividad de toda deuda a favor del Estado*, y cuyo importe deba ingresar a las arcas nacionales".

Las disposiciones atrás enumeradas, no establecen la competencia ni la jurisdicción coactiva en razón de la calidad de *empleado público* que pueda tener el deudor, sino que la fija como se ha dicho en función de la calidad de la entidad ejecutante y de la naturaleza del asunto.

El señor apoderado del ejecutante pretende deducir la INCOMPETENCIA DE JURISDICCION O DECLINATORIA DE JURISDICCION, que es como técnicamenté se denomina la excepción que se estudia, del hecho de que su representado no tenía la calidad de empleado público sino particular, pero esa calidad en nada influye para fijar la jurisdicción coactiva y la competencia del Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales, porque, se repite, la jurisdicción y la competencia de dicho funcionario se fija por la naturaleza del asunto: (responsabilidad por manejo de dineros públicos) alcance deducido por la Contraloría General de la República, mediante fenecimientos legalmente ejecutoriados.

Es un hecho indiscutible e indiscutido que Ordóñez Mutis como Habilitado Pagador del Senado de la República, recibía y manejaba fondos del Tesoro Nacional, por lo cual tuvo que prestar o constituír fianza de conformidad con el Parágrafo del art. 1º. de la Ley 44 de 1.924 y el art. 5º. de la Ley 89 de 1.931. Al efecto: Al folio 67 del Cdno. Principal, aparece el documento contentivo del contrato de fianza por medio del cual se *obligó* el ejecutado Ordóñez Mutis, "Primero: A cumplir todas y cada una de las obligaciones que me imponen *las leyes*, decretos, resoluciones, reglamentos y órdenes de mis superiores *en cuanto a la percepción, desembolso y manejo de los fondos y bienes que entro a administrar*. Segunda: *A llevar y rendir*

las cuentas de la oficina en la forma y términos que establecen las disposiciones fiscales y las instrucciones de mis superiores y *a contestar oportunamente las observaciones que se hagan a mis cuentas, sometiéndome a las sanciones a que diere lugar.* Tercero:..... .... Cuarto: *A responder con mis bienes de todas las cantidades de dinero que recaudo, de los dineros y bienes que maneje y de los muebles* y útiles y archivo de la oficina para la cual he sido nombrado, así como también por el desempeño de cualesquiera que legalmente me encomiende el Gobierno. Quinto: *A RESPONDER POR TODO ALCANCE QUE CONTRA MI SE DEDUZCA POR ERRORES EN MIS CUENTAS, POR MALVERSACION O MALA ADMINISTRACION DE LOS FONDOS Y BIENES A MI CUIDADO, POR OMISION EN EL RECAUDO DE LAS CANTIDADES QUE ESTE OBLIGADO A COBRAR O PERCIBIR, ASI COMO POR CUALQUIER OTRO MOTIVO.* Sexto: .... Séptimo: *La presente fianza garantiza no sólo el manejo del cargo de que se trata,* sino cuaquiera otro de igual o inferior categoría a que pueda ser promovido el interesado".

Al folio 66 del Cdno. principal aparece copia de la Resolución No. 12 de 1.939 (Julio 20) expedida por la Comisión de la Mesa del Senado, la cual en su artículo único dice así:

"ARTICULO UNICO. Nómbrase Habilitado de la Corporación al señor Antonio Ordóñez Mutis, con la misma garantía legal con que ha asegurado su manejo durante los últimos cuatro años".

Al folio 69 del mismo cuaderno, obra la comunicación dirigida por la Comisión de la Mesa del Senado al señor Contralor General de la República, en la que se le dice que aceptó la fianza prestada por Ordóñez Mutis como Habilitado de la Corporación.

Ya se ha dicho que en nada influye la calidad de empleado oficial o particular que tenga el Habilitado Pagador de cualquiera de las Cámaras para fijar la jurisdicción y competencia del Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales a fin de que este cobre los alcances deducidos a tales empleados, porque el carácter de oficial o particular de aquellos no determina la competencia de éste; antes por el contrario según el artículo 5º. de la Ley 89 de 1.931, sobre manejo de fondos y pagos de dichos Habilitados, a que se hizo mención anteriormente: *Las cuentas de gastos de las Cámaras Legislativas quedan sometidas a la revisiòn de la Contraloría en los tèrminos acordados por esta entidad para toda erogación del Tesoro Nacional,* y esta disposición es la consecuencia lógica y natural de los preceptos de la

Ley 42 de 1.923, contenidos en los artículos 35, 39, 40, 41, 42 y 43, cuyo texto es el siguiente:

"*Artículo 35º*.- Todo empleado o agente del Gobierno Nacional encargado de recibir o custodiar fondos públicos, o de hacer pagos con ellos, preparará y rendirá al Contralor General de la República, durante los primeros cinco días de cada mes, y por conducto del Auditor Seccional donde exista, la cuenta comprobada de su manejo correspondiente al mes anterior, en la forma que ordene dicho Contralor.

"*Artículo 39º*.- Todo empleado o agente del Gobierno de la Repùblica, *cuyas atribuciones permitan o exijan la posesión o custodia de caudales o propiedades públicos será responsable de éstos, y de su custodia, de conformidad con las disposiciones de esta ley.*

"*Artículo 40º*.- *Las personas responsables de fondos del Gobierno deberán responder de todas las pérdidas que resulten del depòsito, uso o empleo ilegales de los mismos y de todas las pérdidas provenientes de negligencia en la custodia de aquellos.*

"*Artículo 41º*.- *Todo empleado o agente responsable de propiedades de la Nación deberá responder por su valor en dinero en caso de pérdida de dichas propiedades proveniente de uso impropio o no autorizado de las mismas, hecho por él o por cualquier persona de cuyos actos sea responsable, y en general deberá responder de todo daño o deterioro ocasionado por descuido en la conservación o uso de dicha propiedad, estuviere o no en aquella fecha bajo su custodia personal.*

"*Artículo 42º*.- *Ningùn empleado o agente del Gobierno serà relevado de responsabilidad por haber obrado en virtud de orden de un funcionario superior, en el pago, empleo o disposición de los fondos o propiedades de que sea responsable*; pero el funcionario que ordene tal pago o empleo ilegal de dichos haberes, será responsable en primer término por la pérdida que sufre la Nación.

"*Artículo 43º*.- *Ningùn empleado o agente del Gobierno encargado del recibo, desembolso o administración de fondos o bienes nacionales, quedarà libre de responsabilidad por la pérdida, merma, hurto o depreciación de tales haberes, mientras el Contralor General no lo haya expresamente exonerado de dicho cargo.* (Subraya la Fiscalía).-

"De todo lo anterior resalta *la inconducencia de la alegación* que hace el apoderado sobre el carácter de empleado oficial o particular de su representado Ordóñez Mutis, a fin de demostrar la INCOMPETENCIA DE JURISDICCION, *y antes resalta la responsabilidad fiscal de*

éste como ex-Habilitado Pagador del Senado de la Repùblica, y por ello no es necesario entrar a considerar y definir la calidad de empleado oficial o particular.

En relación con los argumentos que sobre este mismo tópico hace desde el punto de la sentencia penal, que afirma fue dictada por la justicia ordinaria y de carácter absolutorio en que Ordóñez Mutis fue declarado NO RESPONSABLE, se advierte que el veredicto de los jurados de conciencia no demuestra la calidad de empleado oficial o particular y mucho menos que no es responsable civil y fiscalmente de los dineros faltantes que manejaba como Habilitado Pagador del Senado de la Repùblica.

La sentencia penal sólo causa autoridad de cosa juzgada, en cuanto que por el mismo delito que se le sindicó a Ordóñez Mutis no puede ser juzgado nuevamente pero nunca en que no tiene la obligación civil, fiscal y moral de devolver los dineros que le hicieron falta cuando se le practicó la visita por los empleados de la Contraloría General de la República.

No se puede desconocer que el empleo de Habilitado Pagador del Senado de la República equivale a un cargo de manejo, y por ello, el ejecutado Ordóñez Mutis para desempeñar dicho cargo hubo de constituír fianza, que la Comisión de la Mesa del Senado calificó y aceptó, y en virtud de esa relación es precisamente que el Estado puede ejecutar por jurisdicción coactiva el alcance que le fue deducido al citado Ordóñez Mutis, y no en virtud de que tal empleo sea público, oficial o privado.

Las consideraciones que se dejan expuestas son suficientes para concluír que esta excepción no PUEDE PROSPERAR".

No obstante la sólida argumentación del señor Fiscal que acaba de transcribirse para demostrar la competencia del Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales para conocer de negocios como el presente, el Consejo hace las siguientes observaciones en corroboración de las tesis de su colaborador.

En primer lugar cabe anotar para el caso sub-lite que el Consejo de Estado en fallo de 13 de diciembre de 1.938 sostuvo que "se puede ser civilmente responsable y penalmente irresponsable".

En segundo término la Sala observa que es muy discutible la afirmación del jurado cuando al absolver una de las preguntas que se le formularon contestó, por mayoría, que Ordóñez Mutis no era funcionario o empleado público en su condición de Habilitado del Senado, y esto porque el Jurado es un juez de conciencia y no de derecho y por tanto, calificaciones de esa clase, están fuera de

su órbita y de consiguiente son antitècnicas y no obligan a los falladores en derecho.

Dentro del sistema legal colombiano resulta absurdo que quien como los Habilitados Pagadores, manejan fondos del Erario Público, son nombrados por las Cámaras, se les fijan por éstas sus deberes y asignaciones las que les cubren con dinero del Estado, no tengan el carácter de funcionarios públicos que según el numeral 2º. del Art. 5º. del Código Político y Municipal "son los empleados que no ejercen jurisdicción o autoridad, pero que tienen funciones que no pueden ejecutar sino en su calidad de empleados".

Inquiriendo un poco acerca del origen del Habilitado del Senado se ve en el Reglamento de éste, que al fijar el personal de la Secretaría, se habla de un *Habilitado* en los Actos Reformatorios Nº. 1º. de 1.927, en otro sin número de 28 de julio de 1.928, y en el signado con el mismo número de 1.929. La Ley 51 de 1.923 al fijar las asignaciones de los empleados de las Cámaras Legislativas incluye los Habilitados de éstas; la Ley 62 de 1.925 dispone que el sueldo del Habilitado del Senado será igual al del de la Cámara de Representantes; la 23 de 1.926 vuelve a señalarle un sueldo mayor al Habilitado de la Cámara, diferencia que sostiene la Ley 7a. de 1.927 como lo hace también el Decreto número 202 de 1.932 dictado en uso de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 99 de 1.931; la Ley 15 de 1.945 por la cual se reorganizan las Secretarías de las Cámaras y se fijan las asignaciones de su personal, también contempla a los Habilitados Pagadores disponiendo que los nombrará la Comisión de la Mesa. Finalmente el Art. 4º. de la Ley 19 de 1.946 dispone que los Habilitados de las Cámaras serán elegidos directamente por éstas para períodos de un año.

No obstante esta copiosa y armónica legislaciòn acerca de los Habilitados Pagadores se encuentra la siguiente disposición cuyo alcance no se acierta a comprender que debió influír en la apreciación hecha por el Jurado acerca del caracter que tuviera Ordóñez Mutis como Habilitado, que desautorizara un poco la proclamada sabiduría del Legislador. Es ella el artículo 1º. de la Ley 44 de 1.924 que dice:

> «El servicio de la Habilitación se hará en cada Cámara por medio de un Habilitado de caracter particular, que será nombrado por la Comisiòn de la Mesa y que funcionará bajo su exclusiva responsabilidad. Los Habilitados durarán en sus funciones por el tiempo de las sesiones del Congreso».

Lo primero que cabe observar es que cómo puede tener carácter particular el empleado a quien le asigna funciones y sueldos el máximo organismo legislativo o sea el Congreso, tal como lo disponen los actos dictados por éste y que constituyen su propio reglamento? Pero hay màs: son las propias leyes o sean las atrás

citadas de 1.925, 1.926, 1.927 y 1.945 las que señalan los sueldos de esos Habilitados de las Cámaras de quienes en forma inexplicable dice la disposición que se está comentando que tienen carácter particular como si fuera posible jurídicamente ser designado por una Corporación Pública, o por parte de ésta con atribuciones para el caso, tener funciones públicas entre las cuales naturalmente está la de manejar dineros del Estado y ser pagado con dineros oficiales y no obstante todo esto carecer del carácter de funcionario público como si las Cámaras tuvieran atribución para crear empleos particulares.

Mas lo curioso de esta disposición inverosímil es que está seguida de varios articulos por los cuales el Congreso reglamenta la manera como tales Habilitados han de asegurar su manejo, rendir cuentas etc., lo que quiere decir que estos funcionarios no tienen carácter particular ninguno y sí todas las calidades y funciones que distinguen a los empleados públicos.

Aunque como lo apunta el señor Fiscal 1° del Consejo "en nada influye el que Ordóñez Mutis tuviera el carácter de empleado público o particular para fijar la jurisdicción y la competencia del Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales, porque, se repite, la jurisdicción y la competencia de dicho funcionario se fija por la naturaleza del asunto: (responsabilidad por manejo de dineros públicos) alcance deducido por la Contraloría General la República, mediante fenecimientos legalmente ejecutoriados", la Sala sinembargo se ha detenido a estudiar la calidad que tenga el Habilitado Pagador del Senado porque lejos de aceptar que sea un empleado particular lo considera, por las razones expuestas, como un funcionario público. Véase el ordinal 1o. del Art. 103 de la Constitución Nacional.

Se declarará, pues, sin fundamento esta primera excepciòn.

La segunda excepción llamada "inexistencia de la obligación a favor del Estado y a cargo del ejecutado Antonio Ordóñez Mutis" se fundamenta, en el fondo, en los mismos hechos invocados para sustentar la ya estudiada, o sea que el ejecutado no era empleado público sino empleado particular de la Comisión de la Mesa del Senado; que no otra cosa decidió el veredicto de los jueces de conciencia, en el juicio penal citado atràs.

En contra del señor Ordóñez Mutis existen fenecimientos debidamente ejecutoriados de que dan cuenta los autos proferidos por la Contraloría General de la República, en virtud de los cuales se elevaron los alcances dichos basándose para ello en lo ordenado por la Ley 42 de 1.923, especialmente en los artículos 39, 40, 41, 42 y 43 que establecen la responsabilidad de quienes manejan fondos públicos y disponen de ellos y la obligación ante la cual están de responder de los dineros u otra clase de bienes confiados a su guarda.

Los fenecimientos dichos se hallan ejecutoriados y fueron dic-

tados por autoridad competente, y por tanto tienen fuerza legal compulsiva dentro de esta clase de juicios y de consiguiente no puede accederse a declarar probada esta excepción. Téngase presente que la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho:

> «El fenecimiento ejecutoriado, contiene suficiente entidad para servir de título ejecutivo. El fallo se asimila a una sentencia que finaliza el juicio de cuentas y presta mérito ejecutivo aun cuando contra él pueda intentarse el recurso de revisión.»

"Ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte ejecutante". Así califica el apoderado del demandado esta tercera excepción y para fundamentarla dice:

> «La fundo en los mismos hechos esenciales, enumerados como base de las excepciones anteriores, y manifiesto que tienen los mismos fudamentos en derecho, pues si el ejecutado no fue, como Habilitado del Senado, responsable ante el Erario Público, el Estado carece de personería sustantiva para exigirle y cobrarle los fondos, que eran de propiedad de los Senadores, que por delegación de la Comisión de la Mesa de dicha Corporación, les manejó y administró. Esto es, la Nación carece de interés jurídico para el ejercicio de la acción coactiva que por intermedio del Juzgado se adelanta contra Ordóñez Mutis.

Ya se vió atrás que el art. 3o. del Decreto No 1315 de 1.936, dispone:

> "Los jueces de rentas y ejecuciones fiscales tendrán jurisdicción en todo el territorio de la República, para exigir por jurisdicción coactiva el pago de los crèditos a favor del Fisco Nacional, provenientes de los empleados de manejo, rentas e impuestos nacionales, contratos celebrados por la Nación con otras entidades pùblicas, o particulares, fianzas o cauciones análogas, sanciones pecuniarias judiciales o administrativas, y en general, para la efectividad de toda deuda a favor del Estado, y cuyo importe debe ingresar a las arcas nacionales.»

Como es fácil comprenderlo, esta disposición fija la competencia de los jueces allí indicados en razón de hacer efectivas las deudas en favor del Estado de quienes por cualquier motivo manejan fondos nacionales y tengan o no el carácter de empleados públicos. De suerte que la competencia de los jueces de ejecuciones fiscales no hace de la calidad de empleado público que tenga quien maneja fondos nacionales y en un momento dado aparece como deudor de un alcance declarado por autoridad competente sino del hecho de manejar dineros de la Nación sea funcionario público o nó. Por tanto, en el caso que se estudia la competencia del Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales no desaparece por el hecho de que el Sr.

Ordóñez Mutis no tuviera el carácter de empleado público cuando ocurrió el alcance que él mismo reconoce, en los dineros del erario nacional que se le confiaron en la condición de Habilitado Pagador del Senado de la República para pagar los sueldos y viáticos de su personal, manejo para el cual prestó fianza. De no ser así, puede preguntarse, quedarían desamparados los intereses del fisco no obstante ser un hecho manifesto que el ejecutado recibío del Tesoro Nacional los dineros precisos para el pago de los referidos sueldos y viáticos y que dispuso, en su provecho, según propia confesión, de las cantidades por las cuales la Contraloría General de la República le elevó los alcances de que da cuenta esta providencia.

Además, debe tenerse presente que el artículo 1058 del C. J. dispone: "Los funcionarios públicos que tengan jurisdicción coactiva, de acuerdo con la ley, proceden ejecutivamente en el cobro de las deudas fiscales en conformidad con lo que se dispone en los capítulos anteriores y en el presente".

Ahora bien, si los alcances elevados al señor Ordóñez Mutis son una deuda fiscal, por cuanto esos dineros faltantes hacen parte del erario público y si el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales está investido de atribuciones para cobrar acreencias de esa clase en virtud de lo dispuesto por el Decreto Nro. 1315 de 1.936, con fundamento en qué razón valedera puede negársele a tal funcionario la jurisdicción que tiene para adelantar acciones como la presente?

* * *

Finalmente, como excepción subsidiaria se propone la de "inexigibilidad, por la vía ejecutiva, de la obligación que aquí se cobra".

Dice el señor apoderado de Ordóñez Mutis: "Esta excepción se funda en la sentencia del Juzgado Segundo Superior de Bogotá, pronunciada el 21 de marzo de 1.945, confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá el primero de marzo de 1.946, que acogió el veredicto del jurado y declaró que el ejecutado Antonio Ordóñez Mutis había reintegrado, en parte, la cantidad de la cual habia dispuesto indebidamente". Y deduce de alli la conclusión de que "para la determinación de la cantidad líquida, reintegrada por Ordóñez Mutis, y para la determinación de la cantidad líquida que el mismo Ordóñez Mutis pudiera salir a deber, resulta antecedente indispensable el adelantamiento de un juicio especial de cuentas, que persiga esa liquidación de saldos".

Es cierto que el jurado en su veredicto reconoce que Ordóñez Mutis reintegró en parte la cantidad empleada indebidamente; pero es obvio que tal suma tuvo que tenerse en cuenta al declarar los alcances por los cuales se está librando la presente ejecución, y por lo mismo, el juicio especial de cuentas a que se refiere el excepcionante sería redundante e innecesario, ya que no tendría objeto distinto al de deducir contra éste los alcances de que da cuenta esta providencia.

Lejos de ser inexigible por la vía ejecutiva (jurisdicción coactiva) la obligación de que se trata, como se sostiene en esta cuarta excepción, puede y debe ella cobrarse por la vía escogida por quien como el señor Juez de Ejecuciones Fiscales tiene jurisdicción para ello, porque el art. 1059 del C . J . en sus dos primeros incisos establece: "Además de los actos y documentos mencionados en el artículo 982 en estos juicios (los por jurisdicción coactiva) prestan también mérito ejecutivo :

1o. Los alcances líquidos y definitivos deducidos contra los responsables del Erario por el Departamento de la Contraloría, los demás Tribunales de Cuentas nacionales, departamentales o municipales". De otra parte es muy clara la jurisdicción que el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales tiene para conocer de procesos como este pues el artículo 3o. del Decreto No. 1315 de 1.936, que se dejó transcrito atrás, le otorga atribuciones para ello en forma que no es posible discutir por lo que se manifiesta.

Realmente no alcanza la Sala a explicarse bien los móviles para proponer las excepciones que se están analizando, pues en varias piezas del proceso constan estos dos hechos fundamentales: que el ejecutado reconoce haber dispuesto para usos particulares de dineros que se le confiaron, en calidad de Habilitado Pagador del Senado de la República, para el pago de los sueldos y viáticos de éste; y su deseo de que el Tesoro Público recupere lo que le pertenece; pero contradice este último loable sentimiento la actitud asumida al proponer las excepciones de que se trata, pues no parecen hermanarse las dos posiciones contradictorias de anhelar, por una parte, pagarle al Tesoro Público lo que en verdad se le debe, y alegar a la vez que no está obligado a ello y que no se le puede condenar a tal devolución porque cuando dispuso de los dineros que no eran suyos carecía de las calidades de empleado público como si ello justificara legal y moralmente a no devolver a su fuente -el Erario Nacional- los dineros que de él se recibieron y y a los cuales se les dió destinación particular, en provecho propio, distinta a aquella finalidad para la cual se recibieron y cuyo buen uso se garantizó con fianza.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, de acuerdo en un todo con el concepto del señor Fiscal 1o., y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones propuestas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Manuel A. Dangond Daza, Jasé Urbano Múnera, Guillermo Acosta Acosta.- Alfonso Gómez Hernández, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA DE LA PARTE EJECUTADA. EL JUZGADOR DEBE OBSERVAR "LA PLENITUD DE LAS FORMAS PROPIAS DE CADA JUICIO". PENDIENTE EL RECURSO DE APELACION CONTRA EL AUTO APROBATORIO DEL REMATE NO PUEDE EL JUEZ OBRAR EN EL SENTIDO DE ORDENAR LA INSCRIPCION DEL REMATE EN EL REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS Y PRIVADOS. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO PARA CONOCER DE ESTA CLASE DE ASUNTOS. NULIDADES.

(Consejero Ponente: Dr. Guillermo Acosta Acosta)

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales—Bogotá, mayo once de mil novecientos cincuenta y cinco.

Este negocio fue enviado a esta Superioridad en apelación de lo resuelto por el señor Inspector General de Rentas e Impuestos Nacionales de Cartago en la diligencia practicada en los días 18, 19 y 20 de noviembre de 1.954 (folios 221 a 224; 232 a 235; 251; 254 a 260) y en la cual se dispuso:

> «Por lo expuesto, la Inspectoría General de Rentas, RESUELVE: El opositor señor Ricardo Castro no ha probado que tenga justo título a ejercer el derecho de retención; por tal motivo, no se accede a reponer lo resuelto en la diligencia de ayer con relación a la orden de entrega del lote número tres delimitado en el acta correspondiente. Se concede, sí, la apelación interpuesta por el apoderado doctor Estrada contra la resolución de entrega, y mientras se surte el recurso, se suspende el cumplimiento de esa entrega. Igualmente se concede el recurso de apelación interpuesto por los apoderados doctores Dagoberto Gutiérrez, Enrique Martínez Muñoz, Erasmo García, Fernando Hedmont H., Ricardo Orozco Cardona y Jaime Gutiérrez Cardona, contra lo resuelto en la diligencia de ayer, en lo desfavorable a sus deseos. Todas estas apelaciones se conceden en el efecto suspensivo y para ante el Consejo de Estado. Para surtirlas, remítase original el expediente. No habiendo más puntos que resolver, se suspende esta diligencia y para constancia se firma la presente acta por los que en ella han intervenido» (Fl. 260 v.).

El doctor Hernán Salamanca, como apoderado judicial de los señores Vicente Emilio Trujillo y Ricardo Castro, en memorial legible a los folios 270 a 287 hace las siguientes peticiones:

«Dentro de los planteamientos de este escrito, no obstante todas sus deficiencias, estoy seguro de que el H. Consejo de Estado, sabio y justo y experto en el manejo de las leyes, hallará las bases fundamentales para una ordenación jurídica y una adecuada restauración de la legalidad en este interesante proceso. A insinuar los medios procesales de alcanzarla destino las peticiones que en la forma más respetuosa y encarecida formulo a continuación, en el orden preferencial en que las propongo:

PRIMERA. Que el Consejo, de plano, por incompetencia de jurisdicción, declare nulos sus propios autos de fechas 23 de septiembre y 4 de noviembre de 1.953 y 21 de julio de 1.954, referentes a la nulidad del juicio ejecutivo con jurisdicción coactiva, y en su lugar confirme el auto de fecha 15 de abril de 1.953, en que la Inspeccion General de Rentas de Cartago, aprobó el remate de bienes, cuya apelación en el efecto devolutivo no ha sido decidida por el Consejo.

SEGUNDA. En subsidio, que se declare que la nulidad decretada en el auto de 4 de noviembre de 1.953 no comprende la nulidad del remate verificado en el ejecutivo el 10 de abril de 1.953, con todas las formalidades de la ley, por haber los rematadores cumplido con las obligaciones de su cargo.

Como consecuencia de cualquiera de estas declaraciones, que se ordene al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Cartago que cancele la anulación que hizo de la inscripción de la diligencia de remate para que quede vigente la hecha de esta diligencia con fecha 4 de mayo de 1.953.

TERCERA. Como último subsidio:

a). Que se confirme lo resuelto por la Inspectoría de Rentas Nacionales, en su diligencia de entrega de fecha 20 de noviembre de 1.954, en cuanto se reconoce al rematador Vicente Emilio Trujillo el derecho a que se le paguen las mejoras que ha plantado en los lotes que remató de la hacienda Piedra de Moler con derecho a retener el inmueble mientras se verifica el pago o se asegura convenientemente, y que se revoque en cuanto negó al rematador Ricardo Castro el derecho a oponerse a la entrega del lote No. 3 de la misma hacienda y en su lugar se le reconozcan los mismos derechos al pago de mejoras y a la retención del fundo que se le reconocieron a Trujillo; y

b). Que se declare que en relación con el valor y pago de las mejoras reclamadas por los rematadores, tanto el H. Consejo de Estado como la Inspectoría General de Rentas Nacionales como funcionario ejecutor, carecen de competencia y debe enviarse, por tanto, el negocio, a la jurisdicción ordinaria». (Fl. 286 v.)

Por su parte, el doctor Gonzalo Gaitán, en su carácter de apoderado sustituto del doctor Enrique Martínez Muñoz, formula las siguientes peticiones en el alegato que obra a los folios 288 a 291:

«Por lo expuesto muy respetuosamente solicito que se revoque lo dispuesto por el señor Inspector Nacional de Rentas en la diligencia que ha sido materia de la apelación y en su lugar se haga entrega real y material de la hacienda de "Piedra de Moler" a la sucesión del señor Guillermo Rivera Abadía, sin lugar a aceptar nuevas oposiciones.

Los derechos de los señores Trujillo y Castro, que crean tener, podrán controvertirlos ante la justicia ordinaria, para que a su turno mis clientes hagan valer en reconvención los suyos».

El señor Fiscal Primero de la Corporación, como siempre que se trata de apelación de un auto interlocutorio, opina que el recurso debe ser desatado sin necesidad de dar traslado al Agente del Ministerio Público.

Agotada como está la tramitación propia de la instancia, procede resolver lo pertinente para lo cual se considera:

—I—

INICIACION, DESARROLLO Y EXTINCION DE LA ACCION EJECUTIVA INICIADA CONTRA LOS HEREDEROS DE LA SUCESION DE GUILLERMO RIVERA ABADIA:

La Inspectoría General de Rentas Nacionales, por medio de la providencia fechada en Cartago el 2 de marzo de 1.953, dispuso:

«Iniciar y adelantar la acción ejecutiva hasta obtener el pago de las sumas a cargo de los herederos del causante señor Guillermo Rivera Abadía y a favor de la Nación y que constan en la liquidación No. 8 de 12 de febrero del corriente año (1.953).....(Fl. 3).

En la misma fecha, libró "orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la Nación y contra los herederos de la sucesión del señor Guillermo Rivera Abadía, señores Arturo, Leonardo, Adelaida, Paulina, Aristo, María, Belar-

mina, Dagoberto, Lisímaco, Lucindo, Cecilia, Mélida, Aura, Nidia Rivera Bueno y Francisco Rómulo, Edilma, Rubén y Pompeyo Rivera Abadía, por la cantidad de CIENTO VEINTE MIL, DOSCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS CON OCHENTA Y SEIS CENTAVOS ($120.272.86) que adeudan de plazo cumplido, valor de los impuestos que les fueron liquidados en la citada sucesión, màs los intereses por cada mes o fracción de mes al uno y dos por ciento mensual, desde que se hicieron exigibles, según disposiciones legales, hasta el día en que se verifique èl pago y por las costas del juicio si a ello hubiere lugar» (Fls. 3 y 4).

El único documento acompañado al mandamiento ejecutivo fue la copia debidamente autenticada de la liquidación número 8, verificada en Cartago el día 12 de febrero de 1.953, por la Recaudación Principal de Hacienda, de los impuestos sobre la masa global hereditaria y asignaciones, en el juicio de sucesión intestada de Guillermo Rivera Abadía (Fls. 1 y 2).

El mismo 2 de marzo de 1.953, la Inspectoría General de Rentas Nacionales, notificò el mandamiento ejecutivo al Dr. DAGOBERTO GUTIERREZ S. "en su condición de apoderado especial de los señores Arturo y Leonardo Rivera Bueno, con base en el poder que obra al folio 5, presentado y decretado en la misma fecha, quien denunció para el pago la hacienda conocida con el nombre de "Piedra de Moler" (Fl. 6).

Igual diligencia se surtió por la Inspectoría General de Rentas Nacionales, el día 3 de marzo de 1.953, con "el doctor FERNANDO HEDMONT H., en su condición de apoderado especial de los señores Rubén, Edilma y Francisco Rivera Abadía, Mèlida, María, Cecilia, Adelaida (Lala), Lucindo y Nidia Rivera", quien denunció para el pago los lotes Primero y Segundo de la hacienda denominada "Piedra de Moler" ubicada en la jurisdicción del municipio de Cartago (Fl. 8).

Por providencia de fecha 3 de marzo de 1.953, se decretó el embargo de los bienes denunciados para el pago, se ordenó tener como perito avaluador y secuestre al señor Francisco Buenaventura Castillo y como perito de la Inspectoría de Rentas al señor Fulgencio J. Jiménez y se dispuso enviar la comunicación del caso al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados (Fls. 8 v., 9 y 9 v.).

El 6 de marzo de 1.953 le fue notificado el mandamiento ejecutivo al doctor FERNANDO HEDMONT HORMAZA, "en su condición de apoderado especial de los señores Pompeyo Rivera A., Lisímaco, Belarmina, Aura, Paulina y Aristo Rivera Bueno y Dagoberto Rivera Bueno" quien manifestó que denunciaba para el pago de la obligación que se cobra "los mismos bienes relacionados en la diligencia de tres de los corrientes, en la que se me notificó

este mismo mandamiento ejecutivo en representación de otros herederos". (Fls. 12 y 12 v.)

La diligencia de avalúo y secuestro de los bienes embargados se llevó a efecto en los términos que relaciona el acta de fecha 9 de marzo de 1.953, legible a los folios 13 a 16.

El 10 de los mismos mes y año, rindieron su dictamen los peritos avaluadores (Fls. 20 y 21), que fue puesto en conocimiento de las partes en providencia de fecha 11 de marzo del mismo año (Fl. 22), y aprobado por providencia del día 14 (Fl. 30).

En proveído del 16 de marzo de 1.953, la Inspectoría General de Rentas Nacionales dispuso: "Toda vez que se han practicado en el presente juicio las diligencias de embargo, secuestro y avalúo y no se han presentado excepciones, se cita a los ejecutados para sentencia de pregón y remate". (Fl. 31 y vuelto)

En los términos prescritos por el artículo 1029 del Código Judicial, la Inspectoría General de Rentas Nacionales profirió sentencia de pregòn y remate con fecha 18 de marzo de 1.953, según aparece al folio 42 y vuelto.

Conforme al acta de la diligencia de remate (Fls. 88 a 90 vuelto) cumplida el día 10 de abril de 1.953 se llevaron a cabo las siguientes adjudicaciones de los bienes rematados y allí determinados por su situación y linderos:

«El señor Inspector General de Rentas Nacionales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, adjudicó al señor VICENTE E. TRUJILLO, mayor de edad y vecino de Cartago, con cédula de ciudadanía No. 143147 expedida en Aguadas (CD), los lotes números 1 y 2 que hacen parte de la Hacienda de "Piedra de Moler", objeto de este remate, de propiedad de la sucesión del causante señor Gillermo Rivera Abadía, representada por sus herederos señores Arturo, Leonardo, Adelaida, Paulina, Aristo, María, Belarmina, Dagoberto, Lisímaco, Lucindo, Cecilia, Mélida, Aura, y Nidya Rivera Bueno y Francisco Rómulo, Edilma, Rubén y Pompeyo Rivera Abadía, adquirida por el citado causante, a saber .....". (Fl. 89)

"El señor Inspector General de Rentas Nacionales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, adjudicò al señor RICARDO CASTRO RODRIGUEZ, mayor y vecino de Pereira, con cédula de ciudadanía número 268436 del lugar de su vecindad, la siguiente finca objeto de este remate, que hace parte de la Hacienda de "Piedra de Moler" y distinguida con el número 3, de propiedad de la sucesión del causante señor Guillermo Rivera Abadía, representada por sus herederos señores Arturo, Leonardo, Adelaida, Paulina, Aristo, Ma-

ría, Belarmina, Dagoberto, Lisímaco, Lucindo, Cecilia, Mélida, Aura y Nidya Rivera Bueno y Francisco Rómulo, Rubén y Pompeyo Rivera Abadía, adquirida por el causante a saber..... ....«. (Fls. 90 v., 91)

En providencia de fecha quince de abril de mil novecientos cincuenta y tres, la Inspectoría General de Rentas Nacionales dispuso:

«1º Aprùebase el remate verificado el día 10 de los corrientes mes y año.

2º. Inscríbase en la Oficina de Registro correspondiente.

3º. Cancélese el embargo, comunicando esta cancelación al señor Registrador de I. I. P. P. y Privados.

4º. Entréguese por el señor secuestre lo rematado a cada uno de los rematadores y para que tal entrega pueda verificarse con las garantías del caso, solicítese el auxilio de la fuerza armada.

5º. Dentro del término de tres días los ejecutados entreguen a los rematadores los titulos de propiedad de la cosa rematada.

6º. Expídanse copias de las diligencias de remate con insertación de la adjudicación y del presente auto a las partes que lo soliciten». (Fls. 106 v. 104)

Al folio 124 aparece el siguiente auto:

INSPECTORIA GENERAL DE RENTAS

«Cartago, abril diez y ocho de mil novecientos cincuenta y tres.

En el efecto devolutivo, se concede la apelación interpuesta contra el auto de fecha 15 de los corrientes dictado en el juicio ejecutivo de la Nación contra los herederos del señor Guillerno Rivera Abadía. Dentro de cinco días de notificada esta providencia, sáquese copia de lo conducente, a costa del apelante y envíese original el expediente al superior».

Por medio del oficio remisorio número 56 de fecha 4 de mayo de 1.953, legible al folio 125, fue remitido a la Sala de Negocios Generales del Consejo del Estado por el Inspector General de Rentas Nacionales desde Cartago "En un cuaderno de 124 fojas útiles, en recurso de apelación contra el auto de fecha 15 de abril último (1.953)..... el Juicio Ejecutivo que por pesos se adelanta en nombre de la Nación contra los herederos del señor Guillermo Rivera Abadía".

El 15 de mayo de 1.953, fue repartido el negocio al Consejero que conoce de este asunto en la actualidad (Fl. 126) y fue tramitado en la forma correspondiente según aparece en los folios 126 a 143. En providencia del 23 de septiembre de 1.953 se ordenó por la Sala de Negocios Generales poner en conocimiento de las partes la causal de nulidad a que se refiere la parte motiva de dicha providencia (Fl. 143), y, como consecuencia dictó el siguiente proveído:

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE NEGOCIOS GENERALES
CONSEJERO PONENTE DR. G. ACOSTA ACOSTA

«Bogotá, cuatro de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres.

Esta Corporación, por medio de la providencia de fecha veintitres de septiembre del año en curso, dispuso poner en conocimiento de las partes la causal de nulidad contemplada por el inciso 2o. del artículo 448 del Código Judicial, consistente en la ilegitimidad de la personería de la parte ejecutada, por no existir la prueba de que quienes figuran como herederos de Guillermo Rivera Abadía y representantes de la sucesión de éste, lo son en realidad, lo que fue cumplido mediante la respectiva notificación, sin que hubiese sido allanada.

Procede, en consecuencia, declarar nulo lo actuado en este juicio ejecutivo que la Nación adelanta contra los herederos de Guillermo Rivera Abadía, desde el mandamiento ejecutivo de fecha dos de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, inclusive, en adelante.

Respecto a las peticiones que contiene el escrito anterior, formuladas por el apoderado doctor Enrique Martínez Muñoz, la Corporación observa:

La nulidad que afecta el juicio ejecutivo incluye la del auto aprobatorio del remate y el remate mismo. Así lo tiene establecido la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, cuando dice:

"..... ....En consecuencia, hoy la declaración de nulidad de un juicio ejecutivo acarreará la nulidad del remate verificado en él, salvo que la nulidad provenga de la falta de las formalidades prescritas para hacer el remate, pues, en este caso, si el remate ha sido ya aprobado, la nulidad sólo puede alegarse en juicio distinto, con audiencia del rematante". (Gaceta Judicial, No. 1975 pág. 893)

De lo cual se deduce que, afectando, como afecta, la nulidad de que se trata el remate verificado, la petición

para que se ordene la cancelación del registro del remate es improcedente, tanto más cuanto que no puede verificarse el registro mientras no se halle en firme la aprobación del remate, ni existe constancia en el expediente de que tal inscripción se haya verificado.

La sola consideración anterior sirve de fundamento para negar las peticiones de los puntos b) y c) del escrito en referencia, pues no estando aprobado el remate mal podía verificarse la entrega del inmueble subastado y si se verificó, no aparece la constancia de tal hecho.

En cuanto a que se condene al rematante "a la pérdida del 20% del valor del remate", esta petición es igualmente improcedente, porque la subasta no ha sido declarada desierta, único caso en que sería viable tal solicitud (C. J. art. 1045).

Por lo que hace a la petición última del escrito en referencia, o sea la del punto e), basta tener en cuenta lo que al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

"En cuanto a la responsabilidad por costas en el caso ocurrente, ella debería corresponder por mitad al Juez y al ejecutante; pero dada la circunstancia de concurrir en una misma persona estas dos circunstancias, no es fácil deslindar si la inadvertencia estaba en el funcionario en su primera calidad, o en la segunda. Cuando el Juez y la parte son personas realmente distintas no se presenta la dificultad apuntada; pero cuando, como en el evento que se contempla, el funcionario es Juez y ejecutante a la vez, es más justo no hacer tal condenación, si hay duda sobre el deslinde de dicha responsabilidad. Como a la Nación no se le puede condenar en costas, y como ella es la ejecutante por medio del Juez de Ejecuciones Fiscales, la Sala opta por no hacer especial condenación sobre costas" (Gaceta Judicial No. 1916, pág. 278).

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

RESUELVE:

Declarar nulo todo lo actuado en este juicio, desde el mandamiento ejecutivo de fecha dos de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, inclusive, en adelante.

Declarar improcedentes las peticiones formuladas por el Dr. Enrique Martínez Muñoz, de que se hizo mérito en la parte motiva de esta providencia.

No se hace especial condenación en costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase». (Fls. 146 v. a 147 v.).

Devuelto el expediente a la oficina de procedencia, la Inspectoría General de Rentas dió cumplimiento al artículo 507 del Código Judicial en obedecimiento a lo resuelto por esta Superioridad y comisionó al Recaudador de Hacienda Nacional del lugar "para practicar todas las diligencias conducentes a su cumplimiento". Entidad que profirió el auto de fecha 23 de febrero de 1.954 (Fl. 151) que fue confirmado por esta Sala por auto de fecha 21 de julio de 1.954 (Folios 181 a 185), cuya reposición fue negada en providencia del 26 de agosto de 1.954 (Fls. 190 a 194) y también la aclaración solicitada de dichas providencias (Fls. 197 a 200 v.).

Es asi como vino a quedar y quedó sin valor ni efecto legal alguno toda la traba ejecutiva, desde el mandamiento ejecutivo de fecha dos de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, inclusive, en adelante, sin excepción alguna y que comprende, por tanto, el acta del remate y el auto aprobatorio del mismo, proferido con fecha 15 de abril de 1.953 por la Inspectoría General de Rentas, que -como dijo ya esta Sala- "no llegó a adquirir firmeza procesal por hallarse apelado ante el Consejo cuando se produjo la declaración de nulidad, es obvio que toda esa actuación, incluso estas dos piezas o actos, el remate y auto aprobatorio quedaron borrados, por asi decirlo, de la vida jurídica en este juicio, sin valor ni efecto legal alguno". (Fl. 191)

-I I-

ANALISIS Y SINTESIS DE LAS RAZONES ADUCIDAS POR EL DOCTOR HERNAN SALAMANCA, COMO APODERADO JUDICIAL DE LOS EX-REMATADORES VICENTE EMILIO TRUJILLO Y RICARDO CASTRO, EN RELACION CON LAS PETICIONES PRIMERA Y SEGUNDA DEL MEMORIAL EN QUE SUSTENTA LA APELACION:

Ciertamente -como lo dice el doctor Hernán Salamanca en su memorial que obra a los folios 270 a 287- "las circunstancias especiales del caso no permiten enfocar exclusivamente el problema, asi se quiera estudiarlo y considerarlo en su verdadera magnitud, sobre los puntos concretos de la Resolución recurrida, dictada en la diligencia de entrega", y, de ahi por qué la Sala estima conveniente hacer un estudio previo de los principales aspectos que fundamentan las peticiones del Dr. Salamanca, los cuales irá sintetizando para mayor entendimiento y claridad de esta decisión, pero sin ocuparse, claro está, de cuestiones ya decididas que son ley del proceso.

a) Señala el doctor Salamanca, como "raiz y fuente causal de de toda esta situación irregular (asi la denomina) que nos tiene frente al absurdo de que un empleado administrativo de la rama ejecutiva, de modesta categoria, esté resolviendo con autoridad de Juez,

trascendentales y complejas cuestiones de derecho privado sobre legitimidad de títulos de dominio de bienes inmuebles y validez de contratos civiles", *la nulidad de la actuación decretada por esta Sala en providencia de fecha 4 de noviembre de 1.953*, agrega que "todo lo demás no ha sido sino el desarrollo consecuencial de esa decisión", y, a renglon seguido, enfila la mayor parte de su argumentación a demostrar que en concepto suyo "el Consejo de Estado no tiene legalmente jurisdicción fiscal o coactiva" porque "no se trata en efecto de ninguna función administrativa, consultiva ni jurisdiccional de las que el Código de lo Contencioso-Administrativo define como correspondiente a ese supremo Tribunal", para llegar a la siguiente conclusión:

> «En presencia de las graves fallas que afectan los fundamentos de la nulidad decretada por el H. Consejo en el juicio con jurisdicción coactiva, se ve con escueta certeza jurídica, una actuación improcedentemente oficiosa, contra los intereses fiscales del Estado, imposible de entender y justificar dentro de la cooperación y armonía jurisdiccional que corresponde a un Tribunal administrativo, y que por otra parte, ella sí, desconoce el derecho de defensa, porque se ha declarado nulo el remate, ya registrado y poseida materialmente la finca, sin audiencia del rematador, quien siendo extraño al juicio resulta incuestionablemente afectado en sus intereses».

Considera la Sala:

La "raiz y fuente causal de toda esta situación", que el doctor Salamanca califica de "irregular" precisa buscarla, justamente, en "la realidad literal y jurídica del proceso" para destacar así, concretamente, el hecho o acto jurídico-procesal de donde se originó la causal de nulidad que determinó el auto de fecha 4 de noviembre de 1.953, por medio del cual se declaró nulo todo lo actuado en el ejecutivo instaurado por la Nación, el 2 de marzo de 1.953, por los trámites de la jurisdicción coactiva, contra "LOS HEREDEROS DE LA SUCESION DEL SEÑOR GUILLERMO RIVERA ABADIA, SEÑORES, ARTURO, LEONARDO, ADELAIDA, PAULINA, ARISTO, MARIA, BELARMINA, DAGOBERTO, LISIMACO, LUCINDO, CECILIA, MELIDA, AURA, NIDYA, RIVERA BUENO Y FRANCISCO ROMULO, EDILMA, RUBEN Y POMPEYO RIVERA ABADIA".

Dicho elemento procesal, fuente y causa de la nulidad aludida, quedó categoricamente dilucidado por esta Sala desde su providencia de 23 de septiembre de 1.953 (Fl. 143), en los siguientes términos:

> «En los autos no aparece la comprobación de que las personas arriba relacionadas son herederas del causante Guillermo Rivera Abadía. No hay en ellos el reconocimiento que de su calidad de herederos de Rivera Abadía se ha

hecho en las personas de aquellos, ni está acreditado el parentesco de ellos con el causante, ni menos la defunción de éste.

«En el juicio ejecutivo, por su índole propia, en el cual se ejecuta una obligación, la que por lo mismo debe ser clara para que el Juez la decrete con el sólo examen de los documentos, la prueba acerca de la personería de quienes representan la sucesión demandada debe producirse antes de librarse la ejecución. Y no existiendo la prueba en referencia, como no existe en el caso de autos, como acertadamente lo sostiene el apoderado Dr. Enrique Martínez Muñoz en su escrito al folio 142, se está en presencia de la causal de nulidad contemplada por el inciso 2o. del artículo 448 del Código Judicial, por ilegitimidad de la personería de la ejecutada, ya que quienes figuran como herederos de Guillermo Rivera Abadía y representantes de la sucesión de éste, no lo son hasta ahora, en rigor legal, pues no existe la prueba de tal hecho».

Queda, pues, suficientemente demostrado que el elemento procesal constitutivo de la nulidad de la actuación, que fue decretada en providencia de fecha 4 de noviembre de 1.953, no se produjo -como lo afirma el doctor Salamanca- en virtud de "una actuación improcedentemente oficiosa, contra los intereses del Estado"

Cuando el Estado comparece ante la justicia, en calidad de parte interesada, y la justicia es ejercida a la vez por la misma Administración Pública y los órganos de lo Contencioso Administrativo, como acontece con "la justicia especial que pudiera llamarse con propiedad justicia fiscal, que es la que se ejerce con jurisdiccion coactiva y que está concretamente destinada a hacer efectivas contra los ciudadanos las deudas fiscales en favor del Estado", *esta dualidad de funciones, esto es, de Juez y parte,* no implica en manera alguna la quiebra de los principios fundamentales del derecho procesal civil que tienen sus raíces y razón de ser en la norma constitucional según la cual el juzgador debe observar "la plenitud de las formas propias de cada juicio". De ahí por que para esta Sala carece de todo fundamento jurídico el argumento de que su actuación es "imposible de entender y justificar dentro de la cooperación y armonía jurisdiccional que corresponde a un Tribunal administrativo".

Los funcionarios del Poder Público, investidos de las facultades que conlleva el ejercicio de la jurisdiccion coactiva, instauran o se plantean asi mismos la cuestión, problema o caso jurídico que han de resolver, decidir o ejecutar y, a la vez, tienen la misión de tutelar y garantizar la aplicación y observancia, fiel y exacta, de las normas jurídico-procesales que informan y regulan la iniciación y desarollo del juicio o proceso encaminado hacia la resolución o decisión judicial definitiva que corresponda.

En estas condiciones, cobra mayor importancia el *fenómeno jurìdico-procesal de la nulidad* -impropiamente llamada adjetiva-, que constituye en toda clase de negocios jurisdiccionales, tanto para las partes como para el juzgador, el mejor medio o instrumento para mantener el curso o trámite del proceso dentro de los cauces legales pertinentes y que obliga, en los juicios por jurisdicción coactiva, a subordinar los intereses económicos y fiscales de la Administracción Pública al interes jurídico, de orden público, que asiste al Estado para que la justicia sea administrada con sujeción a las normas propias de cada juicio.

b) Insiste luego, el doctor Salamanca, en demostrar que la nulidad decretada por el Consejo (autos de 23 de septiembre y 4 de noviembre de 1.953) "carece completamente de fundamento en el proceso y en la ley" y deduce la consecuencia de que "ni aun en el supuesto de que realmente existiera la irregularidad en punto a representación en el juicio, habría podido declararse de manera oficiosa como se hizo, porque para proceder de esta suerte no hay la menor duda de que carece de jurisdicción el Consejo".

Considera la Sala:

De acuerdo con el espíritu del articulo 142 del Còdigo de Organización Judicial y con la doctrina de los expositores sobre la materia, tales como Manresa y Navarro, entiende esta Sala que la *jurisdicción* "es la facultad de que se hallan revestidos los Jueces para administrar justicia" de acuerdo con la Constitución y la ley. En tanto que la *competencia*, según el artículo 143 *ibidem* "es la facultad que tiene el Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República". Ahora bien, los artículos 3o., 4o. y 5o. de la ley 67 de 1.943, y el Decreto Ejecutivo No. 4120 de 1.949 que adscribió a la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado el conocimiento de esta clase de asuntos, son màs que suficientes para establecer que esta Sala sí tiene competencia para ejercer la jurisdicción fiscal o coactiva en los términos y negocios prescritos por las leyes de la República.

c) Sostiene el doctor Salamanca que el remate "a la fecha de la anulación ya se había perfeccionado con su auto aprobatorio y su inscripción en la oficina de Registro de I. P. y P., y adquirido así, por disposición de la ley (artículos 741 C.C. y 1052 C. J.) la calidad de respetabilidad de un título de dominio equiparado por la ley a una escritura pública, producido por los trámites de un juicio por jurisdicción coactiva y protegido por la fe pública del Estado", y, en pasaje anterior sienta la tesis de que la modalidad del recurso de apelación, concedido en el efecto devolutivo, "que simplemente le dá al superior una delegación jurisdiccional que no interrumpe la secuela regular del juicio ejecutivo, produjo el resultado, procesalmente normal de que la ejecución terminara legalmente antes de que esta Sala resolviera abstenerse de decidir sobre la materia del recurso y anular, en cambio, el juicio ejecuti-

vo". Hace en seguida la afirmación categórica de que: "La ejecución con jurisdicción coactiva terminó desde el 16 de junio, día en que se hizo el pago al acreedor según constancia de los autos, como lo enseña y manda el artículo 981 del C. J., y la nulidad fue decretada cerca de cinco meses después, el 4 de noviembre, cuando el Consejo de Estado había perdido la jurisdicción al tenor de lo dispuesto en el numeral 3o. del artículo 146 del Código Judicial disposición de orden público como todo lo relacionado con la jurisdicción, que establece los casos en que se pierde la jurisdicción en uno o más asuntos determinados. Es un caso incuestionable -dice- de usurpación de jurisdicción a la luz del artículo 148 del C. J., fuera de que es inadmisible en derecho procesal esto de declarar una nulidad por irregularidades de procedimiento después del juicio pero dentro del juicio mismo. Ya se recordó la regla legal de que las nulidades se pronuncian por el Juez que conoce del juicio mismo, y la de este curioso caso resulta que no se pronunció por el Juez del juicio porque ya no había juicio", y adelante sienta la siguiente conclusión:

> «Esta circunstancia de haberse consolidado la legalidad de la aprobación de remate (porque cuando se pretendió anular la actuación del juicio ejecutivo con jurisdicción coactiva donde se había verificado con estricta observancia de todas las formalidades legales, carecía el Consejo de juridicción por estar legalmente terminado el juicio de apremio con el pago al acreedor), pone a la vista otra irregularidad de carácter jurisdiccional ya que en tal situación y al tenor del artículo 457 inciso 2o. del C. J. cualquier pretensión sobre la nulidad del remate no podía ser alegada y debatida sino en juicio distinto y con audiencia del rematante, ante la justicia ordinaria».

Considera la Sala:

El artículo 741 del Código Civil preceptúa, es verdad, que *el Juez es el representante legal del tradente*, o sea, de la persona cuyo dominio se transfiere en las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor; pero, no es menos cierto y evidente que, para que sea válida la tradición hecha por ese representante legal en los juicios en que tal fenómeno se opera como ocurre en los ejecutivos adelantados por los trámites de la jurisdicción coactiva, "*se requiere además*" -por mandato expreso del artículo 744 del mismo Código- *que ese representante legal obre dentro de los límites de su representación legal*, y, mal puede aceptarse la afirmación de que la Inspectoría General de Rentas hubiera obrado dentro de los límites de su representación legal en el momento de festinar, como festinó, la orden de inscripción del remate en el Registro de Instrumentos Públicos y Privados, la cancelación del embargo y la entrega de las fincas rematadas por el secuestre a los rematadores, toda vez que se hallaba pendiente el re-

curso de apelación contra el auto aprobatorio del remate, que tales medidas ordenaba, y, carecía, por tanto, del elemento formal vinculante de toda decisión judicial, dentro del juicio, o sea, el de que contra ella no procede ningún recurso.

Dispone el último artículo del "parágrafo 1o. Apelaciones", Capítulo III, Libro II, Procedimiento Civil (Ley 105 de 1.931) que "RECIBIDO EL EXPEDIENTE POR EL JUEZ DE LA CAUSA, SE DICTA EL AUTO DE OBEDECIMIENTO Y CUMPLIMIENTO A LO RESUELTO POR EL SUPERIOR, EN EL CUAL, SI ES EL CASO, SE DEBEN TOMAR LAS MEDIDAS ORDENADAS POR ESTE" (Artículo 507).

No se hace en esta disposición distingo alguno en relación con el efecto en que haya sido concedida la apelación, lo cual está indicando que la prosecución del juicio por el Juez de la causa, cuando concede la apelación en el efecto devolutivo, no puede llegar hasta el extremo limite de ejecutar o realizar actos procesales que hagan perder la jurisdicción al superior.

> «Recursos -dice el profesor James Goldschmidt- son los medios jurídicos procesales concedidos a las partes, a los afectados inmediatamente por una resolución judicial y a los intervinientes adhesivos para impugnar una resolución judicial que no es formalmente firme, ante el Tribunal Superior (efecto devolutivo), y que suspende los efectos de cosa juzgada de la misma (efecto suspensivo)». (Derecho Procesal Civil pàgina 398).

Además, la H. Corte Suprema de Justicia tiene establecida la siguiente doctrina, en relación con el precepto del artículo 499 del C. J. según el cual "no se suspende la ejecución de la sentencia o auto apelado cuando haya sido concedida la apelación en el efecto devolutivo":

> «Pueden existir casos en los cuales la jurisdicción del Juez *a-quo* queda delegado al superior en tal forma y manera que el inferior no puede seguir conociendo de ciertas cuestiones estrechamente ligadas con el auto apelado en ese efecto.
>
> Por ejemplo, la entrega de una suma de dinero o el auto que decreta un desembargo no puede llevarse a efecto mientras la providencia que tal dispone no esté en firme, y no está mientras ella esté apelada, asi lo sea en el efecto devolutivo, porque puede el superior revocar la orden y entonces si ésta se ha llevado a cabo por el Juez *a-quo* se ha inferido un perjuicio que puede ser irreparable a una de las partes.
>
> La jurisdicción delegada que condiciona la apelación en el efecto devolutivo no puede interpretarse en un sen-

tido irrestricto, o sea en el de que el Juez inferior puede proseguir el curso de la actuación basado en la providencia apelada cuando ésta refluye de una manera directa y aún esencial sobre las providencias judiciales que a contar desde la concesión del recurso dicte el Juez *a -quo*» (Gaceta Judicial No. 1930, Tomo XLV página 822).

De tal modo, pues, que de acuerdo con las normas legales, la doctrina de los expositores y la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justica, el hecho de que se otorgue la apelación en el efecto devolutivo en manera alguna puede producir "*el resultado procesalmente normal*" -como lo insinúa el doctor Salamanca- de hacer perder legalmente la jurisdicción al superior al tenor del numeral 3o. del artículo 146 del Código de Organización Judicial, pues, mal puede terminar un juicio, diligencia, recurso o comisión, cuando esté pendiente alguno de los recursos o medios de impugnación legalmente concedidos. Ahì sí habría una verdadera usurpación de jurisdicción que implicaría una flagrante violación de la plenitud del orden jurisdiccional del Poder Público.

Los poderes o facultades del Juez *ad-quem*, esto, es, de aquel ante quien se apela de una providencia, decisión o sentencia, de acuerdo con el espíritu y la letra de nuestro estatuto procedimental civil, son de dos órdenes a saber:

a) Nuevo examen y conocimiento de fondo del negocio en la parte que es objeto del recurso (Art. 494 del C. J.).

> «El Juez de apelación encuéntrase frente a la demanda -dice el tratadista José Chiovenda- en la misma condición en que se encontraba el Juez de primer grado en el momento de pronunciarla: tiene los mismos poderes y deberes» (Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo III página 491).

b) Verificar si ha habido falta, ausencia o violación de las normas de procedimiento en la iniciación y desarrollo del juicio que hagan impropio o inadecuado el proceso para el fin propuesto (C. J. artículo 455 inciso 2o.).

> "La interpretación lógica del artículo 455 del Código Judicial -ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia- debe ser la de que no es necesario que en la instancia correspondiente se hayan agotado todos los trámites de ella hasta dejar el juicio en estado de sentencia, para poder poner en conocimiento de las partes las nulidades existentes, sino que debe poderse hacer esto en cualquier etapa de la tramitación, que es lo racional, ya que sería inutil adelantar un procedimiento que iría a quedar afectado de nulidad» (Gaceta Judicial No. 1930 página 871).

En otro fallo dice la H. Corte Suprema de Justicia:

«Contempla esta disposición (C. J. Art. 455) dos casos: que la observación de la causal haya sido hecha por un Juez o que lo sea por un Tribunal. Si lo primero, la facultad está dada para ejercerla en cualquier tiempo antes de la sentencia; si lo segundo, la facultad radica en la Sala que ha de fallar en definitiva y puede ejercerse cuando el expediente haya pasado para ese fin.

A primera vista parece que en relación con este segundo caso, la oportunidad de ejercer el Tribunal el poder conferido por la ley, se restringe únicamente al momento en que el asunto pasa a la Sala para la decisión definitiva; pero si se estudia con atención el artículo transcrito, se puede observar que la intención del legislador no fue la de señalar una oportunidad diferente para los Jueces y para los Magistrados, sino la de imitar la facultad a la Sala y no al magistrado sustanciador, ya que la declaratoria de la nulidad y la observancia de la causal que la determina, dicen relación a la validez misma del procedimiento y en cierto modo deciden definitivamente sobre el juicio determinado en que la nulidad ocurre, y como la decisión definitiva es competencia de la Sala y no del Magistrado sustanciador, es obvio que sea aquella y no èste quien tenga facultad para decidir lo relativo a nulidades» (Gaceta Judicial No 1977 página 86).

De tal suerte que, de acuerdo con las normas del derecho procesal civil y la interpretación que de ellas ha hecho la más alta entidad jurisdiccional de la República, al Consejo de Estado sí le era posible, como en realidad lo fue, decretar, legal y oficiosamente la nulidad de lo actuado "con ocasión de la apelación en el efecto devolutivo del auto aprobatorio del remate de los bienes denunciados por el ejecutado para el pago del impuesto".

Ocurrencia totalmente distinta es la planteada por el doctor Salamanca con fundamento en el inciso 2o. del artículo 457 del Código Judicial, que solamente tiene vigencia *una vez aprobado el remate*, como la misma disposición lo dice terminante e inequívocamente, y, por ende, no hubo ni podía existir la "irregularidad de carácter jurisdiccional" a que alude.

Conforme a lo preceptuado en los artículos 2276, 2280 y 2281 del Código Civil, el secuestro judicial cesa por decreto del Juez y "una vez pronunciada y ejecutoriada dicha sentencia debe el secuestre restituír el deposito al adjudicatario". Ahora bien, con relación a los bienes del deudo embargados o secuestrados en el juicio ejecutivo, para obtener con su producto el pago de la deuda, *la orden de restitución la da el Juez en el auto aprobatorio del remate* conforme al ordinal 5o. del artículo 1051 del Código Judicial que dice así:

«Art. 1051. Pagado el precio por el rematante, o con-

cedido a éste válidamente plazo para el pago, el Juez dicta un auto en que decreta:

1o. la aprobación del remate.

2o. la inscripción de éste en el registro, si es el caso.

3o. la cancelación del auto de embargo.

4o. la cancelación en las Notarías respectivas de las hipotecas que gravan el inmueble.

5o. la entrega de la cosa rematada por el secuestre al rematante.

6o. la expedición de las copias de las diligencias de remate y del auto aprobatorio que el rematante o las partes necesiten ;y

7o. la orden para que el ejecutado dentro del término de tres días, ponga en manos del rematante todos los títulos de la cosa rematada».

Si, como acaba de expresarse, para que el secuestre restituya en depósito al adjudicatario, se requiere según mandato expresado en el artículo 2281 del Código Civil que la sentencia que así lo ordena haya sido "*PRONUNCIADA Y EJECUTORIADA*", es apenas natural concluír, sin el menor esfuerzo de lucubración mental, que mientras no esté *ejecutoriado* el auto aprobatorio del remate a que se refiere el Art. 1051 del Código Judicial, no se puede verificar, legalmente, la entrega de la cosa rematada por el secuestre al rematante.

De donde resulta que el artículo 1052 del Código Judicial al equiparar a escritura pública "la diligencia de remate y el auto de su aprobación" necesariamente está indicando que tal evento se produce siempre y cuando que el auto aprobatorio del remate tenga, dentro del proceso, la fuerza y eficacia formal y material de la cosa juzgada.

Entonces resulta carente de base lógica, jurídica y procesal la afirmación de que "a la fecha de la anulación" ya se había "consolidado la legalidad de la aprobación del remate" "con su auto aprobatorio y su inscripción en la Oficina de I. P. y P. y adquirido así por disposición de la ley (Artículos 741 del C. C. y 1052 del C. J.) la calidad y respetabilidad de un título de dominio equiparado por la ley a una escritura pública, producido por los trámites de un juicio por jurisdicción coactiva y protegido por la fe pública del Estado", toda vez que, como ha quedado establecido en el capítulo -I- de esta providencia, el juicio ejecutivo en referencia quedó extinguido e inexistente legalmente por la sentencia que decretó la nulidad del juicio desde el mandamiento ejecutivo, la cual fue proferida antes de que el auto aprobatorio del remate tuviera fuerza legal vinculante dentro del proceso.

Las *nulidades procedimentales* que tienen su "raíz y fuente causal" en la transgresión de principios normativos de orden pú-

blico, que regulan la iniciación y desarrollo del procedimiento a fin de hacerlo apto para el fin propuesto, una vez ejecutoriada la providencia que las decreta hacen que sea legalmente inexistente e ineficaz toda la actuación desarrollada a partir del acto, elemento o circunstancia procesal de donde se originó la causal de nulidad. De modo, pues, que hubiera sido más que suficiente esta sola consideración para negar, como habrá de hacerse en la parte resolutiva de esta providencia, por improcedentes, las dos primeras peticiones que hace el doctor Hernán Salamanca en el alegato presentado para motivar el recurso de apelación de que se trata.

Sin embargo, la Sala se ha permitido hacer el extenso análisis jurídico que precede, en torno a los argumentos expuestos por el doctor Salamanca, con el objeto de rectificar y rechazar, como al efecto rectifica y rechaza los cargos que allí formula contra el Consejo de Estado sin fundamento legal alguno que los justifique o explique al menos.

-III-

ESTUDIO DE LA TERCERA PETICION FORMULADA POR EL DOCTOR HERNAN SALAMANCA, EN SU CONDICION YA DICHA Y DE LAS PETICIONES QUE HACE EL DOCTOR GONZALO GAITAN, COMO APODERADO SUSTITUTO DEL DOCTOR ENRIQUE MARTINEZ MUÑOZ, PARA SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACION:

Se trata, simplemente, de los efectos e implicaciones propios e inherentes al fenómeno jurídico-procesal de la nulidad que fue decretada por esta Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado en providencia de fecha 4 de de noviembre de 1.953, luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes por auto del 23 de septiembre del mismo año.

En la parte resolutiva de dicha providencia se "declaró nulo todo lo actuado en este juicio, desde el mandamiento ejecutivo de fecha dos de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, inclusive, en adelante".

Como de acuerdo con el artículo 981 del Código Judicial "hay juicio ejecutivo desde que se notifica al deudor el mandamiento de pago hasta que éste se hace al acreedor, o sea ejecutoria la sentencia que manda cesar la ejecución", y, habiéndose decretado la nulidad desde el mandamiento ejecutivo, inclusive, en adelante, es claro que ante la ley y ante la justicia no existe ya el memorado juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva con todo y estarse llevando bajo la misma cuerda los incidentes surgidos como consecuencia y efecto natural y obvio de la nulidad procedimental aludida. Cuestión, ya decidida e intocable por ser ley del proceso.

En las resoluciones y diligencias surtidas ante la Inspectoría Nacional de Rentas, en Cartago, de que se hizo mérito al principio de esta providencia, y a las cuales se refieren las precitadas peticiones de los apoderados doctores Hernán Salamanca y Gonzalo Gaitán, se controvierten cuestiones de derecho privado que son extrañas a la jurisdicción coactiva y a las facultades que los artículos 3o., 4o. y 5o. de la ley 67 de 1.943 conceden al Consejo de Estado.

Estas disposiciones son del siguiente tenor:

> «Art. 3o. El conocimiento de las apelaciones y de los incidentes de excepciones y tercerías *que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva en asuntos nacionales*, corresponden al Consejo de Estado cuando la cuantía del negocio, en su acción principal sea de quinientos pesos ($ 500.00) o más. En los demás casos corresponde en única instancia al Tribunal Administrativo de la vecindad del funcionario ejecutor. (Subraya la Sala).
>
> Art. 4o. En los mismos juicios referentes a asuntos departamentales, o municipales, conocerá de las apelaciones e incidentes de excepciones y tercerías, en única instancia, el correspondiente Tribunal Administrativo, cuando la cuantía de la acción sea de menos de quinentos pesos ($ 500.00).
>
> Habrá lugar a segunda instancia en los incidentes de excepciones y tercerías, cuando la cuantía del negocio sea de quinientos pesos ($ 500.00) o más.
>
> Artículo 5o. Los funcionarios con jurisdicción coactiva, Los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado *procederán en estos juicios* mediante la observancia del procedimiento establecido en el Código Judicial y demás leyes sobre la materia». (Subraya la Sala).

El doctor Mauricio Mackenzie, acusó ante la Sala Plena de la H. Corte Suprema de Justicia los artículos precitados de la ley 67 de 1.943 y al efecto recayó la sentencia de fecha 26 de julio de 1.944, publicada en los números 2010 a 2014, página 330 y ss. de la Gaceta Judicial, cuya parte resolutiva dice así:

> «Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de las atribución que le concede el artículo 149 de la Constitución Nacional y en su mayor parte de acuerdo con el concepto de señor Procurador General de la Nación, declara lo siguiente:
>
> PRIMERO. Es exequible el artículo 5º de la ley 67 de 1.943.
>
> SEGUNDO. Los artículos 3º y 4º de la mencionada

ley son exequibles, salvo en cuanto dichas disposiciones se refieran: 1º) A *incidentes de excepciones* cuando el juicio por jurisdicción coactiva se funda en un acto de gestión de la Administración; y 2º) A *tercerías*, cuando la que se propusiere, o alguna de ellas se fundare en acto de gestión de la Administraciòn o en un acto entre particulares.

Comuníquese lo resuelto en este fallo al señor Ministro de Gobierno, al Honorable Consejo de Estado y a los Tribunales Contencioso Administrativos de la República».

De tal suerte que el radio de acción jurisdiccional atribuído a la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado para conocer de las apelaciones en esta clase de negocios, está delimitado y circunscrito, categóricamente, a los recursos de apelación que se interpongan y procedan *en los juicios por jurisdicción coactiva* en asuntos nacionales, cuando la cuantía del negocio sea de quinientos pesos o más, asi como a los incidentes de excepciones y tercerías de igual cuantía y naturaleza. Lo cual significa a *contrario-sensu* que cuando se trata de hechos, controversias o cuestiones de derecho privado suscitados fuera del juicio adelantado por los trámites de la jurisdicción coactiva, asi se hayan originado en hechos y situaciones procesales cumplidos dentro de una actuación que ha sido declarada nula, su conocimiento y decisión es privativo de la justicia ordinaria mediante el procedimiento que legalmente corresponda, y, por ende, la Corporación habrá de declararse inhibida para conocer y decidir sobre el fondo de las cuestiones materia del recurso de apelación de que se trata, para ordenar en su lugar que la actuación sea devuelta a la Oficina de procedencia para que se le dé el curso que sea procedente legalmente.

En vista de las razones expuestas, el Consejo de Estado en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. No es el caso de decretar y no decreta de plano, como lo solicita el doctor Hernán Salamanca en su calidad anotada en la parte motiva de esta providencia, nulos sus propios autos de fechas 23 de septiembre y 4 de noviembre de 1.953 y 21 de julio de 1.954, referentes a la nulidad del juicio ejecutivo con jurisdicción coactiva y, por tanto, niega la petición que hace como consecuencia de tal declaración, esto es, la confirmatoria del "auto de fecha 15 de abril de 1.953, en que la Inspección General de Rentas de Cartago, aprobó el remate de bienes" cuya apelación en el efecto devolutivo no fue decidida por el Consejo, precisamente, por haber decretado la nulidad del memorado juicio desde el mandamiento ejecutivo de fecha 2 de marzo de 1.953, inclusive, en adelante.

SEGUNDO. No es el caso de declarar y no declara la petición subsidiaria que hace el doctor Hernán Salamanca de "que la nulidad decretada en el auto de 4 de noviembre de 1.953 no comprende la nulidad del remate verificado en el ejecutivo el 10 de abril de 1.953, con toda las formalidades de la ley, por haber los rematadores cumplido con las obligaciones de su cargo".

TERCERO. No es el caso de ordenar y no ordena al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Cartago -como lo pide consecuencialmente el doctor Hernán Salamanca- "que cancele la anulación que hizo de la inscripción de la diligencia de remate para que quede vigente la hecha de esta diligencia con fecha 4 de mayo de 1.953".

CUARTO. En cuanto a la tercera petición formulada por el doctor Hernán Salamanca y las que hace el doctor Gonzálo Gaitán, en la calidad de que se hizo mención en la parte motiva de esta providencia, declárase inhibida esta Sala para conocer y decidir sobre lo resuelto por el señor Inspector General de Rentas e Impuestos Nacionales de Cartago en la diligencia practicada en los días 18, 19 y 20 de noviembre de 1.954 (folios 221 a 224; 232 a 235; 251; 254 a 260), y, ordena, en consecuencia, que la actuación sea devuelta a la oficina de origen para que se le dé el curso que legalmente corresponda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Manuel A. Dangond Daza, Guillermo Acosta Acosta, José Urbano Mùnera.- Alfonso Gòmez Hernàndez, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. EXTRALIMITACION DE FUNCIONES DEL FUNCIONARIO COMISIONADO. MANERA COMO SE PROCEDE EN LOS CASOS EN QUE SE CONCEDE O RECONOCE EL DERECHO DE RETENCION.

(Consejero Ponente: Dr. Dangond Daza).

Consejo de Estado —Sala de Negocios Generales— Bogotá, Octubre trece de mil novecientos cincuenta y cinco.

Obrando como apoderado de los herederos de GUILLERMO RIVERA ABADIA, el doctor Gonzalo Gaitán interpuso recurso de reposición contra lo resuelto en el Ordinal "CUARTO", de la parte resolutiva del auto de 11 de mayo del año en curso, o sea, en cuanto la Sala se declara inhibida "para conocer y decidir sobre lo resuelto por el señor Inspector General de Rentas e Impuestos Nacionales de Cartago (Sic) en la diligencia practicada en los días 18, 19 y 20 de noviembre de 1.954 (folios 221 a 224; 232 a 235; 251; 254 a 260), y, ordena, en consecuencia, que la actuación sea devuelta a la oficina de origen para que se le dé el curso que legalmente corresponda".

La finalidad del recurso interpuesto la expone el señor abogado apoderado, en los términos siguientes:

> «Persigo con el recurso que ahora interpongo, obtener la revocatoria de lo resuelto por la Inspección General de Rentas en la diligencia practicada en los días 18, 19 y 20 de noviembre de 1.954, en cuanto aceptó la oposición formulada por el señor Vicente Emilio Trujillo, que figuró como rematante de los lotes uno y dos de la Hacienda de "Piedra de Moler", y en su lugar ordeneis la entrega real y material de la totalidad de la dicha hacienda de "Piedra de Moler" a la sucesión del señor Guillemo Rivera Abadía, representada por sus herederos y sin que sean admisibles nuevas oposiciones, tal como lo tengo pedido en mi alegato en que sostuve la apelación.
>
> Si lo estimais a bien, aun cuando no es necesario, podeis dejar a salvo los derechos de los señores Vicente E-

milio Trujillo y Ricardo Castro, para que los hagan valer ante la justicia ordinaria, donde, a su turno, mis clientes harán valer los suyos, en lo referente a las supuestas mejoras que se alegan por los rematantes fallidos y a los evidentes perjuicios que han sufrido los herederos de la sucesión Rivera Abadía por la ocupación de la hacienda "Piedra de Moler", que a sabiendas de la absoluta carencia de título y de derecho, se obstinan en sostener los expresados Trujillo y Castro».

Cumplidas las fomalidades propias del recurso y negado que fue, a términos de la constancia secretarial inmediatamente anterior, el proyecto presentado por el Consejero doctor Guillermo Acosta Acosta, la Presidencia ordenó pasar el negocio al Consejero a quien por razón de orden alfabético correspondía elaborar nuevo proyecto con base en las consideraciones y tesis expuestas mayoritariamente durante la discusión del primeramente presentado.

Por providencia de 4 de noviembre de 1.953, esta Sala del Consejo declaro "nulo lo actuado en este juicio, desde el mandamiento ejecutivo de fecha 2 de marzo de 1.953, inclusive, en adelante" y dispuso, además, que "la nulidad que afecta el juicio ejecutivo incluye la del auto aprobatorio del remate y el remate mismo . . .". Ejecutoriada la mentada providencia, volvió el expediente a la oficina de origen y el jefe de ella dictó el correspondiente auto de "obedézcase y cúmplase", en el cual se dispuso así mismo comisionar al Recaudador de Hacienda Nacional de Cartago "para practicar todas las diligencias conducentes a su cumplimiento".

En orden a cumplir la comisión conferida, el funcionario comisionado, por medio de auto proferido el 23 de febrero de 1.954, dispuso:

«PRIMERO.- Ordénase la cancelación de la inscripción en el Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito, del acta del remate y del auto aprobatorio de éste. Para ello, líbrese el correspondiente oficio al señor Registrador. El registro que debe ser cancelado es el verificado el 4 de mayo de 1.953 en el libro Primero Impar, Tomo 1o. folios 475 a 484, partida 492 matrículas 1, 2 y 3, Tomo 80; y

SEGUNDO.- Entréguese la finca rematada, a la sucesión contra la cual se inició la ejecución. Previamente a esta entrega, devuélvase al rematante señor Vicente Emilio Trujillo las sumas que consignó en esta Recaudación como valor del remate. Igual cosa se hará con relación a lo consignado por el Sr. Ricardo Castro Rodríguez».

Desatando el recurso de apelación que contra la providencia transcrita se interpusiera, esta Sala la confirmó, quedando de esta

suerte en firme lo resuelto por el Recaudador Principal de Hacienda Nacional de Cartago, vale decir, la orden de cancelación del registro de la diligencia de remate; la entrega de la finca a la sucesión del señor Rivera Abadía y la devolución del precio del remate a los rematadores Trujillo y Castro Rodríguez.

En el acto de la entrega de la finca y en incidentes que relatan las actas inscritas en los días 18, 19 y 20 de noviembre de 1.954, a ella se opusieron por medio de sus apoderados, los señores Vicente Emilio Trujillo y Ricardo Castro, quienes, en ejercicio del derecho de retención, pidieron que se les dejaran en su poder los lotes de la hacienda "Piedra de Moler" de los cuales fueron ellos rematantes. Accedió el Recaudador a lo solicitado por Trujillo, habida consideración de que éste con su oposición presentó copia de una acta de inspección ocular practicada extrajuicio, junto con el dictamen pericial, documentos estos destinados a demostrar que en los lotes uno y dos de la referida finca el opositor hizo mejoras de mucha consideración y tiene, por tanto, derecho a la retención de ellos mientras no se le pague el valor de dichas mejoras o se le asegure su importe, y no accedió a lo pedido por el segundo de los opositores.

Contra lo así resuelto por el funcionario comisionado interpusieron recurso de apelación los representantes dela sucesión Rivera Abadía y el señor Ricardo Castro, éste último, en cuanto se le negó el derecho de retención reclamado por él.

Y esta Sala del Consejo, por medio del auto de 11 de mayo del año en curso, se pronunció sobre el expresado recurso, negando las peticiones principal y subsidiarias formuladas por el doctor Hernàn Salamanca en su condición de apoderado de los señores Trujillo y Castro y declarándose "inhibida para conocer y decidir sobre lo resuelto por el señor Inspector General de Rentas e Impuestos Nacionales de Cartago en la diligencia practicada en los días 18, 19 y 20 de noviembre de 1.954 (folios 221 a 224; 232 a 235; 251; 254 a 260), y,ordena, en consecuencia que la actuación sea devuelta a la oficina de origen para que se le dé el curso que legalmente corresponda".

Como razón y fundamento de la declaración anterior, dijo la Sala:

> «..... ..... el radio de acción jurisdiccional atribuído a la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado para conocer de las apelaciones en esta clase de negocios, esta delimitado y circunscrito, categóricamente, a los recursos de apelación que se interpongan y procedan *en los juicios por jurisdicción coactiva* en asuntos nacionales, cuando la cuantía del negocio sea de quinientos pesos o más, así como a los incidentes de excepciones y tercerías de igual cuantia y naturaleza. Lo cual significa a *contrario-sensu* que cuando se trata de hechos, controversias o cuestiones de derecho privado suscitados fuera del juicio adelantado por los trámites de la jurisdicción coactiva, así se hayan origi-

nado en hechos y situaciones procesales cumplidos dentro de una actuación que ha sido declarada nula su conocimiento y decisión es privativo de la justicia ordinaria mediante el procedimiento que legalmente corresponda, y, por ende, la Corporación habrá de declararse inhibida para conocer y decidir sobre el fondo de las cuestiones materia del recurso de apelación de que se trata, para ordenar en su lugar que la actuación sea devuelta a la oficina de procedencia para que se le dé el curso que sea procedente legalmente».

Al examinar y analizar de nuevo los precedentes argumentos se encuentra que en ellos en lo general son inobjetables, pero al propio tiempo se advierte cómo la inhición de la Sala no puede llevarse hasta el extremo de abstenerse de corregir la extralimitación de funciones en que incurriera el funcionario comisionado para hacer la entrega material de la finca objeto del remate anulado. Tal extremo conduciría al doble absurdo de que la nulidad decretada, en la realidad carecería de trascendencia para la sucesión del señor Rivera Abadía, que así continuaría privada de la propiedad de un bien que le pertenece, no obstante carecer de todo título sus actuales tenedores, y que un simple funcionario comisionado para practicar actos necesarios a la ejecución de una providencia resultara con facultades más amplias que las del Juez o Tribunal comitente.

De aquí que, si es verdad que la acción jurisdiccional atribuída a la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado para conocer de las apelaciones en esta clase de negocios está circunscrita, categóricamente, a los recursos de apelación que se interpongan y procedan en los juicios por jurisdicción coactiva en asuntos nacionales, cuando la cuantía del negocio sea de quinientos pesos o más, así como a los incidentes de excepciones y tercerías de igual cuantía y naturaleza, también lo es que, dentro de la órbita de su competencia, implícitamente tiene la Sala la facultad de conocer, por vía de apelación, de todos los actos o relaciones jurídicas vinculados a la sujeta materia de la anterior decisión. Es por esto que actuaciones como las de la autoridad comisionada en el caso *sub-judice,* que excediendo los términos de la comisión, reconoció y concedió el derecho de retención inoportunamente ejercitado, necesariamente deben quedar sujetos a la revisión del comitente. De no ser así, daríase el caso insólito, extravagante, dentro las normas que fijan las atribuciones de los funcionarios en cada rama del servicio público y establecen jerarquía entre ellos, de subalternos cuyos actos oficiales no podrían ser revisados.

Porque, si la Sala se declara inhibida para conocer de la apelación interpuesta contra la determinación del Recaudador que al Sr. Trujillo reconoció el derecho de retención y lo negó al señor Castro Rodríguez, ante qué autoridad distinta podrían las partes en litigio reclamar de tal determinación?. Ante la justicia ordinaria?.

No, porque sin lugar a duda esta justicia se declararía incompetente para conocer de un incidente nacido de la ejecución de una providencia proferida por jurisdicción distinta, cual es la contencioso administrativa.

Por este camino se llegaría al extremo grave de dejar sin oportunidad de revisión por parte de una entidad superior la actuación desmedida de un funcionario comisionado y tal evento alcanzaría los límites de la denegación de justicia.

De lo anterior se deduce lógicamente y sin esfuerzo, esta conclusión: si el Consejo de Estado no tiene competencia para conocer de controversias privadas, tales como las de prestaciones mutuas previstas por la ley, menos aún la tiene el empleado del orden administrativo comisionado para ejecutar una providencia emanada de la justicia contencioso-administrativa. Y si, como en el caso de autos, el inferior excedió los términos de la comisión y por añadidura lo hizo invadiendo al propio tiempo extraña jurisdicción, es obvio que al Consejo compete conocer del recurso de apelación contra su extralimitación interpuesto, y corregir su error reduciendo su actuación al límite preciso de su competencia.

Las consideraciones anteriores bastarían, ellas solas, para dejar fundadamente establecida la necesaria intervención del Consejo en la decisión del hecho controvertido. Más, para abundar en razones, un breve recuento de la manera como se procede en los casos en que se concede o reconoce el derecho de retención, contribuirá a demostrar cómo no es posible admitir que pueda concederlo o reconocerlo un funcionario del orden administrativo y menos aún en las condiciones y con las limitaciones con que obraba el mencionado recaudador comisionado.

Si en los juicios posesorios se ordena la restitución y al hacer la entrega de la propiedad se opone a ella un tercero que la tiene en su poder, el funcionario comisionado la deja en poder de éste en calidad de secuestro, el cual se levanta si antes de los cinco días siguientes el demandante no promueve el correspondiente juicio posesorio u ordinario (art. 882 del C. J.). Pero si el demandante niega al opositor del derecho de oponerse, se decide el punto mediante una articulación, durante la cual subsiste el secuestro y el opositor debe probar su derecho a retener (art. 883 ibídem). Aquí, como se ve, el mismo funcionario delegado para hacer la entrega está autorizado para dejar la cosa en manos del tercero a quien se le concede el derecho de retención, siempre que posteriormente pruebe, ante el Juez de la causa que ordenó la entrega, no ante el comisionado, "su derecho a retener la cosa en su poder".

Igual cosa sucede cuando el poseedor vencido tenga un saldo para reclamar en razón de las expensas y mejoras y alegue el derecho de retener la cosa en su poder hasta que se verifique o se asegure el pago (art. 970 del C. J.), pues en caso tal, si la cosa se entrega por funcionario comisionado, cualquier determinación que tome éste en relación con el derecho de retención ejercitado, por

los medios indicados en el artículo 10 de la ley 95 de 1.890, tendrá siempre el control del juez del proceso.

Otro tanto ocurre en el caso previsto por el artículo 859 del Código Civil, cuando el usufructuario pide la retención de la cosa fructuaria hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones a que según la ley está obligado el propietario, y en el contemplado por el artículo 1995 del mismo Código, cuando se deben indemnizaciones al arrendatario a quien se le concede el derecho de retención de la cosa arrendada hasta tanto se le pague o se le asegure la cancelación de tales indemnizaciones. Como es obvio, el juez que conoce del respectivo juicio en uno u otro de estos casos tiene la facultad legal para decidir acerca del derecho de retención allí previsto, ya sea que lo conceda o reconozca directamente, o revisándole, por vía de apelación, al funcionario comisionado para la entrega de la cosa, lo que este último decidiere sobre el particular.

En relación con el derecho de retención ha dicho la Honorable Corte Suprema de Justicia:

> «El artículo 2417 del C. C. es terminante en el sentido de que no la hay ni puede haberla sino cuando la ley la establece expresamente, por lo cual, no estableciéndola en un caso como el que se estudia tiene que reconocerse la legalidad de la negativa."

De suerte que, si al funcionario comisionado o a esta corporación correspondiera decidir lo relativo al derecho reclamado por los señores Trujillo y Castro, relativamente a los lotes uno y dos de la finca "Piedra de Moler", necesario fuera dejar previamente establecido si disposición legal alguna, tal retención, para el caso de autos autoriza.

El doctor Hernán Salamanca, en su condición de apoderado de los señores Vicente Emilio Trujillo y Ricardo Castro, estima que el funcionario administrativo comisionado para la entrega, "con aplicación de la ley (a. 970 C. C.) reconoció la existencia de esas mejoras y dispuso que los rematantes podían retener el fundo hasta cuando se les pagara o se les asegurara convenientemente su pago".

Una de las razones aducidas por el distinguido jurista para justificar el procedimiento de tal funcionario, al dejar los lotes uno y dos del mencionado fundo en poder de Trujillo, es que a los rematadores "les fue entregado el fundo después de cumplir cabalmente con sus obligaciones legales". Sobre el particular debe anotarse, pues tiene singular importancia, que tanto la inscripción del remate como la entrega de la hacienda a los rematantes se hizo prematuramente y en forma contraria a la ley, toda vez que sin firmeza procesal el auto aprobatorio del remate, aquella inscripción y la referida entrega, fueron improcedentes por inoportunas.

Pero, como tantas veces se ha dicho y se repite ahora, ni al Consejo de Estado, ni menos aún al Inspector General de Rentas

de Cartago incumbe fallar controversias de derecho privado, tal la suscitada con ocasión de la entrega de la finca en cuya posesión prematuramente se puso a sus rematantes, porque de hacerlo, el Inspector o el Consejo se tomarían para sí una atribución que es propia y excluyente de la justicia ordinaria. Es al respecto clarísima la jurisprudencia de la Corte Suprema, citada por el señor abogado apoderado de los señores Trujillo y Castro, cuando enseña:

> «La función administrativa incluyendo en ella la que emana de los fallos jurisdiccionales del Consejo de Estado, en nuestro derecho está erigida con miras distintas a las de definir las acciones civiles provenientes de la propiedad o posesión de inmuebles. Si existe alguna materia de la atribución propia y excluyente de la justicia ordinaria es esa. A la jurisdicción administrativa le está vedado invadirla. Para hacer lícita la intervención de los otros órganos del poder público en el conocimiento y fallo de las acciones civiles, ordinarias y sumarias, sobre la propiedad y posesión de inmuebles, habría que eliminar varios preceptos de la Carta fundamental que proclama el principio de la separación de los tres órganos estatales por ella reconocidos».

Y fué precisamente el principio de la separación a que alude la jurisprudencia transcrita el que con su desmedida intervención desconoció, de buena fe, sin duda alguna, el funcionario de rentas comisionado, al resolver sobre una cuestión de derecho privado como es la de reconocerle al citado señor Trujillo el derecho de retención sobre los apuntados lotes del fundo denominado "Piedra de Moler". Que tal empleado tomó decisión de tan notorio alcance reconócelo el mismo señor apoderado doctor Salamanca cuando en su alegato se expresa así:

> «. . . . . El Consejo de Estado no podría sin incurrir en quebranto legal declarar extinguido ese derecho que *reconoció y declaró* la Inspectoría General de Rentas de Cartago, para impedir que culminara completamente un injustificable despojo». (Subraya la Sala).

Con el argumento de que el Consejo carece de competencia para resolver cuestiones de derecho privado, hecho este indiscutible, se pretende, pues, que la Sala, con su silencio ratifique o confirme lo resuelto por el inferior, que, careciendo igualmente de ella y por añadidura excediendo los términos de la comisión, las resolvió, él sí con evidente "quebranto legal" al invadir, estándole vedado, una materia que es propia y excluyente de la justicia ordinaria.

No. En sana lógica, legal y jurídicamente a la Sala corresponde corregir el error del funcionario comisionado, reducir al límite legal su intervención y establecer así, por este medio, la debida separación que entre los órganos del Estado y entre las distintas ju-

risdicciones sabiamente la Constitución Nacional consagra. Al proceder así, lejos de intervenir en cuestiones que le son extrañas, antes bien reafirma esta Sala del Consejo su incompetencia para resolver cuestiones de derecho privado y deja a salvo derechos de las partes en litigio, quienes a la justicia ordinaria pueden acudir en demanda de su reconocimiento.

En mérito de todo lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, administrado justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REPONE su auto de 11 de mayo del año en curso, numeral CUARTO de su parte resolutiva y en su lugar REVOCA lo resuelto por el Inspector General de Rentas Nacionales de Cartago cuando en la diligencia de entrega del fundo "Piedra de Moler" a la sucesióndelseñor Guillermo, Rivera Abadía, aceptó la oposición formulada por el señor Vicente Emilio Trujillo y le reconoció el derecho de retención del inmueble en referencia, el cual, en consecuencia y en la forma prevista por la ley, será entregado a la mentada sucesión, representada por sus herederos, en cumplimiento de lo resuelto en las providencias de fecha 23 de febrero de 1.954, del Recaudador Nacional de Rentas de Cartago y la confirmatoria de fecha 21 de julio del mismo año, proferida por esta Sala.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Acosta Acosta, Manuel Antonio Dangond Daza, José Urbano Múnera.- Alfonso Gómez Hernández, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA

NO SE ACCEDE A REPONER EL DECRETO DE FECHA 13 DE OCTUBRE DE 1.955 Y SE DECLARA IMPROCEDENTE LA NULIDAD IMPETRADA CONTRA DICHA PROVIDENCIA.

(Consejero Ponente: Doctor Guillermo Acosta Acosta.)

Consejo de Estado.—Sala de Negocios Generales.— Bogotá, noviembre veintinueve de mil novecientos cincuenta y cinco.

En memorial que obra al folio 361 de este expediente, propone el doctor Gustavo Hernández Rodríguez, como apoderado de Vicente Emilio Trujillo, que se decrete que es nulo el auto de fecha trece de octubre del presente año "por incompetencia de jurisdicción, artículo 448 numeral 1º." del Código Judicial.

Para sustentar tal pretensión aduce, en síntesis, los siguientes argumentos:

a) Que la Sala que profirió la providencia aludida dijo que "el Consejo carece de competencia para resolver cuestiones de derecho privado..... lo que es indiscutible, pero, sin embargo, reconociendo su incompetencia, entra a resolver que Vicente Trujillo no tiene derecho privado".

b) Que el auto apelado, o sea, el dictado por el Inspector General de Rentas en Cartago en el momento de la diligencia que se practicó en los días 18, 19 y 20 de noviembre de 1.954, es un auto interlocutorio, por lo cual el recurso debía sustanciarse y decidirse de acuerdo con los artículos 5º. de la ley 67 de 1.943, 1058, 502 y 503 del Código Judicial y 282 del Código Contencioso Administrativo.

Se observa:

El primero de los argumentos enunciados, carece de fundamento en los autos por cuanto que la parte resolutiva de la providencia que se pretende sea declarada nula, en manera alguna resuelve que el señor Vicente Emilio Trujillo tenga o no derecho privado. Ya habrá opotunidad legal, cuando se estudie el recurso de reposición que fue interpuesto en tiempo contra la misma providencia, de hacer los desarrollos del caso sobre este particular.

El segundo argumento, carece de eficacia legal, toda vez que

con él se pretende llevar a la Sala a pronunciarse sobre su propia competencia con base en disposiciones que rigen para casos análogos, como si no existieran normas de caracter general y especial que determinan la manera como "El Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, y con jurisdicción en todo el territorio de la República, ejerce sus funciones" de la manera que se establece en los artículos 33 y siguientes del Código Contencioso Administrativo y demás disposiciones legales pertinentes sobre la materia.

Planteamiento que está igualmente reñido con la doctrina que sobre jurisdicción y competencia tiene sentada la H. Corte Suprema de Justicia desde hace ya muchos lustros. Al efecto, en el Tomo V número 4493 de la Obra del doctor Germán Orozco, titulada "JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA" aparece publicada la siguiente doctrina que no ha sido revaluada:

> «4493. JURISDICCION. DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS, SON TAXATIVAS. Las disposiciones legales sobre jurisdicción son taxativas; deben cumplirse de modo restricto y no están sujetas a interpretación ni analogías« (Sentencia 17 de junio de 1.925. T. XXXI. Pág. 252).

Pero, ante todo, precisa negar, por improcedente, el recurso de nulidad propuesto por el doctor Gustavo Hernández Rodríguez contra el auto de fecha trece de octubre del presente año, pues, el Código Judicial vigente (Ley 105 de 1.931) no contempla esta clase de recursos contra los autos interlocutorios, ni contra las sentencias ejecutoriadas como elementos aislados del juicio o proceso. En este particular, ha sido igualmente enfática y concluyente la doctrina de la H. Corte Suprema de Justicia. Así, por ejemplo, en la página 620 del número 1901 y 1902 de la Gaceta Judicial, aparece la siguiente exposición al respecto:

> «De forma que en actual procedimiento civil no existen disposiciones que permitan alegar nulidades contra sentencias ejecutoriadas o autos interlocutorios por vicios que puedan afectarlos en su esencia, tomándolos como piezas aisladas e independientes del juicio, como ocurría antes bajo el imperio del antiguo Código Judicial, de todo lo cual se infiere que no hay acción para esto. Y no vale decir, en sentir de la Sala, que si a la iniciación del respectivo pleito existía ese camino, se violarían derechos adquiridos a no permitir hacer uso de él a quienes, imperando la ley anterior, hubieran podido tramitarlo. Ese medio, para subsanar irregularidades procedimentales, fue suprimido por inútil e innecesario, siendo por tanto aplicable el artículo 40 de la ley 153 de 1.887 en relación con el 1228 del actual Código Judicial».

El doctor Gustavo Hernández Rodríguez, en su carácter

ya anotado de apoderado judicial del señor Vicente Emilio Trujillo, en el escrito que obra al folio 356 y siguientes en virtud del cual interpuso el recurso de reposición contra el auto de fecha 13 de octubre de 1.955, condensa -en síntesis- sus pretensiones así:

«a) Que sea revocado este último auto y "en su lugar se resuelva confirmar el auto de 11 de mayo del año en curso, providencia dictada por la Sala de Negocios Generales.

b) Que sea reformado en el sentido de dar aplicación al artículo 552 del Código Judicial, respetando la situación actual de poseedor de Vicente Trujillo, para que las partes interesadas hagan valer sus derechos ante la justicia ordinaria.

c) Que sea reformado o aclarado en la forma que mejor cuadre al respecto del derecho que tiene Vicente Emilio Trujillo para no ser despojado, mientras no haya sido oído por autoridad competente.

d) Sostengan los honorables Consejeros la jurídica convicción de que son incompetentes para conocer de las controversias de carácter privado que se presentan en este juicio, pero con igual lógica jurídica apliquen este criterio justicieramente a todos los aspectos del negocio, y también a la situación del señor Vicente Emilio Trujillo.

e) Lo único que solicita Vicente Emilio Trujillo, es que, *antes de alterarse la situación creada* (subrayado del abogado), de buena fe y al amparo de la justicia, ...no se le despoje, sino que sea situado ante un Juez competente que defina sobre sus derechos y obligaciones, como lo ordenan expresas disposiciones del Código Judicial. Es decir que se le oiga antes de ser condenado».

Se observa:

Interesa confrontar, en primer término, la parte resolutiva de las dos providencias a que alude el doctor Hernández Rodríguez, ya que como es sabido "la parte resolutiva es la que establece los derechos de los litigantes, pues la motiva no cuenta al respecto y puede ser variada según el criterio del juzgador" (Gaceta Judicial número 1961 página 128).

El auto de fecha 11 de mayo de 1.955 (Fl. 293) dispuso en la parte resolutiva:

«CUARTO. En cuanto a la tercera petición formulada por el doctor Hernán Salamanca y las que hace el doctor Gonzalo Gaitán, en la calidad de que se hizo mención en la parte motiva de esta providencia, declárase inhibida esta Sala para conocer y decidir sobre lo resuelto por el señor Inspector General de Rentas e Impuestos Naciona-

les de Cartago en la diligencia practicada en los días 18, 19 y 20 de noviembre de 1.954 (folios 221 a 224; 232 a 235; 251; 254 a 260), y, ordena, en consecuencia, que la actuación sea devuelta a la oficina de origen para que se le dé el curso que legalmente corresponda».

El auto de fecha 13 de octubre de 1.955 (Fl. 349) establece en la parte resolutiva lo siguiente:

«REPONE su auto de 11 de mayo del año en curso, numeral CUARTO de su parte resolutiva, y en su lugar REVOCA lo resuelto por el Inspector General de Rentas Nacionales de Cartago cuando en la diligencia de entrega del fundo "Piedra de Moler" a la sucesión del señor Guillermo Rivera Abadía, aceptó la oposicion formulada por el señor Vicente Emilio Trujillo, y le reconoció el derecho de retención del inmueble en referencia, el cual, en consecuencia y en la forma prevista por la ley, será entregado a la mentada sucesión, representada por sus herederos, en cumplimiento de lo resuelto en las providencias de fecha 23 de febrero de 1.954, del Recaudador Nacional de Rentas de Cartago y la confirmatoria de fecha 21 de julio del mismo año, proferida por esta Sala».

La expresión "que la actuación sea devuelta a la oficina de origen para que se le dé el curso que legalmente corresponda", empleada en el auto del 11 de mayo de 1.955, y la locución "el cual, en consecuencia y en la forma prevista por la ley, será entregado a la mentada sucesión, representada por sus herederos, en cumplimiento de lo resuelto en las providencias de fecha 23 de febrero de 1.954, del Recaudador Nacional de Rentas de Cartago y la confirmatoria de fecha 21 de julio del mismo año, proferida por esta Sala", usada en el auto de 13 de octubre último, no se excluyen sino que, por el contrario, contribuyen a aclarar, complementar, desarrollar y precisar la *situación jurídico-procesal* de las partes en el estado actual de este asunto.

Se trata de la ejecución o cumplimiento de lo resuelto en las memoradas providencias de fecha 23 de febrero de 1.954, del Recaudador Nacional de Rentas de Cartago (Fl. 151) y la confirmatoria de fecha 21 de julio del mismo año, proferida por esta Sala (Fl. 181). Actuación que precisa realizar de acuerdo con "el curso que legalmente corresponda", o lo que es lo mismo, "en la forma prevista por la ley", esto es, conforme al procedimiento que determina y regula el Capitulo I, Titulo XV, Libro II del Código Judicial sobre "EJECUCION DE LAS RESOLUCIONES DE LOS JUECES COLOMBIANOS".

Como en el caso *sub-lite* se ha ordenado la entrega de la fin-

ca denomina "Piedra de Moler" a la sucesión del señor Guillermo Rivera Abadía, representada por sus herederos, es claro que este aspecto del litigio debe realizarse dentro del mismo juicio, previo el incidente correspondiente, porque en esa forma lo ordena el artículo 551 del Código Judicial en los siguientes términos:

> «Art. 551. Cuando a virtud de la sentencia deba entregarse al que ganó el pleito alguna cosa inmueble, se procederá a ponerlo en posesión material de la misma, sin necesidad de nuevo juicio.
>
> De igual modo se procede si la cosa es mueble; pero en este caso, si no puede ser habida, debe seguirse por separado el correspondiente juicio ejecutivo».

De modo que si bien es cierto que esta Sala de Negocios Generales del H. Consejo de Estado, en la providencia del 11 de mayo de 1.955, hubo de "declararse inhibida para conocer y decidir" sobre las cuestiones de derecho privado propuestas "en la tercera petición formulada por el doctor Hernán Salamanca y las que hace el doctor Gonzalo Gaitán" en relación con "lo resuelto por el Inspector General de Rentas e Impuestos Nacionales de Cartago en la diligencia practicada en los días 18, 19 y 20 de noviembre de 1.954", y, que esta misma Sala de Negocios Generales del H. Consejo de Estado, en el auto de fecha 13 de octubre de 1.955, hubo de reponer el auto de 11 de mayo del año en curso, numeral IV de su parte resolutiva, para el sólo efecto de revocar lo resuelto por dicho Imspector General de Rentas e Impuestos Nacionales en la precitada diligencia, cuando "aceptó la oposición formulada por el señor Vicente Emilio Trujillo y le reconoció el derecho de retención del inmueble en referencia", y nada más ni nada menos que en este aspecto, no puede afirmarse, dentro de los más rigurosos postulados de la lógica jurídica, que la jurisdición contencioso-administrativa se esté atribuyendo facultades para "conocer de los conflictos privados" o para "tramitar articulación" o "juicio especial" con el fin de "modificar en pro ni en contra las relaciones privadas, entrando a discutir instituciones de derecho civil".

Es que cuando el artículo 551 del Código Judicial ordena entregar, "sin necesidad de nuevo juicio", alguna cosa inmueble al que ganó el pleito y que se proceda a ponerlo en posesión material de la misma, es porque el propio legislador es quien está estableciendo una excepción al numeral 3o. del artículo 146 del Código Judicial, según el cual "la jurisdicción se pierde en uno o más negocios determinados . . . . por la terminación del juicio, diligencia, recurso o comisión". De tal suerte que la Sala de Negocios Generales del H. Consejo de Estado se ha mantenido dentro de "la órbita de su competencia" y está ejercitando "la facultad de conocer por vía de apelación, de todos los actos o relaciones jurídicas vin-

culados a la sujeta materia de la anterior decisión" con la mira de corregir el error del inferior "reduciendo su actuación al límite preciso de su competencia", o sea, la que le señala el Capítulo I, Título XV del Libro II del Código Judicial, para ejercer, por autoridad de la ley, en este negocio determinado, la jurisdicción que corresponde a la República (Artículo 143 *ibídem*).

La *situación jurídico-procesal* del señor Vicente Emilio Trujillo como rematador de parte de la finca denominada "Piedra de Moler", se deriva o proviene de quienes fueron partes en el juicio, o sea, de la parte ejecutada en el juicio por jurisdicción coactiva que se adelantó contra la sucesión de Guillermo Rivera Abadía, representada por sus herederos. Juicio, en el cual se declaró nulo todo lo actuado desde el mandamiento ejecutivo de fecha dos de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, inclusive, en adelante, por auto de fecha 4 de noviembre de 1.953 (Fl. 146 v.).

Además, el señor Vicente Emilio Trujillo, en la condición ya anotada, ha intervenido en el juicio por medio de sus apoderados judiciales debidamente reconocidos, desde cuando se surtió ante esta superioridad el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de la Inspectoría General de Rentas Nacionales de Cartago, por medio de la cual fue aprobado, en primera instancia, el remate y adjudicación que se le hizo del mencionado fundo denominado "Piedra de Moler".

Esa es, pues, la *situaciòn jurídico-procesal*, real, objetiva y concreta del señor Vicente Emilio Trujillo, ante la cual ha tenido que someterse por mandato imperativo de la ley la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado en las providencias a que alude el doctor Hernández Rodríguez en el escrito en estudio, y, por tanto, es a todas luces incongruente e injustificada la aseveración de que se esté efectuando o auspiciando un acto de despojo y de usurpación de jurisdicción en los momentos en que se está en vía de dar cumplimiento, de acuerdo con "el curso que legalmente corresponda", o "en la forma prevista por la ley", a las resoluciones ejecutoriadas que son ley del proceso para quienes han intervenido en el juicio y sus causahabientes a título universal o particular.

Seguramente, el señor Vicente Emilio Trujillo, no se hizo asesorar como debió haberlo hecho por elemental previsión del hombre de negocios, cuando adoptó la resolución de presentarse como rematador en un juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva que luego resultó estar afectado de nulidad desde su iniciación y por las causas reales y concretas que quedaron estudiadas en el capítulo II de la parte motiva del auto de fecha 11 de mayo de 1.955 (Fl.293); pero, la misma Corte Suprema de Justicia, como Supremo Tribunal de Casación Civil, en sentencia de fecha 18 de junio de 1.941 publicada en el tomo II de la Gaceta Judicial, página 585, expresó la siguiente doctrina que esta Sala reproduce para poner término a la argumentaciòn que precede encaminada a rebatir los fundamen-

tos alegados para sustentar el recurso de reposición contra el auto de fecha 13 de octubre último:

> «Elemental concepto de ética jurídica prohibe alegar las propias faltas o culpas para convertirlas en fuente o motivo de provecho personal. Hay entonces una ilicitud en la *causa petendi* que expresa el aforismo: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*».

En vista de las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. Negar, como en efecto niega, por improcedente la petición sobre nulidad del auto de fecha trece de octubre del presente año, formulada por el doctor Gustavo Hernández Rodríguez en el memorial de que se hizo mérito al principio de la parte motivo de esta providencia.

SEGUNDO. No es el caso de reponer y no repone el precitado auto de fecha trece de octubre del año en curso.

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia vuelva el negocio a la oficina de procedencia para que continúe la actuación de acuerdo con el curso legal correspondiente.

Revalídese el papel común empleado en la actuación

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

Guillermo Acosta Acosta, Manuel A. Dangond Daza, Jose Urbano Múnera. - *Alfonso Gómez Hernández*, Secretario.

PENSION DE JUBILACION

EL LEGISLADOR COLOMBIANO CONSAGRO SEPARADAMENTE EL DERECHO A LA PENSION DE JUBILACION POR PARTE DE LOS EMPLEADOS CIVILES Y DE LOS SERVIDORES DEL RAMO DOCENTE. CASOS EN QUE SON ACUMULABLES LOS SERVICIOS.

(Consejero Ponente: Dr. Guillermo Acosta Acosta)

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diecinueve de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público reconoció a favor del doctor CARLOS BRAVO, por medio de la Resolución número 2964 de 1.954, una pensión vitalicia de jubilación en cuantía de $ 37.78 mensuales, por servicios prestados a la Universidad Nacional durante veinte años.

El beneficiario interpuso apelación contra aquella providencia y en esa virtud corresponde a la Sala pronunciarse acerca de la juricidad de dicha decisión, ya que la tramitación propia de la instancia se halla cumplida.

En el lapso comprendido entre el primero de octubre de mil novecientos cuatro y el treinta y uno de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, el doctor Carlos Bravo prestó sus servicios al Estado durante 34 años, 3 meses y 17 días, así:

	AÑOS	MESES	DIAS
Como Profesor de varias cátedras de la Universidad Nacional	21	3	0
Como Secretario del Ministerio de Gobierno, Procurador General de la Nación, Ministro de Industrias, Rector de la Facultad de Derecho	9	7	6
Como Senador de la República	3	5	11

El Ministerio de Hacienda reconoce al doctor Carlos Bravo el derecho a pensión jubilatoria por los servicios prestados al ramo

docente durante más de veinte años, de conformidad con lo dispuesto por "las leyes 50 de 1.892, 114 de 1.913, 6a. de 1.945 y 6a. de 1.946", prestación que liquidada con base en el promedio de los sueldos devengados por aquel en los primeros veinte años de servicio a dicho ramo, los cuales se prestaron con anterioridad al año de 1.932.

Sostiene la providencia recurrida que, no siendo acumulables a los servicios prestados por el demandante al ramo docente los que prestó en los varios cargos de carácter administrativo -Secretario General del Ministerio de Gobierno, Procurador General de la Nación, Ministro de Industrias y Rector de la Facultad de Derecho-, la prestación no puede reconocerse en los términos del artículo 17 de la ley 6a. de 1.945. Dice así el Ministerio de Hacienda en la providencia materia de la alzada:

> «3o. Que en vista de los anteriores datos, es necesario examinar la naturaleza de cada una de las actividades desempeñadas por el doctor Bravo, para establecer si todos los servicios prestados por él lo fueron en función de un empleo público de *carácter permanente* para que pueda proceder su acumulación de conformidad con el artículo 29 de la ley 6a. de 1.945, así:
>
> a) Las leyes 50 de 1.892, 114 de 1.913, 6a. de 1.945 y 6a. de 1.946, confieren derecho a gozar de una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente al promedio de los sueldos devengados durante los primeros 20 años de servicio, a las personas que ejerzan o hayan ejercido durante 20 años las funciones de profesor, ya sea en establecimientos de enseñanza universitaria o normalista.
>
> En el caso de autos, como lo demuestra el respectivo cómputo de servicios, el peticionario sirvió más de 20 años como profesor de varias cátedras de la Universidad Nacional, tiempo que le dá derecho a gozar de la respectiva pensión en los términos antes expresados.
>
> b) Pero el lapso de servicios de que trata el aparte anterior, por no ser de tiempo completo, no es acumulable al que trabajó el peticionario en varios cargos de carácter administrativo (Secretario General del Ministerio de Gobierno, Procurador General de la Nación, Ministro de Industrias y Rector de la Universidad de Derecho: (9 años, cinco meses y 6 días), ni tampoco es suficiente por sí solo para obtener una pensión de jubilación con base en lo dispuesto por el artículo 17 de la ley 6a. de 1.945.
>
> Por lo que respecta a la no acumulación de los servicios prestados por el Dr. Bravo, existe además una reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual,

cuando existe un estatuto especial que regule las prestaciones sociales para determinados empleados no es viable la acumulación establecida en el artículo 29 de la citada ley 6a.

c) Y por lo que dice relación al tiempo durante el cual el Dr. Bravo ejerció funciones de Senador de la República, tampoco es acumulable, porque los miembros del Congreso no tienen el carácter de empleados públicos propiamente dichos, por lo mismo que en el desempeño de sus peculiares funciones falta el vínculo jurídico del contrato de trabajo entre el superior o patrono y el asalariado. Ellos prestan sus servicios simplemente en virtud de un "derecho" como lo determina el Art. 1o. de la ley 41 de 1.892 y por la misma razón, su remuneración no tiene el carácter de *sueldo* sino mas bien el de *sustitución o compensación* por las rentas que el congresista deja de percibir, no solamente por tener que dedicar su tiempo y actividades a la Legislatura, con perjuicio de sus negocios particulares, sino por las incompatibilidades inherentes a la representación nacional que restringe igualmente el ejercicio de sus actividades privadas.

Esta y no otra fue la razón por la cual el Legislador de 1.945 al darse cuenta del error que implicaba el Art. 6º. de la ley 67 de 1.943 que estableció que las funciones de Senador o Representante al Congreso eran acumulables a las prestadas en el desempeño de uno o varios destinos con el fin de completar los 20 años exigidos para gozar del beneficio de jubilación, se apresuró a derogarla expresamente con el Art. 12 de la ley 71 de ese año de 1.945.

4o. Que de acuerdo con las disposiciones legales citadas y teniendo en cuenta que el peticionario Dr. Carlos Bravo sirvió como Profesor por más de 20 años, se concluye que únicamente tiene derecho a que se le reconozca y pague por parte del Tesoro Nacional una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente a $ 37.78, correspondiente al promedio de los sueldos devengados durante los 20 primeros años .... ».

El señor Fiscal Segundo de la Corporación se pronuncia en su vista de fondo por la reforma de la providencia recurrida, en el sentido de reconocer al demandante doctor Carlos Bravo la pensión que en cuantía de $ 80.00 mensuales consagra la ley 42 de 1.933, concepto que respalda en los siguientes razonamientos:

«Considero legal la referida providencia (la que ha sido recurrida, anota la Sala) en cuanto se abstiene de acumular los servicios que prestó el Dr. Bravo como Secretario del Ministerio de Gobierno, Procurador General de la

Nación, Ministro de Industrias, Rector de la Facultad de Derecho y Senador de la República, a los que trabajó como Profesor en la Universidad Nacional. Porque si las pensiones de jubilación a los servidores del ramo docente, ya se trate de establecimientos de enseñanza primaria o enseñanza secundaria, se rigen por sus propios estatutos especiales, como los contenidos en las leyes 114 de 1.913, 42 de 1.933, 24 de 1.947 y 64 del mismo año, no es jurídico acumular a tales servicios otros distintos. Prueba de ello es que sòlo por excepción y de acuerdo con los artículos 6o. de la ley 116 de 1.928 y 3o. de la ley 37 de 1.933, es permitida la acumulaciòn de los servicios prestados como maestro de escuela a los de Profesores de Normales, Inspectores de Instrucción Pública y otros establecimientos de enseñanza secundaria, y viceversa; lo que significa que tales disposiciones no pueden aplicarse por extensión analógica a cargos diferentes de los que en ellas se indican.

Es más: el H. Concejo de Estado al absolver la consulta que le formuló el Ministro de Trabajo acerca de la aplicación del artículo 7o. del Decreto 320 de 1.949, que permite a los trabajadores oficiales jubilados desempeñar cargos "públicos" y continuar recibiendo conjuntamente la pensión y el sueldo hasta concurrencia de $ 400.00 en el mes, la referida Corporación, en sesión del dia 6 de abril de 1954, sostuvo la tesis de que tal precepto no reza con los profesores de los establecimientos de instrucción pública, por no pertenecer a la categoría de los "empleados públicos". De modo que por este nuevo aspecto la acumulación que se pretende tampoco es legal, pues ella mal puede operar respecto de servicios en cargos de naturaleza tan diferente, con la circunstancia de que unos y otros, como antes se dijo, estan gobernados por su propia legislación.

Y en cuanto a los servicios que el interesado prestó como Senador de la República, ocurre además que la norma legal que antes permitía tenerlos en cuenta para efectos de la pensión de jubilación fue expresamente derogada por medio del artículo 12 de la ley 71 de 1945, sin que desde entonces sea suceptible de conferir ningun derecho, salvo que con anterioridad se hubiese reconocido.

Ahora bien:

La cuantia de las pensiones jubilatorias que para los servidores del ramo docente señalaban el artículo 2o. de la ley 114 de 1.913, el artículo 29 de la ley 6a. de 1.945 y el artículo único de la ley 6a. de 1.946, quedó modificada y reformada por el parágrafo 2o. del artículo 1o. de la ley 24 de 1.947. Pero sucede que de conformidad con lo estatuído con este último precepto, el monto de la pensión

que le correspondería al doctor Carlos Bravo resultaría inferior a la señalada en la providencia recurrida. Y a la misma conclusión se llegaría si fuera aplicable el artículo 3º. de la ley 65 de 1.946, que fija la cuantía en las dos terceras partes del promedio de los sueldos devengados durante el último año de servicio, pues, según el certificado que figura en autos tal promedio mensual fue de $ 38.00 hasta el año de 1.931 último de los servicios como Profesor de la Universidad Nacional; y esto fuera de que tal disposición no tiene operancia para los servidores del ramo docente, sino para los empleados públicos de carácter nacional, como lo sostuvo el propio Consejo de Estado desde el fallo de 10 de julio de 1.947 dictado en el asunto de María Mutis Ballesteros. De suerte que como no sería equitativo ni jurídico desmejorar su condición de apelante, máxime si se trata de un profesor eminente que ha prestado valiosos servicios al país, es oportuno dar cumplimiento aquí al principio de que en materia de prestaciones sociales debe aplicarse preferencialmente las disposiciones más favorables al trabajador.

Con apoyo en este criterio procede, pues, *reformar* la Resolución apelada en dos sentidos: en primer lugar para elevar el monto de la pensión de jubilación a que tiene derecho el doctor Carlos Bravo a la suma de ochenta pesos ($ 80.00) mensuales, en razón de los servicios que prestó como profesor en la Universidad Nacional por más de quince años, y tener más de setenta años de edad, con aplicación de la ley 42 de 1.933; y en segundo lugar, para suprimir la prohibición contenida en el artículo 2º. de la misma Resolución, pues sujeción al concepto del H. Consejo de Estado a que ya se hizo referencia, el límite de $ 400,00 de que trata el artículo 7o. del Decreto 320 de 1949 no afecta ni comprende a los profesores de instrucción pública.»

Por su parte, el apoderado del demandante doctor Carlos Bravo, doctor Jorge Bravo Lizcano, sostiene en sus alegatos presentados en esta instancia puntos de vista opuestos a los expresados tanto por el Ministerio de Hacienda como por el señor Fiscal de la Corporación. A uno de tales alegatos pertenece lo siguiente:

«Alega el señor Ministro en apoyo de su tesis las siguientes razones:

"De acuerdo con las leyes 50 de 1.892, 114 de 1.913, 6a. de 1.945 y 6a de 1.946 el derecho demandado por el doctor Bravo sólo procede en cuanto a los servicios prestados como profesor universitario en la facultad de Derecho en la Universidad Nacional. Según esas disposiciones, afirma el señor Ministro, ese derecho será equivalente al

promedio de sueldos devengados durante los primeros veinte años de servicio.

Luego afirma en el punto 3o. aparte b) de su providencia, que el tiempo de servicios prestados por el Dr. Bravo desde varios cargos de carácter administrativo no es acumulable al tiempo de los prestados como profesor universitario, debido a que estos últimos no fueron de tiempo completo. Al respecto agrega que conforme a una jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual cuando existe un estatuto especial que regule las prestaciones sociales para determinados empleados, como es el caso, según el, de los profesores universitarios, tampoco es viable la acumulacion establecida en el artículo 29 de la ley 6a. de 1.945.

Asimismo, afirma el señor Ministro que el tiempo durante el cual el doctor Bravo ejerció las funciones de Senador de la República, del 20 de julio de 1.943 al 31 de diciembre de 1.946, tampoco es acumulable, porque los miembros del Congreso no tienen el carácter de empleados públicos propiamente dichos; porque ellos prestan sus servicios en virtud de un derecho conforme al artículo 1o. de la ley 41 de 1.892 y que, por lo mismo, su remuneración no tiene carácter de sueldo sino mas bien el de sustitución o compensación.

Dice, por último, que no es posible ordenar la efectividad de la pensión sino desde la fecha de presentación de la demanda, porque conforme a jurisprudencia del Consejo de Estado, cuya cita omite, los perjuicios resultantes de la negligencia u omisión en hacer uso del derecho adquirido son de cargo del titular del mismo.

Como apoderado del doctor Carlos Bravo observo a las razones del señor Ministro:

En primer lugar, de las leyes citadas como fuente del derecho del doctor Bravo, la 50 de 1.892 y 114 de 1.913 nada tienen que ver con el caso sub-judice, no sólo por razón del contexto mismo de estas disposiciones que hace de ellas preceptos para casos o situaciones de naturaleza diversa, sino por cuanto de acuerdo con el artículo único de la ley 6a. de 1.946 los servidores del ramo docente, caso en que se encuentra el doctor Bravo en su calidad de profesor universitario, hallan en la ley 6a. de 1.945 el estatuto adecuado para regular la concerniente a sus prestaciones sociales, entre las cuales se cuenta como es sabido, la pensión mensual vitalicia de jubilación.

De lo expuesto tambien directamente se sigue que la cuantía del derecho invocado tampoco es la señalada en

la providencia recurrida, o sea, la que resultó del promedio de sueldos devengados durante los primeros veinte años de servicio, sino la establecida en el artículo 3o. de de la ley 65 de 1.946 modificativo de acuerdo con el artículo 9o. de la misma ley, del artículo 17 de la ley 6a. de 1.945. Conforme a dicho artículo 3o., la pensión de jubilación deberá ser equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos devengados en el último año de servicio. Tal es, pues, la forma de liquidación que legalmente procede en el caso que se estudia.

En apoyo de la tesis de que los servicios prestados como profesor universitario no son acumulables a los prestados desde varios cargos administrativos para efecto de computar la pensión cuyo pago se demanda, el señor Ministro aduce, según se vió, dos argumentos: 1º. Los servicios prestados por el doctor Bravo como profesor universitario no son de tiempo completo, y 2o. dichos servicios se hallan regulados por estatuto especial.

Baste para desvirtuar la razón alegada en primer tèrmino por el señor Ministro citar el artículo único de la ley 6ª, de 1.946 que dice en lo pertinente: "Las disposiciones a que se refiere el presente artículo -el 29 de la ley 6ª. de 1.945- amparan por lo tanto a los profesores de enseñanza secundaria, universitaria y normalista, *sea o no de tiempo completo* (Subrayado), que presten o hayan prestado servicios con anterioridad a la presente ley... ."

La segunda razón invocada de que con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado, cuya cita omite, cuando existe estatuto especial que regule las prestaciones sociales para determinados empleados no es posible la acumulación establecida en el artículo 29 en referencia se encuentra al parecer fundada en el supuesto equivocado de que las prestaciones sociales de los profesores universitarios se hallan en dicho caso. Al respecto es suficientemente claro y explícito el mandato contenido en el artículo único de la ley 6a. de 1.946, según el cual los profesores universitarios entre otros, se consideran para efecto de las prestaciones sociales como trabajadores vinculados por el nexo contractual a que se refiere el artículo 1o. de la citada ley 6a. de 1.945.

No puede, en consecuencia, ser remitido a duda que el profesorado universitario no goza de estatuto especial para el rêgimen de sus prestaciones sociales, las cuales se hallan reguladas como la de derecho privado de todo empleado u obrero nacional de carácter permanente, por la ley 6a. de 1.945. Como bien es sabido las relaciones oficiales de

derecho colectivo del trabajo se rigen por el Código Sustantivo del ramo.

Con relación al concepto del señor Ministro de que el tiempo durante el cual el doctor Bravo ejerció las funciones de Senador de la República tampoco es acumulable para efecto de computar su pensión de jubilación, debo observar: Mediante el artículo 6o. de la ley 67 de 1.943 (diciembre 24), aclaratorio del ordinal a) del artículo 2o. de la ley 22 de 1.942, quedó establecido y así lo reconoce el señor Ministro, que las funciones de Senador y Representante al Congreso eran acumulables a las desempeñadas en uno o varios destinos para gozar del beneficio de la jubilación. Dicho mandato al ser expresamente derogado en el artículo 12 de la ley 71 de 1.945 (diciembre 21) alcanzó a tener vigencia de dos años a partir del 28 de diciembre de 1.943.

Ahora bien, como el doctor Bravo ejerció las funciones de Senador de la República durante toda la vigencia del citado precepto, es evidente que durante ese lapso se originó una situación jurídica concreta, o sea, un derecho que hoy hace parte del patrimonio del doctor Bravo y cuya subsistencia no depende, ni depender puede de ley posterior de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la ley 153 de 1.887, fundado en el principio de la no retroactividad de la ley, que enerva nuestro derecho positivo.

En consecuencia, la ya anunciada tesis del señor Ministro sobre el particular carece de base en cuanto implícitamente afirma que durante la vigencia del artículo 6o en referencia, o sea, del 28 de diciembre de 1.943 al 27 de diciembre de 1.945, los servicios prestados por el Dr. Bravo desde el Senado de la República no son acumulables para el cómputo de su pensión de jubilación.

....».

Para resolver se considera:

Como de acuerdo con el principio general que consagra el art. 471 del Código Judicial, las sentencias deben ser pronunciadas en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes, no está demás tomar como punto de partida de esta decisión la solicitud concreta que contiene la parte final de la demanda presentada por el doctor Carlos Bravo ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y que es del siguiente tenor:

«De la documentación que he relacionado se desprende que en el año de 1.926 llegué a los 50 años de edad, que he desempeñado varios cargos públicos al servicio de

la Nación por más de veinte años; que el año de 1.946 fue el último año de servicio y que el sueldo devengado en este año fue de $500.00 mensuales.

Fundado en tales hechos debidamente comprobados y en las disposiciones contenidas en los artículos 17 ordinal b), 18 y 29 de la ley 6ª. de 1.945; 3º. y 5º. de la ley 65 de 1.946 y disposiciones concordantes del Código de Trabajo, atentamente solicito del señor Ministro se sirva reconocer y ordenar el pago a favor mío de la pensión vitalicia de jubilación a que de acuerdo con dichas disposiciones tengo derecho y en la cuantía que en ella se ordena».

Como se ve, la pensión de jubilaciòn que el doctor Carlos Bravo ha demandado es la consagrada por la ley 6ª. de 1.945 en el ordinal b) del artículo 17 para "*LOS EMPLEADOS Y OBREROS NACIONALES DE CARACTER PERMANENTE*" y en manera alguna la pensión de jubilación que la legislación colombiana tiene establecida para los servidores del ramo docente y que fue la que reconoció el Ministerio de Hacienda en la Resolución Nº. 2964 de 30 de noviembre de 1.954 objeto del recurso de apelación.

Desde la ley 50 de 1.886 el legislador colombiano consagró separadamente el derecho a la pensión de jubilación por parte de los empleados civiles y de los servidores del Ramo Docente, como puede constatarse con la simple lectura de los artículos 11 y 12 respectivamente de la citada ley y que dicen así:

«Artículo 11. Los empleados civiles que hayan desempeñado destinos o empleos de manejo, judiciales o políticos por veinte años por lo menos, con inteligencia y pureza, que comprueben con documentos auténticos sus servicios y que no hayan sufrido alcance o remoción por mal manejo, incuria u omisión, tienen derecho a pensión de jubilación, siempre que comprueben en los términos prescritos por esta ley, justa opción o recompensa, en estos casos: 1o. Haberse inutilizado en el servicio y no tener medios de procurarse la subsistencia, o bien ser mayor de sesenta años; 2o. No haber sido rebelde ni sindicado de tal contra el Gobierno bajo cuyo servicio se ha hallado; 3o. No haber sido acusado ni tildado de prevaricador".

«Artículo 12. Son tambien acreedores a jubilación los empleados de la Instrucción Pública por el tiempo indicado, siempre que en los términos de esta ley comprueben: 1o. Su conducta moral y aptitudes; 2o. Hallarse en imposibilidad de ganar la subsistencia y carecer de medios para vivir, o bien tener más de sesenta años; 3o. Acompañar declaraciones juradas de seis por lo menos de sus discipulos que por su conducta moral, sus buenas costumbres e inteligencia hayan ocupado o esten ocupando dis-

tinguida posiciòn como padres de familia y como ciudadanos»

Los preceptos de la ley 50 de 1.886 concernientes a la pensión de jubilación de los empleados y obreros nacionales, han sido sucesivamente modificados, adicionados y reformados por las leyes 29 de 1.905; 6a. de 1.945; 65 de 1.946; 24 y 72 de 1.947 y los Decetos 1600 de 1.945 y 2921 de 1.948, y, el reconocimiento y pago de esta prestación social ha estado a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de la Caja Nacional de Previsión Social de empleados y obreros nacionales o de las Cajas o Entidades de previsión social de conformidad con las precitadas disposiciones.

A la vez el estatuto especial sobre jubilación de los servidores del ramo docente ha sido regulado independientemente de la ley 50 de 1.886, como se deduce de los preceptos que han venido consagrando las leyes 100 de 1.892; 114 de 1.913; 116 de 1.928; 45 de 1.931; 37 de 1.933; inciso 2º del artículo 29 de la ley 6ª. de 1.945; ley 6ª. de 1,946; leyes 24 y 64 de 1.947 y Decretos 62 de 1.935 y 2081 de 1.949, y, el reconocimiento de esta prestación se hace por el Ministerio de Educación Pública a cargo del Tesoro Nacional.

De modo que conforme a las consideraciones que preceden será necesario revocar la providencia apelada toda vez que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público carece de competencia para decretar pensiones de jubilación a favor de los servidores del ramo docente con base en las leyes 50 de 1.886, 114 de 1.913, 6ª. de 1.945 y 6ª de 1.946, como también por haber decidido sobre una cuestión que no le fue solicitada por los interesados.

Por lo que hace a la pensión general de jubilación, que es la demandada por el doctor Bravo según las leyes que invoca como fundamento de su pretensión, no es el caso de acumular a los servicios que prestó en varias entidades de derecho público los desempeñados en el profesorado, por no ser estos de tiempo completo ni haber sido el doctor Bravo profesor escalafonado.

La acumulación que permite el artículo único de la ley 6ª. de 1.946 de los servicios que presten o hayan prestado con anterioridad a dicha ley, "sean o nò de tiempo completo", los profesores de enseñanza secundaria, universitaria y normalista se refiere expresamente, como la misma disposición lo indica, a la pensión mensual de jubilaciòn de los servidores del ramo docente y por ende no ampara al peticionario.

En cuanto a los artículos 12 y 13 de la ley 43 de 1.945, por la cual se crea el Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria, que se refieren a los profesores escalafonados de que trata el art. 7º de la misma ley que "serán considerados como empleados públicos o privados, según el caso, para los efectos de la ley 6ª. de 1.945", tampoco favorecen las pretensiones del doctor Bravo puesto que de autos no aparece que se encuentre escalafonado como profesor.

Y como el tiempo servido en las distintas entidades de derecho público por el doctor Bravo como empleado de carácter permanente o de tiempo completo, no alcanza el período que las leyes determinan para tener derecho a la pensión vitalicia de jubilación, síguese que su demanda por este aspecto no puede prosperar y habrá de negarse.

En cuanto a la solicitud del señor Fiscal Segundo de la Corporación de que debe reconocerse al demandante doctor Carlos Bravo por sus importantes servicios prestados a la educación pública la pensión que en cuantía de ochenta pesos ($80.00) mensuales consagra la ley 42 de 1.933, se observa:

Del expediente aparecen comprobados los siguientes hechos:

a) Que el doctor Carlos Bravo prestó sus servicios a la Universidad Nacional, como profesor, durante más de quince años;

b) Que es pobre y que su conducta ha sido siempre buena;

c) Que no es deudor moroso del Tesoro Nacional ni recibe del mismo pensión o recompensa, y

d) Que es mayor de 70 años de edad.

De conformidad con el artículo 1o. de la citada ley 42 de 1.933, el doctor Carlos Bravo tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de ochenta pesos ($ 80.00) y, en consecuencia, procede acceder a la solicitud del señor Fiscal, para lo cual habrá de revocarse en todas sus partes la providencia apelada.

En tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Fiscal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

1o. Revocar, como en efecto revoca la Resolución numero 2964 de 30 de noviembre de 1.954, originaria del Ministerio de Hacienda y Crédito Público;

2o.) Negar, como en efecto niega la pensión mensual vitalicia de jubilación demandada por el doctor Carlos Bravo en su libelo de fecha 14 de mayo de 1.954 y

3o.) Reconocer y ordenar el pago a favor del doctor Carlos Bravo y a cargo del Tesoro Nacional, de una pensión vitalicia de jubilacion en cuantía de ochenta pesos ($ 80.00 mensuales), prestación que se hará efectiva a partir del 12 de mayo de 1.954, fecha de la presentación de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Acosta Acosta, Manel A. Dangond Daza, José Úrbano Múnera.- Alfonso Gómez Hernández, Secretario.

PENSION DE JUBILACION

NO SE ACCEDE A RECONSIDERAR LA PROVIDENCIA QUE PRECEDE DE EFCHA 19 DE AGOSTO DE 1.955.

(Consejero Ponente: Dr. Guillermo Acosta Acosta)

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veintisiete de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

El doctor José Bravo Lizcano, por medio del escrito anterior solicita reconsideración de la sentencia pronunciada por esta Corporación con fecha diez y nueve de agosto del año curso.

Conforme al artículo 482 del Código Judicial, "La sentencia no es revocable ni reformable por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado ....". De consiguiente, la sentencia cuya reconsideración ha sido solicitada no puede en esta ocasión sufrir modificación alguna y, por lo mismo, la petición formulada por el doctor José Bravo Lizcano, como apoderado del doctor Carlos Bravo, es improcedente y así debe declararse.

Por lo expuesto, la Sala resuelve:

Declárase improcedente la solicitud formulada por el apoderado doctor José Bravo Lizcano, de que se ha hecho mérito.

Cópiese y notifíquese.

Guillermo Acosta Acosta, Manuel A. Dangond Daza, José Urbano Múnera.- Alfonso Gómez Hernández, Secretario.

PENSION DE JUBILACION
(NOTARIOS)

PARA TENER DERECHO A PENSION VITALICIA DE JUBILACION ES NECESARIO ESTAR AFILIADO A LA CAJA NACIONAL DE PREVISION

(Consejero Ponente: Doctor Dangond Daza).

Consejo de Estado — Sala de Negocios Generales — Bogotá, D. E., agosto nueve de mil novecientos cincuenta y cinco.

Consulta el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público su Resolución número 814 del 13 de abril del año en curso, por medio de la cual se reconoce a favor del señor Gilberto Garrido Cañarete una pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de dos mil ochocientos setenta y dos pesos con noventa y dos centavos ($ 2.872.92) moneda corriente, por servicios prestados al Estado en distintas entidades de derecho público y durante un lapso de 20 años cumplidos en ejercicio del cargo de Notario Segundo del Circuito de Cali.

Para resolver, la Sala considera:

Como fundamentos de derecho del reconocimiento que la providencia consultada contiene, se invocan la Ley 29 de 1.905 y los artículos 17 de la Ley 6ª. de 1.945 y 3º. de la Ley 6ª. de 1.946, en acatamiento de los cuales el señor Gilberto Garrido Cañarete acompañó a su demanda medios de pruebas suficientes para acreditar que es él mayor de 50 años; que no recibe pensión ni recompensa alguna de carácter nacional; que no es deudor moroso del Tesoro de la Nación; que no es ni ha sido afiliado a la Caja Nacional de Previsión, y, por último, que en distintas entidades de derecho público sirvió al Estado durante un tiempo mayor de 20 años.

Los textos legales en que se apoya la resolución ministerial son del tenor siguiente:

Ley 29 de 1.905.

> «Artículo 2º. Los empleados civiles que hayan desempeñado destinos públicos por treinta años, tendrán derecho, como pensión de jubilación, a la mitad del sueldo del último empleo que hubieren ejercido».

Ley 6a. de 1.945.

«Artículo 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a) ....

b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos ($ 30) ni exceder de doscientos pesos ($ 200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20 % de cada pensión.

c) ....»

Ley 65 de 1.946.

«Artículo 3º. La pensión mensual vitalicia de jubilación de que trata el inciso b) del artículo 17 de la Ley 6ª. de 1.945, será equivalente a las dos terceras partes del promedio de salarios devengados en el último año de servicio».

Tales, pues, las disposiciones que, como ya se dijo, de fundamento legal sirvieron al Ministerio de Hacienda para reconocer la pensión a que estos autos se contraen y las mismas que en ocasiones anteriores sirvieron al mismo despacho administrativo y a esta corporación para reconocerla en casos análogos.

Sin embargo, en esta oportunidad, un más detenido estudio de los preceptos invocados y de aquellos otros preceptos que reglan la materia, lleva a la sala a la conclusión de que antaño fueron ellos mal aplicados por errónea interpretación de su letra y de su espíritu.

En efecto:

Si por medio del artículo 2º. de la Ley 29 de 1.905 el legislador consagró para empleados civiles el derecho a pensión de jubilación, posteriormente, en el año de 1.945, volvió el legislador sobre la materia, y al ocuparse de las prestaciones oficiales para "empleados y obreros nacionales de carácter permanente", al expedir la Ley 6ª. de aquel año cambió el régimen jurídico de la pensión en referencia y fundamentalmente modificó las condiciones requeridas para merecerla: así, de 30 redujo a 20 los años de servicio y de 60 a 50 los años de edad; prescindiendo de algunos de los requisitos exigidos por la ley antigua y en las dos terceras partes del promedio de los sueldos devengados en el último año de servicio, fijó su cuantía, determinando, además, que ella no sería inferior de treinta pesos ($30.00) ni excedería de doscientos ($ 200.00),

límites estos que a su turno fueron suprimidos por el artículo 3º. de la Ley 65 de 1.949, transcrito en último lugar.

Y en los artículos 18, 19 y 20 del estatuto de 1.945 agregó el legislador:

> «*Artículo 18.* El Gobierno procederá a organizar la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, *a cuyo cargo estará el reconocimiento y pago de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior.* La organización de esta entidad se hará por el Gobierno antes del 1º. de julio de 1.945. (Subraya la Sala).
>
> *Artículo 19.* La Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales será una persona jurídica autónoma, cuya administración corresponderá a una Junta Directiva integrada por representantes del Gobierno y de los empleados y obreros. La Nación garantiza todas las obligaciones de la Caja.
>
> *Artículo 20.* El capital de la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales se formará así:
>
> a) Con un aporte anual equivalente al tres por ciento (3%) de los ingresos ordinarios del Presupuesto de la Nación.
>
> b) Con un aporte equivalente al tres por ciento (3%) mensual de los sueldos de los empleados nacionales *de cualquier clase*, cubierto por éstos. (Subraya la Sala).
>
> c) Con un aporte equivalente al dos por ciento (2%) mensual de los jornales de los obreros nacionales de cualquier clase, cubierto por éstos.
>
> d) Con un aporte equivalente a la tercera parte del primer sueldo mensual de todo empleado nacional, cubierto por éste.»

Cumpliendo lo ordenado por la Ley, con fecha 30 de junio de 1.945 el Gobierno dictó el Decreto extraordinario número 1600 "por el cual se organiza la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales", en cuyo artículo 1º. se dispone:

> «La Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales es una entidad autónoma, con personería jurídica y patrimonio propio, independiente de los bienes y fondos del Estado, a cuyo cargo está el reconocimiento y pago de las prestaciones oficiales indicadas en los artículos 17 de la Ley 6a. de 1.945 y de las adicionales a que tengan derecho los empleados y obreros nacionales que a ella estén afiliados forzosamente y los demás empleados y obreros oficiales que lleguen a afiliarse por el procedimiento facultativo que el presente decreto determina».

¿A qué servidores del Estado pagará la Caja Nacional de Previsión las prestaciones a que se hace referencia en la disposición transcrita, entre las cuales se cuenta la pensión mensual vitalicia de jubilación?

Es incuestionable que a sus afiliados *únicamente*: aquellos que, por serlo, a sus haberes han contribuído con la cuota de afiliación; con buena parte de los aumentos registrados en sus sueldos y con sus correspondientes aportes periódicos.

La respuesta es concluyente; es inobjetable.

Y si no son los Notarios afiliados forzosos de la Caja, ni facultativamente se hallan afiliados a ella, es obvio que carecen tales funcionarios de título legal adecuado para reclamar con derecho una prestación que por ministerio de la ley, a ella, *exclusivamente a ella,* corresponde reconocer y pagar.

A diferencia de los propiamente empleados y obreros nacionales de carácter permanente, ni son los Notarios pagados con fondos del Tesoro Público, ni, salvo contadas excepciones, de sus emolumentos u honorarios distraen ellos la más mínima parte en el sostenimiento de institución alguna de previsión social. Que en tales circunstancias el Estado les reconozca y pague una prestación que es de cargo de la Caja Nacional de Previsión y a la cual sólo tienen derecho quienes, además de otras condiciones, han satisfecho la totalidad de sus obligaciones para con la misma Caja, resulta exhorbitante y establece para ellos un régimen de privilegio y de excepción que es contrario a la equidad, a la justicia y al querer y a la voluntad del legislador.

Y no podrá decirse que son los Notarios o cualesquiera otros funcionarios públicos no afiliados a la Caja Nacional de Previsión, acreedores, al menos, a la pensión de jubilación inicialmente consagrada por el artículo 2º. de la Ley 29 de 1.905, cuandoquiera que ellos reunan los requisitos de edad y tiempo de servicio, porque bien examinados los textos legales pertinentes se advierte cómo aquella disposición fue subrogada por los artículos 17 y 18 de la Ley 6a. de 1.945 al reglamentar estos preceptos y los del Decreto extraordinario 1600 del mismo año, *íntegramente* la materia relativa a prestaciones oficiales.

Así las cosas, al estatuto de 1.905 sólo podrían legalmente acogerse aquellos empleados que las condiciones requeridas reunieran antes de la vigencia de la Ley 6a., vale decir, antes del 19 de febrero de 1.945.

Que es correcta, acertada y justa la interpretación de los textos examinados, confírmalo el contenido del parágrafo 4º. y la regla 2a. de los artículos 2º. y 11, respectivamente, del ya citado Decreto 1600, que en su orden disponen:

> «Los empleados que se hayan separado del servicio público nacional con posterioridad al 18 de febrero de 1.945 y antes de la vigencia del presente Decreto, tendrán

límites estos que a su turno fueron suprimidos por el artículo 3º. de la Ley 65 de 1.949, transcrito en último lugar.

Y en los artículos 18, 19 y 20 del estatuto de 1.945 agregó el legislador:

> «*Artículo 18.* El Gobierno procederá a organizar la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, *a cuyo cargo estará el reconocimiento y pago de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior.* La organización de esta entidad se hará por el Gobierno antes del 1º. de julio de 1.945. (Subraya la Sala).
>
> *Artículo 19.* La Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales será una persona jurídica autónoma, cuya administración corresponderá a una Junta Directiva integrada por representantes del Gobierno y de los empleados y obreros. La Nación garantiza todas las obligaciones de la Caja.
>
> *Artículo 20.* El capital de la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales se formará así:
>
> a) Con un aporte anual equivalente al tres por ciento (3%) de los ingresos ordinarios del Presupuesto de la Nación.
>
> b) Con un aporte equivalente al tres por ciento (3%) mensual de los sueldos de los empleados nacionales *de cualquier clase*, cubierto por éstos. (Subraya la Sala).
>
> c) Con un aporte equivalente al dos por ciento (2%) mensual de los jornales de los obreros nacionales de cualquier clase, cubierto por éstos.
>
> d) Con un aporte equivalente a la tercera parte del primer sueldo mensual de todo empleado nacional, cubierto por éste.»

Cumpliendo lo ordenado por la Ley, con fecha 30 de junio de 1.945 el Gobierno dictó el Decreto extraordinario número 1600 "por el cual se organiza la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales", en cuyo artículo 1º. se dispone:

> «La Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales es una entidad autónoma, con personería jurídica y patrimonio propio, independiente de los bienes y fondos del Estado, a cuyo cargo está el reconocimiento y pago de las prestaciones oficiales indicadas en los artículos 17 de la Ley 6a. de 1.945 y de las adicionales a que tengan derecho los empleados y obreros nacionales que a ella estén afiliados forzosamente y los demás empleados y obreros oficiales que lleguen a afiliarse por el procedimiento facultativo que el presente decreto determina».

¿A qué servidores del Estado pagará la Caja Nacional de Previsión las prestaciones a que se hace referencia en la disposición transcrita, entre las cuales se cuenta la pensión mensual vitalicia de jubilación?

Es incuestionable que a sus afiliados *únicamente*: aquellos que, por serlo, a sus haberes han contribuído con la cuota de afiliación; con buena parte de los aumentos registrados en sus sueldos y con sus correspondientes aportes periódicos.

La respuesta es concluyente; es inobjetable.

Y si no son los Notarios afiliados forzosos de la Caja, ni facultativamente se hallan afiliados a ella, es obvio que carecen tales funcionarios de título legal adecuado para reclamar con derecho una prestación que por ministerio de la ley, a ella, *exclusivamente a ella,* corresponde reconocer y pagar.

A diferencia de los propiamente empleados y obreros nacionales de carácter permanente, ni son los Notarios pagados con fondos del Tesoro Público, ni, salvo contadas excepciones, de sus emolumentos u honorarios distraen ellos la más mínima parte en el sostenimiento de institución alguna de previsión social. Que en tales circunstancias el Estado les reconozca y pague una prestación que es de cargo de la Caja Nacional de Previsión y a la cual sólo tienen derecho quienes, además de otras condiciones, han satisfecho la totalidad de sus obligaciones para con la misma Caja, resulta exhorbitante y establece para ellos un régimen de privilegio y de excepción que es contrario a la equidad, a la justicia y al querer y a la voluntad del legislador.

Y no podrá decirse que son los Notarios o cualesquiera otros funcionarios públicos no afiliados a la Caja Nacional de Previsión, acreedores, al menos, a la pensión de jubilación inicialmente consagrada por el artículo 2º. de la Ley 29 de 1.905, cuándoquiera que ellos reunan los requisitos de edad y tiempo de servicio, porque bien examinados los textos legales pertinentes se advierte cómo aquella disposición fue subrogada por los artículos 17 y 18 de la Ley 6a. de 1.945 al reglamentar estos preceptos y los del Decreto extraordinario 1600 del mismo año, *íntegramente* la materia relativa a prestaciones oficiales.

Así las cosas, al estatuto de 1.905 sólo podrían legalmente acogerse aquellos empleados que las condiciones requeridas reunieran antes de la vigencia de la Ley 6a., vale decir, antes del 19 de febrero de 1.945.

Que es correcta, acertada y justa la interpretación de los textos examinados, confírmalo el contenido del parágrafo 4º. y la regla 2a. de los artículos 2º. y 11, respectivamente, del ya citado Decreto 1600, que en su orden disponen:

> «Los empleados que se hayan separado del servicio público nacional con posterioridad al 18 de febrero de 1.945 y antes de la vigencia del presente Decreto, tendrán

derecho a las prestaciones oficiales consignadas en los apartes a), b), c) y d) del artículo 17 de la Ley 6a. de 1.945, según el caso; pero del monto de las prestaciones que se les adeuden les serán descontados los aportes mínimos de que trata el presente artículo, es decir: la tercera parte del último sueldo mensual y las cuotas periódicas correspondientes a seis meses. Si regresaran al servicio de la Nación deberán una nueva cuota de afiliación. El descuento de los aportes mínimos se hará de una vez, si la prestación es instantánea; o mediante la reducción de cada pensión, en un veinte por ciento, si la prestación es periòdica. Análogo procedimiento se aplicará a los demàs afiliados forzosos, empleados y obreros que dejen de pertenecer al servicio público nacional antes de completar sus aportes mínimos.

Las pensiones de jubilación decretadas de conformidad con la legislación anterior a la Ley 6a. de 1.945, seguirán atendiéndose por las entidades correspondientes, salvo que èstas acuerden con la Caja ese servicio y provean los recursos del caso.....».

Si en tratándose de empleados públicos que dejaron de serlo *después* de la sanción de la Ley 6a. de 1.945, pero *antes* de que fuera organizada la Caja Nacional de Previsión, deben ellos, para tener derecho a las prestaciones oficiales consignadas en los apartes a), b), c) y d) del artículo 17 de la mencionada Ley, pagar determinados aportes, ¿qué mucho que a quienes empleados eran cuando se organizò la Caja y siguieron siéndolo con posterioridad a su organización, el requisito de la afiliación se exija como condición previa indispensable para el reconocimiento y pago de una cualquiera de las prestaciones indicadas?

Y si al tenor del precepto transcrito en último lugar, las pensiones decretadas de conformidad con la legislación anterior a la Ley 6a. de 1.945, seguirán atendiéndose por las entidades correspondientes, salvo que èstas acuerden con la Caja ese servicio y provean los recursos del caso, tal ordenamiento constituye una excepción, que, como tal, a confirmar viene la regla general según la cual no hay hoy para empleados u obreros nacionales de carácter permanente, no afiliados a otra institución oficial de previsión social, prestación oficial ninguna distinta de aquellas que consagra el estatuto de 1.945, las cuales prestaciones son de cargo *exclusivo* de la Caja Nacional de Previsión y por ella reconocidas.

Ni podría argüirse que tal interpretación de la voluntad legislativa arrebataría a ciertos funcionarios el derecho a una prestaciòn -la pensión de jubilación- a que ellos serían acreedores por haber servido al Estado durante un lapso determinado y reunir, además, las restantes exigencias legales. No. Porque si las condiciones requeridas reunían ellos antes de la vigencia de la Ley 6a. de 1.945,

la pensión podían o podrían reclamar ajustándose a la legislación antigua, la cual seguiría gobernando los hechos cumplidos bajo su imperio. Si las cumplieron después, es obvio que a los términos del estatuto de 1.945 deben ellos ajustar sus pretensiones.

Previsivamente les dió el legislador el derecho de afiliarse potestativamente a la Caja Nacional de Previsión. Si oportunamente no lo ejercitaron, su negligencia a ellos solos puede perjudicar.

Coinciden las anteriores apreciaciones con las ya hechas por el Consejo en Sala de lo Contencioso Administrativo al fallar en el juicio de plena jurisdicción que contra el artículo 3o. de la Resolución número 144 de 1.950, dictada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, promovió el doctor Abraham Fernández de Soto en su condición de apoderado del señor Néstor Fernández de Soto. Dijo entonces la corporación:

«Dispuso el artículo 17 de la Ley 6a. de 1.945, que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían de las prestaciones señaladas en los ordinales a), b), c), d), e), f) y g) del expresado artículo, entre las cuales se cuenta la del auxilio o derecho a cesantía, en la forma allí prevista, la que fue modificada por el artículo 1o. de la Ley 65 de 1.946.

El artículo 18 de la misma Ley 6a. ordena la organización por el Gobierno de la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, "*a cuyo cargo estará el reconocimiento y pago de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior*" (17 de la misma Ley), disponiéndose que el Gobierno procedería a organizar dicha entidad antes del 1o. de julio de 1.945.

En obedecimiento de este mandato del Gobierno, con fecha 30 de junio de ese año, dictó el Decreto extraordinario número 1600, "por el cual se organiza la Caja de los Empleados y Obreros Nacionales", en cuyo artículo 1o. se dijo:

"Artículo 1o. La Caja es una entidad autónoma, con personería jurídica y patrimonio propio, independiente de los bienes y fondos del Estado, *a cuyo cargo está el reconocimiento y pago* de las prestaciones oficiales indicadas en el artículo 17 de la Ley 6a. de 1.945 y de las adicionales a que tengan derecho los empleados y obreros nacionales que a *ella estén afiliados forzosamente* y los demás empleados y obreros oficiales *que lleguen a afiliarse* por el procedimiento facultativo que el presente Decreto determina".

De las disposiciones que se comentan se deducen, claramente y sin esfuerzo, dos conclusiones:

Primera. Que la Caja Nacional de Previsión Social es la única entidad que puede reconocer las prestaciones

señaladas en los ordinales a), b), c) y d) del artículo 17 de la Ley 6a. de 1.945, respecto de los empleados oficiales que no perteneciendo a otra de las Cajas oficiales, deban reclamar tales prestaciones nacionales, cuando ellas se hubieran causado después de la vigencia de la Ley 6a. de 1.945.

Segunda. Que para poder solicitar cualquiera de dichas prestaciones es condición indispensable el ser afiliado forzoso o voluntario de la Caja según las prescripciones del Decreto 1600 de 1.945.

Por consiguiente, si en el caso de estudio, el Ministerio de Hacienda era competente para decretar la pensión de jubilaciòn del señor Néstor Fernández de Soto, *porque el tiempo de servicio se habia cumplido con anterioridad a la vigencia de la Ley 6a. de 1.945*, no lo era para decidir sobre el auxilio de cesantía, en cuanto que éste sólo podía reclamarse de la Caja Nacional de Previsión, siempre que oportunamente se hubiera afiliado a ella. (Subraya la Sala).

Por último, no sobra destacar que para tener derecho a beneficiarse con tales prestaciones, se requiere que el trabajador nacional esté afiliado a la Caja Nacional de Previsión, si no como forzoso, al menos como facultativo. Y cuando los Notarios y los Registradores, que no afiliados forzosos, no tienen el carácter de afiliados potestativos, no tienen derecho a esas prestaciones».

Con las excepciones que relativamente a la edad y al tiempo de servicio estatutos especiales consagran, inequívocamente queda, pues, establecido que hoy, bajo el imperio de la Ley 6a. de 1.945 y del Decreto 1600 del mismo año, *tres* condiciones esenciales deben reunir los empleados y obreros nacionales de carácter permanente para adquirir el derecho a la prestación denominada pensión vitalicia de jubilación; son a saber: veinte años de servicio, cincuenta años de edad y afiliación forzosa o facultativa a la Caja Nacional de Previsión o a otra institución oficial de previsión social.

Guardando una estrecha armonía con los preceptos legales que en el curso de esta providencia han sido examinados, y en desarrollo de los mismos, disposiciones posteriormente dictadas, tales como el parágrafo 1º. del artículo 1º. de la Ley 24 de 1.947, el artículo 21 de la Ley 72 de 1.947 y su Decreto reglamentario número 2921 del propio año, reiteran para las instituciones de previsión social la obligación de atender ellas al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a los empleados nacionales, departamentales y municipales, que las expresadas condiciones reunan dejando a cargo de la entidad misma dichos reconocimiento y pago, sólo cuando tales entidades no tengan establecida su respectiva Caja de Previsión, evento este último en el que no se halla

la Nación, que oportunamente creó y organizó la de sus empleados y obreros de carácter permanente.

Si, pues, el señor Gilberto Garrido Cañarete, que cumplió los veinte años de servicio en fecha muy posterior a la de la sanción de la Ley 6a. y a la de expedición del Decreto 1600 de 1.945, no es, como él mismo lo ha demostrado, afiliado a la Caja Nacional de Previsión, carece de una de las tres condiciones que a la prestación reclamada le darían derecho.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la Resolución ministerial consultada, y en su lugar NIEGA al señor Gilberto Garrido Cañarete la pensión de jubilación solicitada por èl al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese, notifíquese y devuèlvase.

Guillermo Acosta Acosta, Manuel Antonio Dangond Daza, Josè Urbano Múnera.— Alfonso Gómez Hernández, Secretario.

PENSION DE JUBILACION

FERROCARRILES NACIONALES. CASOS EN QUE ES COMPETENTE EL CONSEJO DE ESTADO PARA CONOCER DE LAS CONSULTAS Y APELACIONES SOBRE RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES.

(Cansejero Ponente: Dr. Dangond Daza)

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo tres de mil novecientos cincuenta y cinco.

Consulta el Ministerio de Obras Públicas su resolución de 22 de febrero del presente año, por medio de la cual se aprueba la marcada con el número 3215 del 17 de abril de 1.953, dictada esta última por el Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, sobre reconocimiento de pensión mensual vitalicia de jubilación al ex-trabajador ferroviario ALFONSO ESCOBAR CUENCA.

De las consultas, de las apelaciones y de las demandas de revisión en negocios relativos a reconocimiento de prestaciones sociales para empleados y obreros al servicio de los Ferrocarriles Nacionales ha venido conociendo el Consejo de Estado en virtud de lo dispuesto por el artículo 94 del Código del Trabajo de dichos ferrocarriles en armonía con lo preceptuado por el Código de lo Contencioso Administrativo en sus artículos 157, 158 y 159, disposiciones cuyo es el tenor siguiente:

Código Contencioso-Administrativo.

Artículo 157:

«La persona que se crea con derecho a exigir del Estado un reconocimiento pecuniario a título de recompensa, pensión, jubilación u otro de la misma naturaleza establecido en una ley, dirigirá su solicitud al Gobierno, por conducto del Ministerio al cual corresponde. A la demanda se le dará la tramitación que le es propia, de acuerdo con las disposiciones en vigencia.»

Artículo 158:

"Si el reconocimiento correspondiere hacerlo a una entidad especial, de caracter nacional, la resolución respec-

tiva, que concede o deniega la solicitud, deberá ser aprobada por el Ministerio del ramo respectivo.»

Artículo 159:

«Contra la resolución o providencia del Ministerio o del Gobierno que pone fin a la actuación administrativa, en los casos de los dos artículos anteriores, cabe el recurso de apelación para ante el Consejo de Estado, a propuesta del Ministerio Público o de las partes.»

« . . . . . »

«Si no fueren apeladas, deberán consultarse con la misma entidad aquellas resoluciones que impongan una obligación a cargo del Estado o de una persona administrativa de carácter nacional.»

Código del Trabajo.

Artículo 94:

«De conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo, las providencias que versen sobre reconocimiento o denegación de recompensas y pensiones de jubilación o de invalidez, deberán ser aprobadas por el Ministerio del ramo.

De conformidad con el artículo 159 del mismo Código, las citadas providencias cuando impongan una obligación a cargo del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, deberán consultarse con el Consejo de Estado.»

Pero ocurre que con fecha 27 de octubre de 1954, el Presidente de la República, en uso de sus facultades legales, y especialmente en desarrollo de la ley 17 de 1952 y el contrato aprobado por medio de ella, expidió el Decreto número 3129 "por el cual se provee al cumplimiento de lo ordenado en el artículo 3o. de la ley 17 de 1953, y al contrato celebrado por el Gobierno Nacional con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, aprobado por la misma ley", cuyos artículos 1o. y 2o. disponen:

«Artículo 1o. A partir del primero (1o.) de diciembre de 1954, queda suprimido el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, creado por la ley 29 de 1931, y por el Decreto número 1695 de 1.931.»

«Artículo 2o. Créase a partir del primero (1o.) de diciembre de 1954, una empresa denominada "Ferrocarriles Nacionales de Colombia", destinada a administrar los ferrocarriles de propiedad nacional, sobre una base comercial y a cuyo cargo estará la organización, administración, desarrollo y mejoramiento de los Ferrocarriles Nacionales

de Colombia; y que se regirá por los siguientes:

Estatutos de la Empresa:»

«. . . . . .»

Posteriormente, la Junta Directiva unánimemente acordó una reforma a los artículos 1º. y 16 de dichos estatutos, reforma a que el Gobierno Nacional impartió su aprobación por medio del Decreto número 3739 de 28 diciembre del mismo año de 1.954, que obliga desde el 25 de marzo del presente año, de conformidad con lo estatuído por los artículos 11 y 12 del Código Civil, y cuya parte dispositiva y por lo que respecta a la constitución de la empresa, reza así:

«*Artículo Primero.* Aprúebase la siguiente reforma a los estatutos de los "Ferrocarriles Nacionales de Colombia:" El artículo 1º. de los estatutos quedará así:

Nombre y Características,

"Artículo 1º. La Empresa se denominará Ferrocarriles Nacionales de Colombia, *será una persona jurídica de derecho privado,* con capital o patrimonio autónomo, *cuyo personal se regirá por las normas legales relativas a los trabajadores particulares*». (Subraya la Sala).

Si, pues a partir del 25 de marzo del año en curso la Empresa denominada "Ferrocarriles Nacionales de Colombia" es una persona jurídica de derecho privado y su personal se rige por las normas legales relativas a los trabajadores particulares, es claro, es obvio que, desde la fecha indicada, el Consejo de Estado perdió la competencia para conocer de las resoluciones sobre reconocimiento de prestaciones sociales al personal ferroviario, ya que privativamente a los Tribunales de la Jurisdicción Especial del Trabajo está encomendada la aplicación de las normas legales a que dicho personal queda ahora sometido, las cuales, según se ha visto, no son otras que las "relativas a los trabajadores particulares".

Pero la incompetencia del Consejo de Estado para atender en asuntos relativos a prestaciones sociales del personal al servicio de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia surge simultánea con la vigencia del Decreto 3739 y para aquellas resoluciones que en negocios de tal naturaleza se profieran o se hayan proferido a partir del 25 de marzo ya citado, pues otro es el tratamiento a que legal y jurídicamente deben quedar sometidas aquellas que lo fueron con anterioridad a la fecha indicada.

Para conocer de las consultas y apelaciones de estas últimas, que en el orden cronológico son, necesariamente primeras o anteriores, el Consejo retiene la competencia que antaño tuviera por ministerio de mandatos legales que vigentes estaban cuando tales actos administrativos se produjeron.

Esta doctrina es incuestionable y no es nueva, pues que ya en época anterior y en fallos análogos la sostuvo la Corporación. En efecto: en sentencia del 21 de septiembre de 1.945 dijo el Consejo:

> «..... .... 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 ....»

En atención, pues, a la doctrina así expuesta, el Consejo de Estado en Sala de Negocios Generales, debe conocer de la resolución a que se alude en el comienzo de esta providencia y a resolver la consulta a ella relativa se procede, previas las consideraciones siguientes:

Reza así la parte dispositiva de la resolución aprobada por medio de la providencia Ministerial materia de la consulta:

> «a) RECONOCER con cargo al F. C. Pacífico y el Fondo Social Ferroviario y a favor de ALFONSO ESCOBAR CUENCA, C. C. No. 1661827 de Armenia, la suma de DOSCIENTOS PESOS ($ 200.00), por concepto de una pensión mensual vitalicia de jubilación, a la cual tendrá derecho a gozar desde el día del retiro definitivo de los F. C. Nacionales.
>
> b) De conformidad con la jurisprudencia del Ministerio de Obras Públicas y el H. Consejo de Estado, el valor del auxilio de cesantía por el tiempo excedente a los 20 años que le pueda corresponder al beneficiario Escobar Cuenca, se abona en su totalidad a la deuda de $17.445.38 que recibió como recompensa por buenos servicios y liquidación parcial de cesantía con destino a habitación. El saldo en su contra se descuenta de la jubilación, en la proporción del 10 °/o mensual.
>
> c) En cuanto al reparto proporcional del valor de la jubilación entre las dos entidades mencionadas, se hace posteriormente. El fondo Social Ferroviario participa en el tiempo de servicio a partir del 1°. de enero de 1.949, en adelante.»

Y son fundamentos de la decisión transcrita los siguientes:

Que ALFONSO ESCOBAR CUENCA trabajó al servicio de los Ferrocarriles Nacionales durante 31 años y 22 días, y dentro de este lapso, durante más de diez (10) años lo hizo como conductor; que por la circunstancia ultimamente anotada y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 64 de 1.946, el extrabajador es acreedor a la pensión de jubilación, así no haya cumplido los 50 años de edad; que el último sueldo básico devengado por él ascendió a $ 308.70, cuyo 80 °/o excede el límite máximo

fijado por la ley para pensiones de trabajadores ferroviarios, y que, por último, al actor se le reconoció y pagó por concepto de recompensa y cesantía parcial la suma de $ 17.445.38.

Halló el señor Ministro de Obras Públicas ajustada a las disposiciones legales y reglamentarias la Resolución 3215, sobre reconocimiento, y le impartio su aprobación.

Y, por cuanto la Sala, ningún reparo tiene que hacer a los fundamentos de una y otra providencia, habrá de confirmar la resolución ministerial materia de la consulta.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la Resolución ministerial a que esta providencia se refiere.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Manuel A. Dangond Daza, Guillermo Acosta Acosta, José Urbano Mùnera-. Alfonso Gómez Hernández, Secretario.

PENSION DE JUBILACION

REVISION DE LAS RESOLUCIONES DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISION COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.

(Consejero Ponente: Dr. Dangond Daza.)

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales—Bogotá, Mayo veinticinco de mil novecientos cincuenta y cuatro.

Invocando la causal contemplada por el numeral 6º. del artículo 165 de la Ley 167 de 1.941, el abogado Roberto Escallón Ricaurte, obrando como apoderado especial de la Caja Nacional de Previsión, demanda la REVISION, de la Resoluciòn número 7942 del 27 de Octubre de 1.950, por medio de la cual la entidad mencionada reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de SEISCIENTOS PESOS ($ 600.00) a favor del doctor GILBERTO POLANCO.

Sometido el juicio al trámite legal correspondiente y por cuanto no se observa causal de nulidad que invalide el procedimiento, procede la Sala a fallarlo, previas las consideraciones siguientes:

Los HECHOS de la demanda son enunciados por el señor apoderado de la Caja, así:

> «. . . . . Con fecha 6 de octubre de 1.950, el señor Gilberto Polanco solicitò de la Caja Nacional de Previsión el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación por haber servido durante más de veinte años en la Rama Jurisdiccional y acompañó a su solicitud los documentos que acreditan su derecho. La Caja Nacional de Previsión encontró debidamente probado que el Sr. Polanco sirvió al Estado durante 23 años, 7 meses y 1 día y en tal virtud procedió a hacer la liquidación de la respectiva pensión, dictando la Resoluciòn cuya revisión demandó: tal Resolución consideró que eran disposiciones aplicables la Ley 6a. de 1.945, el Decreto 1600 del mismo año, la Ley 71 de 1.945, el a. 2o. de la ley 95 de 1.946 y el Decreto 1175 de 1.947 y reconoció y ordenó pagar desde la fecha de separación de su cargo al Sr. Polanco, la cantidad de seiscientos pesos ($ 600.00) moneda corriente co-

mo pensión mensual vitalicia de jubilación, omitiendo aplicar el a. 2o. de la ley 95 de 1.946, que limita a $ 500.00 la pensión de jubilación de los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional. Cuando los funcionarios de la Caja Nal. de Previsión advirtieron ésta omisión y éste error se dictó la Resolución 3869 del 22 de Junio de 1.951 por medio de la cual se reformó la Resoluciòn original en el sentido de no reconocer al Sr. Polanco sino $ 500.00 como pensiòn mensual vitalicia de jubilación. El Sr. Polanco interpuso recurso de reposición contra ésta providencia el cual fue resuelto negativamente por medio de la Resolución de la Caja No. 5141 del 17 de agosto de 1951. Entonces el Sr. Polanco, por intermedio de apoderado instauró acción de nulidad de éstas resoluciones ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de esa H. Corporación, acción que como es natural, ya que el procedimiento empleado por la Caja no fué legal, prosperó hasta producirse la Sentencia del 30 de Mayo de 1.952 que declaró nulas las Resoluciones 3869 y 5141 de 1.951 ordenando a la Caja Nal. de Previsión dar cumplimiento a la Resolución original, esto es, a la marcada con el No 7942 del 27 de octubre de 1.950. . . . . .»

Y agrega el demandante, señalando las disposiciones violadas por la Caja y exponiendo el concepto de la violación:

« . . . . Al dictar la Resolución 7942 de 1.950, la entidad que represento violó el artículo 2o. de la Ley 95 de 1946, que dice: "Articulo 2o. El inciso primero del artículo primero de la ley 71 de 1.945 quedará así: Los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo al retirarse de su puesto tendrán derecho a una pensión vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75 o/o) de los sueldos devengados en el último año de servicio, sin que en ningun caso exceda de quinientos pesos ($ 500.00) ni baje de treinta pesos ($ 30.00). Lo dispuesto en este inciso empezará a regir desde el primero de mayo de 1947".

La vigencia del artículo transcrito comenzó, como él mismo lo dice, el primero de mayo de 1.947 y terminó el 6 de Julio de 1.951, con la vigencia del Decreto Extraordinario 1490 de esa fecha que, en su artículo primero, niveló las prestaciones de los empleados de la Rama Jurisdiccional, de lo Contencioso Administrativo y del Ministerio Pùblico con las establecidas para los demás empleados al servicio del Estado. El artículo segundo del mencionado Decreto dice: "Artículo segundo. Las prestaciones ya reconocidas y las situaciones resueltas por la Caja no podrán

ser objeto de modificación alguna con base en las disposiciones del presente Decreto. Y el Artículo 3o. dice: "Artículo tercero. Quedan suspendidas todas las disposiciones contrarias al presente Decreto, el cual regirá desde la fecha de su expedición." Queda así muy en claro que en la fecha de expedición de la Resolución cuya revisión demando, -27 de Octubre de 1950-, estaba vigente el artículo segundo de la Ley 95 de 1.946, arriba transcrito; es así que la Resolución 7942 de 1.950, de la Caja Nacional de Previsión, reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación de $ 600.00 al Sr. Gilberto Polanco por servicios prestados en la Rama Jurisdiccional del Poder Público, luégo no hay duda de que tal providencia de la Caja violó el artículo 2o. de la Ley 95 de 1.946, en ese entonces vigente.»

Como consecuencia de los HECHOS así expuestos y en mérito de las razones legales por él invocadas, el señor apoderado de la Caja pide al Consejo "que se revise el reconocimiento de la pensión jubilatoria hecho por la Caja Nacional de Previsión a favor del Sr. Gilberto Polanco por medio de la Resolución 7942 de 1.950, en el sentido de que la cuantía de tal prestación no sea de seiscientos pesos ($ 600.00) sino de quinientos pesos ($ 50.000) y que se ordene descontar del monto de la pensión, por cuotas mensuales del 20 o/o de ésta, (Ordinal b) del A. 17 de la Ley 6a. de 1.945), lo pagado al señor Polanco en exceso de $ 500.00, desde el 20 de Mayo de 1.951 hasta la vigencia del fallo respectivo».

En presencia de la demanda así promovida por la Caja Nacional de Previsón, el doctor Gonzalo Gaitán, eu su condición de apoderado especial del doctor Gilberto Polanco, en escrito que obra en autos opone a ella las excepciones perentorias de INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA Y COSA JUZGADA, fundamentando las cuales se expresa en los términos siguientes:

«Fundo la primera excepción en que conforme al artículo 164 del Código Contencioso Administrativo la revisión sólo procede contra la SENTENCIA pronunciada, bien por el Tribunal Contencioso Administrativo o bien por el Consejo de Estado y el demandante no ha solicitado revisión de ninguna sentencia, sino de una Resolución de una entidad o persona Administrativa, y para esta clase de providencias no está instituída la acción de revisión. En nuestro lenguaje forense sólo se llaman "sentencias" las decisiones de la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Las dictadas por las autoridades administrativas llevan el nombre de Resoluciones.

Y la razòn de que sólo sean revisables las sentencias es muy clara: "revisar", que viene de ver, significa volver a ver, ver de nuevo, y mal puede revisar o volver a ver

quien no ha visto aun. Así las cosas, la Resolución cuya revisión se pide, carece de la acción instaurada, porque el Consejo de Estado no puede revisar Resoluciones de otras entidades, sino únicamente sus propias sentencias.

La excepción de cosa juzgada la fundo en que la Sala Contencioso Adminitrativa de ese Honorable Consejo, mediante sentencia de 30 de mayo de 1.952, recaída a un juicio ordinario y cuya copia auténtica obra en autos y pido se tenga como prueba, definió de una vez por todas el derecho de mi cliente. En dicha sentencia el Consejo anuló las resoluciones de la Caja distinguidas con los números 3869 y 5441 y dispuso: "En lo sucesivo la Caja seguirá pagando, como pensión, al doctor Polanco el valor de seiscientos pesos ($ 600.00) que le reconoció por medio de la Resolución No. 7942 de 27 de octubre de 1.950".

"Ahora bien, la acción de revisión está instituída contra las sentencias dictadas en los juicios de que trata el Capítulo XVIII del Código Contencioso Administrativo. Estas sentencias hacen tránsito a la cosa juzgada y hacen nula cualquier otra decisión que les sea contraria».

A su turno, el señor Fiscal 1o. de la Corporación, doctor Justo Franco, al contestar el traslado de la demanda y luego de hacer un recuento de los hechos que antecedieron a ella, concluye su contestación, así:

«De los hechos anteriores se concluye claramenete, que la demanda de revisión intentada por el representante de la Caja Nacional de Previsión Social, no puede prosperar; en efecto:

Lo revisable en el presente caso sería la sentencia dictada por el Consejo de Estado, con fecha 30 de mayo de 1952 ya que fué precisamente tal fallo el que, ante lo resuelto por la Caja en las Resoluciones anuladas, ordenó el pago de la pensión en cuantía de seiscientos pesos al doctor Polanco. El fallo definitivo sobre el particular nó es la Resolución 7942 de la Caja, sino la sentencia del Consejo de Estado de 30 de Mayo de 1.952, que ordenó el pago de la pensión mencionada. Por consiguiente lo revisable, como al principio se dijo, sería el fallo definitivo y nó la Resolución de la Caja cuya revisión solicita el demandante.

De otro lado, como lo dice el apoderado del actor, en memorial visible al folio 12 del expediente principal "la acción de revisión está instituída contra las sentencias dictadas en los juicios de que trata el Capítulo XVIII del Código Contencioso Administrativo, juicios de naturaleza especial, pero nó está consagrada contra las sentencias pronunciadas en juicio ordinario, por la Sala Contencioso Ad-

ministrativo. Estas sentencias hacen tránsito a la cosa juzgada y hacen nula cualquier otra decisión que les sea contraria.

"Efectivamente la sentencia del Consejo de Estado, de fecha 30 de mayo de 1.952 fijó en cabeza del doctor Polanco un derecho, creó una solución subjetiva inalterable, que no puede ser ulteriormente modificada, ya que lleva el sello de la cosa juzgada.

Las anteriores consideraciones, en sentir de este Despacho, indican que la demanda no puede prosperar y que por consiguiente deben declararse probadas las excepciones de "ineptitud sustantiva de la demanda y cosa juzgada" propuestas por el señor apoderado del actor.»

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Haciendo una acertada, correcta y justa interpretación del artículo 164 de la Ley 167 de 1.941, a través de constante e invariable jurisprudencia el Consejo de Estado ha sostenido que, no sólo son revisables las resoluciones sobre reconocimientos que impongan al Tesoro Público la obligación de cubrir una suma periódica de dinero, sino que, además, en el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo radica exclusivamente la competencia para REVISAR, previo el correspondiente juicio especial, tales resoluciones, así el Consejo no se hubiere pronunciado sobre ellas a causa de inexistencia del grado de jurisdicción llamado de consulta o del recurso de apelación o por no interposición de este último.

En apoyo de la anterior afirmación la cita de numerosos fallos podría hacerse aquí; pero por apremio de tiempo habrá de limitarse dicha referencia a lo dicho por la Sala en la providencia con que puso término al juicio de REVISION instaurado por el doctor Aníbal Cardozo Gaitán contra la Resolución número J. 4659 dictada también por la Caja Nacional de Previsión.

En aquella oportunidad, después de hacer algunas consideraciones al respecto, dijo la Sala:

«Y no se podría en el caso de autos con eficacia alegar que la "revisión" que al Consejo está encomendada debe únicamente versar sobre la sentencia que la misma Corporación hubiere dictado decidiendo de la apelación o la consulta y nó sobre aquellas resoluciones de reconocimiento que no han sido sometidas a su jurisdicción, porque, si disposición posterior, con fuerza legal cuyo valor no es del caso medir ahora, sustrajo del Consejo de Estado el conocimiento de las apelaciones y consultas relativas a providencias de la Caja Nacional de Previsión, que ponen fín a la actuación administrativa, para dichas resoluciones, así como para todas aquellas originarias de en-

tidades especiales de carácter nacional, conservan su pleno vigor de aplicación, por parte del Consejo, los preceptos relativos al juicio de revisión.»

De ser interpretado el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo con el rigor que lo hace el distingido profesional apoderado del doctor Polanco, daríase el caso de un sinnúmero de meritorios servidores del Estado, que, aun hallándose ante hechos que como causales de revisión consagra el artículo 164 de la obra citada, veríanse privados del medio adecuado para demandar la modificación de la respectiva providencia administrativa. Y cuanto se dice del individuo frente al Estado, debe decirse de éste y de las distintas entidades administrativas de carácter nacional, frente al individuo.

Porque, si únicamente sus propias sentencias puede el Consejo de Estado *revisar*, a qué autoridad correspondería hacerlo en tratandose de aquellas resoluciones para las cuales ha sido suprimida la "consulta" y el recurso de apelación o éste no se interpuso oportunamente, cuando quiera que en relación con ellas concurra una de las causales a que se hace referencia, siendo, como es incuestionable, que sólo en el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo radica la competencia para conocer del juicio especial instituído por el artículo 164 de la Ley 167 de 1.941?.

Tal interpretación por ser contraria al espíritu de la Ley, desnaturaliza el concepto de equidad, que, según Aristóteles, consiste en el ejercicio de una justicia superior a la simplemente legal, en una corrección de la Ley positiva cuando ésta, dentro de su universalidad no ha podido preveer algunos casos particulares y resultaría inicuo aplicarla a ellos al pie de la letra.

Es, pues, competente el Consejo de Estado para conocer, por medio de esta Sala, de la demanda de REVISION que de la Resolución número 7942 dictada por la Caja Nacional de Previsión, instauró en nombre de dicha entidad el doctor Roberto Escallón Ricaurte.

Por lo que hace a la excepción de "cosa juzgada" que el señor doctor Gaitán y el señor Agente del Ministerio Público defienden con razonamientos nó del todo análogos, carece en el proceso de todo fundamento jurídico y de la controversia por su planteamiento suscitada resulta fácil decidir.

En efecto:

Como atrás se dejó establecido, la Caja Nacional de Previsión modificó por medio de sus resoluciones números 3869 y 5141 la marcada con el número 7942 del 27 de octubre de 1.950, sobre reconocimiento de pensión de jubilación al señor Gilberto Polanco, quien, apoderado por el mismo abogado que en esta ocasión lo hace, demandó ante esta misma Corporación Sala de lo Contencioso Administrativo, la nulidad de las mentadas resoluciones y obtuvo del

Consejo que por sentencia proferida el 30 de mayo de 1.952, declarara:

> «.....Son nulas y así se declaran las Resoluciones números 3869 y 5141 de 22 de junio y 17 de agosto de 1.951 respectivamente, originarias de la Caja Nacional de Previsión Social. En consecuencia, la entidad nombrada reconocerá y pagará al Dr. Gilberto Polanco la diferencia del valor de la pensión dejada de pagar como consecuencia de los actos anulados en el tèrmino señalado por el Art. 121 del C. de lo C. A· En lo sucesivo la Caja seguirà pagando, como pensión, al doctor Polanco el valor de ($600.00) que le reconoció por medio de la Resolución Nº. 7942 de octubre de 1.950.»

De la sentencia cuya és la parte resolutiva transcrita, sostiene el señor Fiscal que es la definitiva en tratándose de la prestación reconocida al doctor Polanco, y que, en consecuencia, tal providencia sería la *revisable* por el Consejo de Estado. Pero que -y aquí sus apreciaciones coinciden con las del señor abogado-apoderado-, ".....la acción de revisión está instituída contra las sentencias dictadas en los juicios de que trata el Capítulo XVIII del Código Contencioso Administrativo, juicios de naturaleza especial, pero no está consagrada contra las sentencias pronunciadas en juicio ordinario, por la Sala Contencioso Administrativo. Estas sentencias hacen tràn-sito a la cosa juzgada y hacen nula cualquier otra decisión que les sea contraria."

Si el señor Fiscal estuviera en lo cierto y la sentencia a que se alude fuera efectivamente aquella por la cual se impuso a la Caja Nacional de Previsión la obligación de cubrir una suma periódica de dinero a título de pensiòn de jubilación, podría versar sobre ella el juicio especial de revisión consagrado por el artículo 164 del Código Contencioso, sin que al ejercicio de acción pudiera válidamente oponerse el hecho jurídico alegado, toda vez que el legislador, al instituír el juicio en mención, consecuencialmente consagró también una excepción al principio general de la "cosa juzgada".

Pero el señor Agente del Ministerio Público hace una apreciación equivocada cuando tal cosa afirma.

El Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo no ha decretado reconocimiento alguno a favor del doctor Gilberto Polanco y a cargo de la Caja Nacional de Previsión.

Se limitó la Corporación a declarar la nulidad de dos actos administrativos por medio de los cuales arbitrariamente, vale decir, sin autorización legal, se reformaba la resolución 7942, èsta sí de reconocimiento. Y es obvio que, como consecuencia de la declaración de nulidad, correspondía al Consejo y así lo hizo, ordenar a la entidad administrativa cumplir lo dispuesto en providencia, que,

por virtud del fallo de anulación, readquirió plena vigencia y obligatoriedad.

Así las cosas, lo revisable es, sin duda alguna, la Resoluciòn número 7942 del 27 de octubre de 1.950, originaria de la Caja Nacional de Previsión. De este criterio participa la Sala de lo Contencioso Administrativo y con ocasión del juicio ante élla ventilado, también lo entendieron así el propio señor Fiscal y el abogado doctor Gonzalo Gaitán.

En efecto, en el fallo a que se alude dijo la Sala de lo Contencioso:

> «En realidad, como lo anota el señor Agente del Ministerio Público en su concepto, se trata de un caso de suma sencillez, ya que en interpretación a lo dispuesto en el Ar. 164 del C. de lo C. A. y aplicando tal precepto al problema en estudio, la Caja Nacional de Previsión carece de facultad para revisar o modificar sus providencias encaminadas al reconocimiento de sumas periódicas de dinero. En efecto: el Art. 164 antes mencionado reza en su texto: "A solicitud de cualquier persona o del Ministerio Público podrá revisar el Consejo de Estado o el respectivo Tribunal Administrativo la sentencia que se hubiere dictado sobre reconocimientos que impongan al Tesoro Público la obligación de cubrir una suma periódica de dinero". De tal manera que, lo correcto y jurídico sería que la Caja por medio de representante competente hubiera solicitado de la autoridad administrativa correspondiente, la revisión o anulación de la Resolucion No. 7942 de 1.950 para así lograr la modificaciòn del valor de la pensión que ella misma le reconoció al Dr. Polanco. Del artículo que se comenta se deduce que es privativa del Consejo de Estado la facultad de revisar pensiones de jubilación. Así lo tiene resuelto en numerosos fallos esta superioridad».

Y el señor Fiscal en la vista emitida entonces:

> «Si la Caja Nacional de Previsión cree que hay lugar a modificar la cuantía de la pensión del Dr. Polanco, pensión que ella misma le reconoció por medio de la Resolución No. 7942 de 1.950, no puede de motu-propio modificarla ni entrar a reconsiderarla oficiosamente, ya que el camino a seguir es el demandar por medio de representante legal la revisión de tal reconocimiento ante el H. Consejo de Estado».

En la demanda que al juicio de nulidad dió origen, dijo el doctor Gaitán:

> «Las Resoluciones de los funcionarios o personas de carácter administrativo que resuelven en el fondo las peti-

ciones de los ciudadanos en orden al reconocimiento de derechos que creen tener, tienen la fuerza de una sentencia dictada por funcionarios de la Rama Jurisdiccional de Poder Público y a élla le son aplicables las disposiciones del Código Judicial que regulan la materia».

Resta ahora averiguar si, como lo sostiene el demandante, la disposición que sirvió de fundamento al reconocimiento de pensión de jubilación para el doctor Gilberto Polanco fuè mal aplicada y se cumple así, en relación con la resolución 7942, la causal 6a. de revisión.

El 27 de octubre de 1.950, fecha en que se dictó por la Caja Nacional de Previsión la resolución cuya revisión se demanda, regulaba lo relativo a pensión de jubilación para los empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 2º de la Ley 95 de 1.946, que, modificando el inciso primero del artículo primero de la Ley 71 de 1.945, disponía:

> «Los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo al retirarse de su puesto tendrán derecho a una pensión vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de los sueldos devengados en el último año de servicio, sin que en ningún caso exceda de quinientos pesos ($ 500.00), ni baje de treinta pesos ($30.00).
>
> Lo dispuesto en este inciso empezará a regir desde el primero de mayo de 1.947».

La disposición transcrita estuvo vigente hasta el 5 de julio de 1.951, pues que con fecha 6 del mismo mes y año fue expedido el decreto extraordinario número 1490, el cual por disposición de su artículo 3º. rige desde la fecha de su expedición y por mandamiento de sus artículos 1º. y 2º. se modifica fundamentalmente el règimen de prestaciones para los funcionarios o empleados a que el mentado estatuto alude en los términos siguientes:

> «*Artículo primero.* Los empleados de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, de lo Contencioso Administrativo, de la Jurisdicción Especial del Trabajo y del Ministerio Público, disfrutarán, a partir de la fecha, de las mismas prestaciones sociales establecidas por las leyes de carácter general para los demás empleados del servicio público, y tendrán para con la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales las mismas obligaciones que éstos".
>
> "*Artículo segundo.* Las prestaciones ya reconocidas y las situaciones resueltas por la Caja no podrán ser objeto de modificación alguna con base en las disposiciones del presente Decreto".

«*Artículo tercero.* Quedan suspendidas todas las disposiciones contrarias al presente Decreto, el cual regirá desde la fecha de su expedición».

Si, pues, por medio de la resolución número 7942 del 27 de octubre de 1.950, reconoció al doctor Gilberto Polanco una pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía que excedió el límite máximo de $ 500.00 fijado para dicha prestación por el artículo 2º de la Ley 95 de 1.946, es incuestionable que por parte de la Caja Nacional de Previsión, al hacer el reconocimiento a que se ha hecho referencia, se violó flagrantemente la norma legal aplicable en la fecha en que se dictó la mentada resolución, y, consecuencialmente, se está en presencia de la causal de revisión consagrada por el numeral 6º. del artículo 165 de la Ley 167 de 1.941 y habrá el Consejo de acceder a la primera de las súplicas de la demanda.

No podrá ordenarse el descuento del excedente pagado al doctor Polanco, "desde el 20 de mayo de 1.951 hasta la vigencia del fallo respectivo", por cuanto la resolución número 7942 creó una situación jurídica que sólo será modificada por virtud de esta sentencia y una vez que ella quede en firme.

En mérito de las consideraciones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Fiscal Primero de la Corporación y en desacuerdo con èl, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVISA la resolución número 7942 del 27 de octubre de 1.950, dictada por la Caja Nacional de Previsión, para disponer, como en efecto lo hace, que, a partir de la ejecutoria de esta providencia, la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida a favor del doctor GILBERTO POLANCO y cargo de la Caja mencionada será sólo de QUINIENTOS PESOS ($ 500.00) y en dicha cuantía le será pagada desde la fecha indicada.

Cópiese, notifíquese y devuèlvase.

Manuel Antonio Dangond Daza, Guillermo Acosta Acosta, José Urbano Mùnera.- Alfonso Gómez Hernández, Secretario.

PENSION DE JUBILACION

REVISION. OFICIALES RETIRADOS DE LAS FUERZAS MILITARES. APLICACION RETROSPECTIVA DE LA LEY EN MATERIA DE PRESTACIONES SOCIALES.

(Ponencia del Consejero Dr. José Urbano Múnera).

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales— Bogotá, D. E., veinticuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

El señor General JORGE MARTINEZ LANDINEZ se retiró del servicio activo del Ejército, a solicitud propia, al cabo de 21 años y fracción menor de seis meses de servicio, y durante la vigencia del artículo 9º de la Ley 115 de 1.928, que excluía del sueldo de retiro a los Oficiales que se retiraran voluntariamente antes de cumplir 28 años de servicio. Pero demostró, con un documento que más tarde resultó adulterado, que tenía la edad de 58 años que entonces era motivo de retiro forzoso, con derecho al sueldo de retiro. Y con base en esa prueba el Consejo de Estado, en sentencia de fecha 13 de diciembre de 1.945, le reconoció sueldo de retiro en la cuantía correspondiente según la legislación de entonces.

Demandada la revisión de tal reconocimiento, tanto por el propio beneficiario, quien solicitaba la retroactividad de la vigencia del fallo ya citado de 1.945, como por el señor Fiscal del Consejo, quien demandó la suspensión del pago de la asignación de retiro, se comprobó la adulteración de la partida de bautizo aducida en el juicio primitivo, y el Consejo accedió a la demanda del señor Fiscal, en sentencia de fecha 30 de abril de 1.947.

De este fallo solicitó revisión el señor General Martínez Landínez, y esta Sala, en sentencia de fecha 2 de diciembre de 1.953, accedió a la demanda, reconociendo nuevamente el sueldo de retiro, con base en los textos de los artículos 33 y 34 de la ley 2ª. de 1.945, 1º de la Ley 5ª. de 1.946 y 1º de la Ley 100 de 1.946.

Por último, del nuevo fallo solicitó revisión el abogado civil del Gabinete del Ministerio de Guerra, quien razonó así su demanda:

«El texto del artículo 33 de la Ley 5ª. de 1.945 dice:

"El llamamiento a calificar servicios por voluntad de

Gobierno solamente puede tener lugar después de 15 años de servicio del Oficial, y en este caso tiene derecho a una asignación mensual de retiro, pagadera por la Caja respectiva igual al 35% del sueldo correspondiente a su grado".

El artículo 34 de la Ley 2ª. de 1.945 dice:

"A partir de la sanción de la presente ley, el reconocimiento de las asignaciones a que se refiere el artículo anterior, no se hará por cantidades fijas, sino en forma de porcentaje, tomando en todo tiempo como base el sueldo de actividad vigente para cada grado, en forma que las dichas asignaciones de retiro sigan proporcionalmente las oscilaciones de los sueldos de actividad, y se paguen en todo tiempo con relación directa de los mismos".

El artículo 1º de la Ley 5ª. de 1.946 establece:

"Aclárase el artículo 34 de la Ley 2ª. de 1.945 en el sentido de que la nueva forma de asignaciones y liquidaciones previstas tanto en este artículo como en el 33 de la misma ley, rige no sólo para los Oficiales que se hayan retirado o se retiren con posterioridad a su vigencia, sino a los que lo hubieren hecho antes dentro de las condiciones señaladas en los artículos citados".

La primera de las disposiciones citadas hace referencia al caso de llamamiento a calificar servicios a voluntad del Gobierno después de 15 años; la segunda a la forma de porcentaje de asignaciones con el fin de evitar la discimilitud de las distintas asignaciones de retiro; y la tercera, concede el mismo beneficio, en relación con el porcentaje de asignación, no solamente a los que se retiren con posterioridad a su vigencia, sino también a quienes lo hubieren hecho antes dentro de las condiciones *señaladas en los artículos citados*, es decir, los retirados por voluntad del Gobierno, después de 15 años.

Todas estas disposiciones presuponen la coexistencia del sueldo de retiro.

Mas aún, la misma Ley 2ª. de 1.945 señala un mínimun de 22 años de servicios para el retiro voluntario según norma del artículo 32 de dicho estatuto, y solamente a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1.946 el retiro por solicitud propia, después de 15 años, *da derecho a sueldo de retiro.*

Es así que los servicios prestados por el General JORGE MARTINEZ LANDINEZ solo arrojan un total de *21 años, 5 meses y 2 días*, y éste se retiró por *solicitud propia*, luego, ni bajo la vigencia del artículo 9º de la Ley 115 de 1.928, no con apoyo en el artículo 32 de la Ley

2ª. de 1.945 que exige un mínimum de 22 años, puede deducirse que tenga derecho a gozar de asignación de retiro.

Las leyes derogadas no son leyes muertas; èllas crearon, tutelaron y rigieron situaciones jurídicas deteminadas y los requisitos en éllas establecidos son aplicables para que los actos realizados bajo su imperio tengan fuerza jurídica, y por tanto, conceptuar, que por la derogatoria de èlla por otra que determine distintos requisitos crea derechos, es dar efecto retroactivo a la ley.

El Consejo de Estado en sentencia de 21 de septiembre de 1.955 dijo lo siguiente:

"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 concurridos después de la derogación, sin embargo sigue gobernando los hechos cumplidos cuando ella estaba aún en vigor» (Anales del Consejo de Estado año XXVIII 1.945 Tomo LV Números 352 a 356 pag. 21).

Como se ve, el demandante olvidó referirse al precepto del artículo 1º. de la ley 100 de 1.946. En su defecto lo hizo el señor Fiscal del Consejo, Dr. Franco, en los siguientes términos:

«*Tercero*: Ley 100 de 1.946, "por la cual se reforma la Ley 2ª. de 1.945 y se dictan otras disposiciones".

Dice el artículo 1º. de esta Ley:

"El personal de Oficiales de las Fuerzas Militares que sea retirado del servicio activo por llamamiento a calificar servicios o a solicitud propia a los quince (15) años de servicios, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro definitivo, a que por la Caja respectiva se le pague una asignación mensual de retiro igual al cincuenta por ciento (50 o/o) del sueldo correspondiente a su grado ..... PARAGRAFO .... ".

Por medio de esta norma se aumentan los porcentajes de asignación de retiro y se disminuye el tiempo necesario para tener derecho a ella, cuando se trata de retiro del Ejercito a solicitud propia.

Acontece sinembargo, que el artículo 20 de la citada Ley prescribe terminantemente lo siguiente: "ESTA LEY RIGE DESDE SU SANCION". Quiere esto decir que el legislador, siguiendo las reglas generales, legisló para el futuro, y que, por consiguiente, como la Ley 100 de 1.946 no le asignó efecto retroactivo a sus disposiciones, salvo la excepción que adelante se verá, ellas no sirven para beneficiar a Oficiales que se hallen en la situación de hecho similar a la del General Martínez Landínez.

La única excepción es la contemplada en el artículo 19 de la precitada ley, que dice:

"Los sueldos de Retiro que a los Oficiales y Suboficiales *se estèn pagando a la fecha de la sanción de esta Ley* deberán ser reajustados de acuerdo con la norma consagrada en los artículos 1o. y 7o. de ella, a cuyo efecto devengarán una asignación mensual de retiro igual al cincuenta por ciento (50 o/o) del sueldo correspondiente a cada grado, según las asignaciones vigentes".

Claramente se está refiriendo esta disposición a las asignaciones de retiro ya decretadas, porque sus beneficiarios tenían derecho a ellas, con anterioridad a la sanción de esta Ley, y que se estuvieren pagando al tiempo de entrar ella en vigencia, caso éste en que el General Martínez Landínez no se encuentra, y, por tanto, es obvio que no puede acogerse a esta disposición para reclamar el presunto derecho que alega.

En consecuencia, tampoco con base en las disposiciones de la Ley 100 de 1.946, el General Martínez Landínez tiene derecho a asignación de retiro, por no hallarse dentro de las condiciones que dicha norma exige para su otorgamiento.

Para terminar se anota que en la sentencia que se revisa, el Consejo de Estado expresó lo que a continuación se tramscribe:

"Así las cosas, el General Martínez que adquirió derecho a sueldo o asignación de retiro al ser sancionada la Ley 2a. de 1.945, pero cuyo reconocimiento no demandó sino con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1.946, sòlo a partir de la fecha en que esta última fue sancionada -30 de diciembre de 1.946- es él acreedor al pago de la prestación reclamada".

Teniendo en cuenta las consideraciones que atrás se dejaron expuestas, fácilmente se advierte el error en que incurrió tanto el Consejo de Estado como esta Fiscalía, al considerar que la Ley 2a. de 1.945 le hizo adquirir al General Martínez Landínez el derecho a asignación de retiro, error que se debió principalmente a la circunstancia de no haber tenido en cuenta que el artículo 5o. de la Ley 5a. de 1.946, cuando aclaró los artículos 33 y 34 de la Ley 2a. de 1.945, determinó expresamente que tan sólo tendrían derecho a los beneficios de retroactividad allí consagrados, aquellos oficiales que se hubieran retirado DENTRO DE LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN TALES ARTICULOS (33 y 34), condiciones que como cree esta Fiscalía haber dejado plenamente establecido, no reunía en ningún momento el General Martínez Landínez.

La Fiscalía no tiene ningún inconveniente en rectificar su error, apoyándose para ello en el estudio que ha hecho de la nueva demanda de revisión.

Se concluye sin duda alguna que por UNA MALA INTERPRETACION DE LA LEY se le había reconocido al General Martínez Landínez un derecho a asignación de retiro que no tenía, y que no tiene, y por lo tanto se halla bien invocada la causal segunda de revisión, porque al tiempo del reconocimiento el General Martínez Landínez no reunía la aptitud legal necesaria que lo hiciera acreedor a la prestación reconocida».

Además, el señor Fiscal acogio y amplió la tesis de la demanda acerca de la inoperancia de los textos de las Leyes 2a. de 1.945 y 5a. de 1.946, en el caso de autos. Rectificó así el doctor Franco su concepto anterior sobre esta materia.

El Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, en la sentencia ya citada de 1.953 argumentó de la siguiente manera para llegar a la conclusión de que debía concedérsele la pensión solicitada al General Martínez Landínez:

«Pero la situación del Oficial demandante, en relación con el derecho reclamado es otra a partir del 19 de febrero de 1.945 fecha esta en que entró en vigencia la Ley 2a. del mismo año, por cuyo artículo 33 se instituyó para los efectos de la prestaciòn denominada "sueldo de retiro" el extremo o requisito de la edad por el del tiempo de servicio.

En efecto, la disposición citada dispuso:

"El llamamiento a calificar servicios por voluntad del Gobierno solamente puede tener lugar después de 15 años de servicio del Oficial, y en este caso tiene derecho a una asignación mensual de retiro, pagadera por la Caja respectiva, igual al 35% del sueldo correspondiente a su grado.

Respecto de la forma de liquidación para la mentada prestación, el artículo 34 de la misma Ley ordenó:

"A partir de la sanción de la presente ley, el reconocimiento de las asignaciones a que se refiere el artículo anterior no se hará por cantidades fijas, sino en forma de porcentajes, tomando en todo tiempo como base el sueldo de actividad vigente para cada grado, en forma que las dichas asignaciones sigan proporcionalmente las oscilaciones de los sueldos de actividad, y se paguen en todo tiempo con relación directa a los mismos".

Y el artículo 1o. de la Ley 5a. de 1.946 por la cual se *aclaran* los dos textos anteriormente trascritos, es del tenor siguiente:

"Aclárase el artículo 34 de la Ley 2a. de 1.945 en el sentido de que la nueva forma de asignaciones y liquidaciones previstas tanto en este artículo como en el 33 de la misma Ley, *rige no solamente para los Oficiales que se hayan retirado o se retiren con posterioridad a su vigencia, sino a los que lo hubieren hecho antes dentro de las condiciones señaladas en los artículos citados*". (Subraya la Sala).

Si pues, el General JORGE MARTINEZ LANDINEZ se retiró del Ejército después de 21 años de servicio, vale decir, *dentro de las condiciones señaladas por la ley*, por fuerza o virtud del mandamiento legal inmediatamente atrás copiado y por causas o razones distintas de las que antaño lo determinaban, adquirió el derecho a sueldo de retiro el 19 de febrero de 1.945, fecha de la sanción de la Ley 2a., toda vez que el artículo 1o. del ordenamiento legislativo de 1.946, *por ser aclarativo*, debe considerarse incorporado en el estatuto aclarado.»

Es obvio que para poder determinar si procede o no la revición solicitada por motivo de una errada interpretación de la ley que es la causal invocada en la demanda, se debe volver al análisis de los textos legales que la fundamentaron:

El artículo 34 de la Ley 2a. de 1.945 dispone:

«A partir de la sanción de la presente ley, el reconocimiento de las asignaciones a que se refiere el artículo anterior no se hará por cantidades fijas, sino en forma de porcentajes, tomando en todo tiempo como base del sueldo de actividad vigente para cada grado, en forma que dichas asignaciones de retiro sigan proporcionalmente las oscilaciones de los sueldos de actividad, y se paguen en todo tiempo con directa relación a los mismos».

Al estudiar este artículo se observa desde luego lo siguiente: que si bien él sólo hace referencia expresa a la disposición anterior o sea al artículo 33 de la misma ley que prevé apenas los casos en que se llama a los Oficiales a calificar servicios por voluntad del Gobierno, sin embargo implícitamente se refiere al 32 de la misma ley que contempla el caso de los Oficiales que se retiren a solicitud propia, puesto que este artículo en su parágrafo, dispone: "Si la solicitud de retiro se presenta después de cumplidos 22 años de servicio, el Oficial tiene derecho al sueldo de retiro *en las condiciones del artículo siguiente*". Luego lógicamente toda aclaración del artículo 34 citado hay que entenderla hecha a los artículos 33 y 32.

Pero antes de seguir adelante debe establecerse el alcance de la conexión de los arts. 32 y 33. Parece que ella no es otra sino la siguiente: que los Oficiales que se retiren por voluntad propia después de cumplidos veintidos años de servicio tienen derecho a

una asignación mensual de retiro igual al 35 °/o del sueldo correspondiente a su grado, aumentable hasta el 80 °/o según los años excedentes de servicio después de los primeros quince.

Vino posteriormente la Ley 5ª. de 1.946 que en su art. 1º. dispuso:

> «Aclárase el artículo 34 de la Ley 2ª. de 1.945 en el sentido de que la nueva forma de asignaciones y liquidaciones previstas tanto en este artículo como en el 33 de la misma Ley, rige no sólo para los Oficiales que se hayan retirado o se retiren con posterioridad a su vigencia, sino a los que lo hubieren hecho antes dentro de las condiciones señaladas en los artículos citados", y en el 32 de la misma ley, ha debido añadirse por lo que se explicó atrás, pues el artículo 33 está vinculado al 32 porque éste en la parte final de su parágrafo dice: "en las condiciones del artículo siguiente».

Por lo mismo, para delimitar el alcance de la retroactividad consagrada en esta norma, es preciso establecer cuáles son las condiciones comprendidas en los artículos 32, 33 y 34 de la Ley 2a. de 1.945.

Desde luego puede observarse que el artículo 34 citado no establece condición ninguna porque lo que allí se hace es ordenar que a partir de la vigencia de la expresada Ley 2a. los reconocimientos a que se refiere el artículo que lo precede o sea el 33 (y también el 32 por las razones apuntadas atrás) no se hagan por cantidades fijas sino en forma de porcentajes "tomando en todo tiempo como base el sueldo de actividad vigente para cada grado". Esta norma o sistema para la liquidación de los sueldos de retiro, por cierto muy justo, como es obvio no establece condición ninguna. La consagra sí el artículo 33 cuando dispone que el llamamiento a calificar servicios por voluntad del Gobierno solamente puede tener lugar despues de 15 años de servicio oficial teniendo en tal caso derecho a recibir una asignación mensual igual al 35 °/o del sueldo correspondiente a su grado, màs los aumentos previstos en el parágrafo de esta disposición. Y también el artículo 32 de la misma Ley, en su único parágrafo, tiene una condición o sea: que si la solicitud de retiro la presenta el Oficial, despues de cumplidos 22 años de servicio, tiene derecho a sueldo de retiro en la forma y con las prerrogativas de los Oficiales que hayan sido llamados por el Gobierno a calificar servicios, una vez cumplida la condición de haberle servido al Ejercito 15 años, es decir, una pensión igual al 35 °/o del sueldo correspondiente a su grado, como lo ordena el artículo 33, más los aumentos autorizados en esta misma disposición si fuere el caso.

Como se ve, al disponer el parágrafo único del art. 32 de la Ley 2a. de 1.945 que los Oficiales que por voluntad propia se hayan retirado del Ejercito después de 22 años de servicio "tienen derecho a un sueldo de retiro *en las condiciones del artículo siguien-*

te, lo que quiso no fue referirse a la condición de 15 años de servicio mínimo exigido por el artículo 33 para que los Oficiales llamados a calificar servicios por voluntad del Gobierno tengan derecho a la asignación mensual de retiro, ya que en la misma disposición o sea el artículo 32 que se está comentando le había impuesto a los Oficiales que se retiraran a voluntad propia la obligación de servirle al Ejército 22 años por lo menos para tener derecho a sueldo de retiro, sino disponer que estos Oficiales gozaran de las asignaciones de retiro en las proporciones fijadas en el art. 33 mencionado, lo que propiamente no es una condición, pero que sin embargo se debe aceptar como tal porque ese fue el alcance que le dió el legislador. Se explica así, en parte al menos, el error en que pudo haber incurrido la Sala en la interpretación de la Ley al dictar el fallo que ahora se revisa.

Determinadas ya cuáles son las condiciones señaladas en los artículos 32, 33 y 34 de la ley 2a. de 1.945 procede sì establecer el alcance de la retroactividad consagrada en el artículo 1o. de la Ley 5a. de 1.946. Ordena esta disposición que la nueva forma de asignaciones y liquidaciones previstas en los artículos citados de la ley 2a. de 1.945 rija "no sólo para los Oficiales que se hayan retirado o se retiren con posterioridad a su vigencia, sino a los que lo hubieren hecho antes dentro de las condiciones señaladas en los artículos citados".

La expresión "que se hayan retirado o se retiren" contenida en el artículo 1o. de la ley 5a. desde luego hay que admitir que no se refiere exclusivamente a los Oficiales que sean retirados del Ejército por voluntad del Gobierno sino de igual manera a quienes se retiren por voluntad propia, pues no se hace distinción entre unos y otros, de lo cual hay que concluír lògicamente que la retroactividad prevista en la última parte de la norma que se está analizando comprende a Oficiales que se hayan retirado por voluntad del Gobierno y también a quienes lo hayan hecho por determinación propia; pero como a ambos grupos se les exige, para tener derecho a gozar de la retroactividad, que lo hayan hecho "dentro de las condiciones señaladas en los artículos citados", hay que establecer, como se ha hecho, cuáles son estas condiciones.

Para los primeros, es decir, a quienes fueron retirados por voluntad del Gobierno, haberlo hecho después de 15 años de servicio (art. 33), y para los segundos o sea para aquellos Oficiales que lo hicieron por propia voluntad, haber presentado su solicitud de retiro después de 22 años de servicio (art. 32).

ANTECEDENTES DE LA LEY 5a. DE 1.946:

Al buscar en el Archivo del Congreso, los antecedentes de esta Ley no se encuentra en ellos nada o casi nada que contribuya a esclarecer el alcance de ella.

En efecto, en el año de 1.945 se presentó un proyecto de ley que fue aprobado por el Senado con este título: "Por la cual se

dispone la construcción de un puente o viaducto sobre el río Ambica entre los Municipios de Colombia y Baraya en el Departamento del Huila".

Al pasar a la Cámara, ésta lo modificó dejando como artículos 1º. y 2º. los aprobados por el Senado acerca del referido puente y se propusieron como nuevos, para 3º. el que aclara el artículo 34 de la ley 2a. de 1.945, y para 4º. uno por el cual se autorizaba al Gobierno para abrir unos créditos. Pasada esta Ley para su sanción al Presidente de la República éste objetó por inconstitucionales los artículos 1o. 3o. y 4o. objeciones que al volver al Senado fueron declaradas fundadas quedando por tanto sólo vigentes los artículos 3o. y 5o. del proyecto tal como lo aprobó la Cámara en el año de 1.945 que son el primero y el segundo (los únicos que tiene) de la ley 5a. de 1.946.

En un corto informe al Senado, del doctor Rafael Dávila al explicar el alcance de la aclaración hecha a la Ley 2ª. de 1.945 y estudiar el proyecto primitivo tal como fue modificado por la Cámara de Representantes, se lee: "Además, en sus artículos 3º y 4º se aclaran los principios contenidos en el 33 y en el 34 de la Ley 2ª. de 1.945, con el fin de evitar que una interpretación equivocada de estas disposiciones coloque a los Oficiales retirados en condiciones de inferioridad respecto de aquellos que lo han sido después de la vigencia. Es esta, pues una modificación indispensable para que el reconocimiento de las prestaciones entre estos servidores del Estado no sea solamente justa y equitativa sino también equivalente".

Lo esencial de lo que acaba de trancribirse sin duda alguna está en lo siguiente: "..... .... con el fin de evitar que una interpretación equivocada de estas disposiciones coloque a los Oficiales retirados en condiciones de inferioridad respecto de aquellos que lo han sido después de la vigencia".

El artículo 34 de la Ley 2ª. de 1.945 empieza así:

> «A partir de la sanción de la presente ley, el reconocimiento de las asignaciones a que se refiere el artículo anterior no se hará por cantidades fijas.....", y a continuación establece la norma para hacer dicho reconocimiento en lo venidero o sea siguiendo las oscilaciones de los sueldos de actividad. Por tanto sin hacer la aclaración contenida en la Ley 5a. de 1.946 quienes se habían retirado del Ejército, con voluntad o sin ella, antes de la *sanciòn* de la expresada ley 2ª., no quedaban amparados con el beneficioso sistema de porcentajes consagrado en el artículo 34 de este estatuto que lejos de darle carácter retroactivo dispuso todo lo contrario, o sea su operancia para después de sancionada tal ley y por esto el mencionado artículo 34 se inicia así: "A partir de la sanción de la presente ley, el *reconocimiento* de la asignaciones etc.».

Fluye, pues, la conclusión lógica de que el único propósito del legislador al expedir el artículo 1º de la Ley 5a. de 1.946 fue el de darle efecto retroactivo a la forma de asignaciones y liquidaciones previstas en los artículos 32, 33 y 34 de la Ley 2ª. de 1.945 a fin de que los Oficiales retirados del Ejército antes de la vigencia de este estatuto, por voluntad propia después de 22 años de servicios, o a voluntad del Gobierno luego de cumplir 15, pudieran gozar para sus sueldos de retiro de la forma de liquidaciones o porcentajes, sobre la base del sueldo de actividad vigente para cada grado, establecido por el artículo 34 de la expresada Ley.

Como es manifiesto, en ninguno de los casos contemplados se encuentra el General Martínez Landínez, ya que dice haberse desvinculado del Ejército antes de haber cumplido 22 años de servicios en él. De consiguiente, por los aspectos estudiados se incurrió en la sentencia de 2 de diciembre de 1.953 en una equivocada interpretación de la Ley 2a. de 1.945, en sus artículos 32, 33 y 34 aclarados por el 1º de la Ley 5a. de 1.946, interpretación que la Sala rectifica en esta ocasión.

LEY 100 DE 1.946.

Pero en el fallo por medio del cual se reconoció un sueldo o asignación de retiro al General Jorge Martínez Landínez se invocó también la vigencia del artículo 1º de la Ley 100 de 1.946 y a este respecto observa la Sala:

Cuando el susodicho General se retiró del servicio activo del Ejército hallándose ya consagrada por la legislación social respectiva y para los miembros de las Fuerzas Armadas la prestación denominada "sueldo" o "asignacion de retiro". Solo que, cuando su baja se produjo no reunía él una de las condiciones exigidas por la ley para hacerlo acreedor entonces a la mentada prestación: esto es, se retiró el General con 21 años, 5 meses y unos días de servicio, cuando, para los efectos indicados, requeríanse 22 años de actividad, así fuera por aproximación legal.

Pero se expidió en 1.946 la ley 100 que en su artículo 1º dispuso:

> «El personal de Oficiales de las Fuerzas Militares que sea retirado del servicio activo por llamamiento a calificar servicios o a solicitud propia, a los quince (15) años de servicios, tendrán derecho, a partir de la fecha de su retiro definitivo, a que por la Caja respectiva se le pague una asignación mensual de retiro igual al cincuenta por ciento (50%) del sueldo correspondiente a su grado».
>
> «PARAGRAFO. Cuando el tiempo de servicio sea mayor de quince (15) años, la asignación de retiro se

aumentará en un cuatro por ciento (4%) por cada año o fracción mayor de seis (6) meses, sin que el total pueda pasar del ochenta y cinco por ciento (85 %) del sueldo de actividad».

Como se ve, por medio de la disposición transcrita, de 22 se redujo a 15 el tiempo de servicio requerido para adquirir derecho a sueldo o asignación de retiro. Y por virtud de esta fundamental modificación, el General Martínez Landínez, que con exceso había cumplido al servicio del Estado, como Oficial de las Fuerzas Militares, el lapso mínimo señalado por la ley nueva, adquirió el derecho a la prestación como consecuencia de la aplicación retrospectiva que en materias sociales a ella debía darse.

Y no fue el negocio en que se estudió la situación del General Jorge Martínez Landínez el primero que el Consejo de Estado resolviera, con aplicación retrospectiva de la ley relativa a prestaciones sociales. No. Ya anteriormente la Corporación, ajustando su decisión a un principio de justicia y de equidad generalmente aceptado, así retrospectivamente aplicó la legislación a esta materia relativa. Dígalo, si no, el fallo de 24 de septiembre de 1.951, por medio del cual esta Sala del Consejo confirmó la Resolución número 1955 de 22 de febrero de 1.950 proferida por la Junta Directiva de la Caja de Auxilios de los Ramos Postal y Telegráfico, que, aprobada por el señor Ministro de Correos y Telégrafos en favor de la señorita Matilde Torres Vergara reconoció una pensión de jubilación, retrotrayendo a su caso los preceptos de una ley sancionada con posterioridad a la fecha de su retiro definitivo del servicio público.

Conviene advertir cómo en el asunto a que se acaba de hacer referencia, la Sala, por hallarse de acuerdo con la tesis expuesta en la providencia sometida a su revisión, apenas refiriéndose sucintamente a ella, confirmó la iniciativa ministerial.

En uno de los considerandos de su resolución de reconocimiento dijo el Ministro de Correos y Telégrafos:

«Es cierto como lo sostiene el doctor López que las leyes de carácter social tienen carácter retroactivo, y que para ser acreedor a la pensión de jubilación basta haber prestado los servicios por más de 20 años ....»

Y en su sentencia dijo esta Sala:

«30, 25 y 20, han sido, pues, los tiempos mínimos de servicios al Estado exigidos sucesivamente por la Ley a los empleados del Ministerio de Correos y Telégrafos como condición indispensable para el goce de la pensión de jubilación. Y cuando eran 30 los exigidos, con sólo 21 años, un mes y 23 días se retiró del empleo la señorita TORRES VERGARA. De donde se deduce, incuestionablemente,

que ningún derecho a la pensión había ella adquirido en la fecha de su retiro. Sólo lo adquirió, por excepcional aplicacion retroactiva de la Ley 28 de 1.943, el 22 de octubre del mismo año, en que fue promulgado el citado estatuto».

Y en sentencia de 3 de octubre de 1.951, proferida en el juicio de revisión promovido por el Sub-Oficial Abelardo Parra Rojas, dijo el Consejo:

«El criterio sobre la *aplicación de la ley más favorable en materia de prestaciones sociales* fue introducida en la legislación positiva por el artículo 36 de la Ley 6ª. de 1.945, vigente en la época en que fue proferida la sentencia de cuya revisión se trata.

De este modo, la cuestión *sub-judice* queda reducida a determinar si la Ley 3a. de 1.937 rige para los Sub-oficiales llamados a calificar servicios después de diez años o más de actividad en las Fuerzas Armadas ,prestados con anterioridad a la vigencia de dicha ley, y si por consiguiente debe ser aplicada de preferencia a la Ley 104 de 1.927, igualmente vigente en la época en que se produjo el retiro del peticionario.

Indudablemente, la reducción de quince años de servicios prestados en las Fuerzas Militares como requisito para tener derecho a sueldo o asignación de retiro, dado el carácter eminentemente social de la Ley 3ª. de 1.937, obedeció a motivos de utilidad pública y por tanto debía producir o tenía un efecto general inmediato respecto a las condiciones o exigencias contempladas en la nueva ley pero cumplidas con anterioridad a su vigencia, y, por ende, ha debido ser aplicada retrospectivamente, conforme a la doctrina del artículo 18 de la Ley 153 de 1.887, con tanta mayor razón cuanto se trata de una norma más favorable».

Por último, conviene dejar claramente establecido que, si en el fallo por medio del cual se reconoció al General Jorge Martínez Landinez el derecho a asignación o sueldo de retiro, aplicando retrospectivamente el artículo 1º. de la Ley 100 de 1.946, tal aplicación retrospectiva se hizo sólo en lo tocante al reconocimiento mismo, pues que en lo que respecta al goce efectivo de él se atuvo el Consejo en dicho fallo a la vigencia de la Ley en referencia y así se dispuso que la asignación reconocida debería pagarse por la Caja de Sueldos de Retiro a partir de la fecha en que dicha ley fue sancionada. Por este aspecto se respetó, pues, como era y es obvio, el principio de la no retroactividad.

Tanto el demandante como el señor Agente del Ministerio Público sostienen que al artículo 1º. de la Ley 100 de 1.946 no puede dársele la aplicaciòn retrospectiva que la Sala le dió, por no disponerlo así la ley misma.

En primer término quiere la Sala repetir y otra vez hacer notar que la aplicación al caso de autos de la disposición en referencia se hizo únicamente en lo tocante al reconocimiento de una prestación ya de tiempo atrás consagrada y no a las consecuencias del reconocimiento mismo, toda vez que, por lo que a estas últimas respecta, vale decir, la obligación de pagar al General Martínez Landínez la asignación de retiro a que se hizo acreedor, se dispuso que ella existiría sólo a partir de la fecha en que entró en vigencia el estatuto de 1.946.

En segundo lugar debe la Sala insistir en que, de conformidad con un principio generalmente aceptado, en materia de prestaciones sociales y en casos excepcionales, consideraciones de justicia y de equidad determinan la aplicación retrospectiva de la ley.

Habida consideración de las razones apuntadas, andan equivocados el señor Fiscal y el demandante cuando estiman que sólo cuando la misma ley así expresamente lo ordena puede ella aplicarse retrospectivamente. Es lo contrario. Cuando el legislador ha querido sustraer de tal principio determinadas disposiciones legales, así categóricamente lo ha consignado o dispuesto en el texto de la disposición misma. Tal el ordenamiento del artículo 34 de la Ley 2a. de 1.945, en el cual se lee:

> «*A partir de la sanción de la presente Ley*, el reconocimiento de las asignaciones a que se refiere el artículo anterior no se hará por cantidades fijas, sino en forma de porcentajes, tomando en todo tiempo como base el sueldo de actividad vigente para cada grado, en forma que las dichas asignaciones de retiro sigan proporcionalmente las oscilaciones de los sueldos de actividad, y se paguen en todo tiempo con directa relación a los mismos». (Subraya la Sala).

Si de acuerdo con el artículo 87 de la citada Ley 2a., ella "rige desde la fecha de su sanción", ¿qué propósito distinto del de quitarle al artículo transcrito el efecto retrospectivo pudo tener el legislador al redactarlo en los términos en que lo hizo? La respuesta es clara y ella necesariamente coincide con las apreciaciones de la Sala a las cuales da seguridad de acierto y un indiscutible fundamento.

Y, pues, que en tratándose del artículo 1o. de la Ley 100 de 1.946, ya modificado fundamentalmente hoy por el Decreto 3220 de 1.953 no hizo el legislador la clara advertencia consignada en el precepto antes transcrito, su ordenamiento, relativo a pres- en taciones sociales para Oficiales retirados de las Fuerzas Militares, atención al principio tántas veces enunciado se aplicó retrospectivamente.

Está fuera de lugar la invocación de la jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual la ley derogada sigue gobernando los actos cumplidos bajo su imperio. La Sala reitera y reafirma tal

jurisprudencia. Pero es obvio que respecto de ella pueden existir y existen casos de excepción; algunos, consagrados por la ley nueva; otros, por inmanentes principios de derecho, de justicia y de equidad. Porque es innecesario hacer de ellos aquí una larga enumeración, se limita la Sala a citar, por vía de ejemplo, el consagrado implícitamente por el ordinal 6o. del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, el cual, al señalar una de las causales de revisión, consagrando está también implícitamente el principio de la retroactividad en materias sociales.

El artículo y ordinal citados son del tenor siguiente:

> «La revisión, que podrá solicitarse en cualquier tiempo, tendrá lugar en los casos siguientes:
>
> "6o. Cuando la cuantía ha sido aumentada o disminuída por disposición posterior al reconocimiento.....».

De conformidad con el precepto transcrito, un ex-trabajador o ex-empleado del Estado, pensionado en las condiciones previstas por la Ley 6a. de 1.945, podrá más tarde pedir que la cuantía de su pensión sea aumentada si las bases de liquidación para esta prestación oficial fuere por una ley posterior favorablemente modificada.

Y así, por los términos, el sentido y la frecuentísima aplicación de la disposición copiada, advertirá el señor abogado demandante cómo no siempre la ley derogada o antigua sigue gobernando los actos cumplidos bajo su imperio y cómo el propio legislador autorizó e inspira la aplicación retrospectiva de la ley en materia de prestaciones sociales.

Corolario, pues, de este capítulo es que el fallo de 2 de diciembre de 1.953 tiene firme fundamento legal.

Pero si lo anterior fuera poco, a los folios 24 y 24 vto. del cuaderno principal de este expediente se lee el decreto número 1639 de 1.937, que corre publicado en el Diario Oficial número 23607, del 18 de octubre del mismo año, decreto cuyo artículo único dispone:

> «A solicitud propia y *de conformidad con el artículo 4o. de la Ley 15 de 1.929*, llámase a calificar servicios al señor General Jorge Martínez Landínez de la Sección de Oficiales en disponibilidad del Ministerio de Guerra».
>
> «Parágrafo. Para efectos de la calificación de servicios, el señor General Martínez será dado de alta, por el término de (2) meses, en la Contaduría Pagadora del Ministerio de Guerra, a partir de la fecha del presente Decreto, vencidos los cuales se causará la novedad de baja efectiva y el consiguiente pase a la situación de retiro temporal del servicio activo del Ejército».

Y el artículo 4o. de la Ley 15 de 1.929 es del tenor siguiente:

«Los oficiales de actividad del Ejército permanente podrán ser retirados temporalmente después de quince años de servicio, por disposición del Gobierno, previa calificación de servicios, y en este caso tendrán derecho a un sueldo de retiro igual al treinta por ciento (30 por ciento) del último sueldo devengado, y de los quince años en adelante un tres por ciento (3 por 100) más por cada año de servicio, de conformidad con la Ley 115 de 1.928."

"Parágrafo 1º. Los Oficiales que fueren retirados con arreglo a las disposiciones de este artículo, quedarán sujetos a la deducción establecida en el artículo 12 de la Ley 75 de 1.925".

"Parágrafo 2o. Los Oficiales de actividad del Ejército permanente que hubieren sido pensionados por tiempo de servicio o por invalidez, de acuerdo con leyes anteriores, al ser retirados nuevamente del servicio activo, pueden escoger entre la pensión o el sueldo de retiro que les corresponda de conformidad con las leyes vigentes sobre la materia".

"Parágrafo 3º. A partir del 1º. de enero de 1.930, la prima mensual que deben pagar los Oficiales en servicio activo con destino a la Caja de Sueldos de Retiro, de que trata el artículo 7º. de la Ley 75 de 1.925, será del cuatro por ciento (4 por 100) del sueldo correspondiente, y no el tres por ciento (3 por 100) como establecía la citada disposición».

De suerte, pues, que, no obstante la solicitud de retiro hecha por el General Jorge Martínez Landínez, es lo cierto que el Gobierno, por su propia disposición le llamó a calificar servicios, toda vez que lo hizo colocándolo expresamente dentro de la situación prevista por la disposición anteriormente transcrita, circunstancia ésta que indiscutible derecho le daría al sueldo de retiro consagrado por el precepto en referencia.

——

Por las razones hasta aquí expuestas no habrá de revisar el Consejo su propio fallo de 2 de diciembre de 1.953, en cuanto por él se reconoce asignación de retiro al señor General Jorge Martínez Landínez, pero sí lo hará en lo relativo a la fecha a partir de la cual dicha prestación debe serle pagada, por cuanto habiéndole sido ella negada por sentencia de 30 de abril de 1.947, cuyos efectos jurídicos se mantuvieron vigentes hasta el día en que quedó ejecutoriada la providencia por medio de la cual la Corporación la revisó e hizo el reconocimiento de la mentada asignación de retiro, es a partir de esta última fecha que tal prestación deberá pagársele.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Fiscal y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. NEGAR, como en efecto niega, la revisión de su propia sentencia de 2 de diciembre de 1.953, en cuanto por ella se reconoce asignación de retiro al señor General JORGE MARTINEZ LANDINEZ; y

SEGUNDO. REVISAR y en efecto revisa su sentencia de 2 de diciembre de 1.953, para el solo efecto de disponer, como en efecto dispone, que la asignación de retiro reconocida al señor General JORGE MARTINEZ LANDINEZ por medio del fallo en referencia, le será pagada a partir del día diez (10) de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres (1.953).

Cópiese, notifíquese y devuèlvase.

Guillermo Acosta Acosta, José Urbano Múnera, Manuel A. Dangond Daza.- Alfonso Gómez Hernández, Secretario.

PENSION DE JUBILACION

RESOLUCIONES DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL. CRITERIO PARA FIJAR LA COMPETENCIA DE UNA RECLAMACION SOBRE PRESTACIONES SOCIALES. FECHA DESDE LA CUAL DEBE CUBRIRSE LA PENSION DE JUBILACION. PRESCRIPCION DE LAS «ACCIONES QUE EMANAN DE LAS LEYES SOCIALES». DEBEN ACUSARSE NO SOLO LAS DISPOSICIONES DE LA CAJA SINO TODAS LAS PROVENIENTES DE ENTIDADES OBLIGADAS AL PAGO DE LAS CUOTAS CORRESPONDIENTES.

(Magistrado Ponente: Dr. Ildefonso Méndez).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo.—Bogotá D. E., noviembre (8) de mil novecientos cincuenta y cinco (1.955).

Por considerar el señor Guillermo Alvarez A. que prestó sus servicios a la Administración Pública por un tiempo igual a 23 años, 9 meses y 22 días, al retirarse del servicio, solicitó a la Caja Nacional de Previsión Social, a la cual se hallaba afiliado, el reconocimiento y pago de la pensión jubilatoria correspondiente, así como también de la cesantía adicional por el mayor tiempo servido sobre los 20 años.

La Caja, en atención a que su afiliado había trabajado en diferentes entidades, previa consulta con ellas, resolvió negar la petición de Alvarez A., alegando las siguientes razones:

a) que el Municipio de Garzón (Huila) no aceptó el tiempo pretendido por él así: "..... .... fué muchísimo menor al que aparece certificado, pues en los años de 1.930 y 1.931 el señor Alvarez no prestó sus servicios al Municipio; y en el año de 1.929 sirvió el cargo de Personero pero no en forma continua, pues fué reemplazado por dos veces por Personeros Suplentes en virtud de licencias que le fueron concedidas por el H. Concejo y por la Alcaldía.. ...."

b) Que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, como administradora del Banco Agrícola Hipotecario (Véanse decretos nacionales 2969 de 1.944 y 1529 de 1.954), se consideró no estar obligada a contribuír a la pensión, alegando que éste no es un Establecimiento Público sino una persona de derecho privado.

Así las cosas, el señor Alvarez A., por medio de apoderado, ocurrió al Consejo pidiéndole que hiciera los siguientes pronunciamientos:

«*Primera.* Que es nula la Resolución N. J. 2670 del 18 de mayo de 1.954, proferida por la Caja Nacional de Previsión Social, providencia en la cual se niega a mi mandante la pensión mensual vitalicia de jubilación a que tiene derecho y la cesantía correspondiente al mayor tiempo servido sobre un lapso de 20 años, prestaciones que había solicitado ante dicha entidad;

Segunda. Que es nula igualmente la Resolución No. J. 5175 del 24 de septiembre de 1.954, dictada por la misma Caja Nacional de Previsión y la cual confirmò en todas sus partes negando las prestaciones a que legalmente tiene derecho;

Tercera. Que como consecuencia de las dos declaraciones anteriores, la Caja Nacional de Previsión está obligada a reconocerle y pagarle al señor Guillermo Alvarez, o a quien sus derechos represente, una pensión mensual vitalicia de jubilación por la suma de seiscientos noventa y cuatro pesos cuarenta y cuatro centavos u otra suma mayor o menor según sea el resultado de las dos terceras partes del promedio de los sueldos devengados en el último año de servicios y a partir de la fecha de su retiro, cantidad que debe distribuírse entre las diversas Entidades de Derecho Público a las cuales sirvió el señor Alvarez, quedándole a la Caja Nacional el derecho de repetir del Ministerio de Comunicaciones (Caja de Auxilios), Departamento del Huila, Municipio de Garzón, Tesoro Nacional (Ministerio de Hacienda), y del Banco Agrícola Hipotecario, legalmente representado por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, lo pagado por la cuota que a cada una de estas Entidades corresponde,..... .... »

Cuarta. Que así mismo la Caja Nacional de Previsión Social está obligada a reconocer y pagar a mi representado la cesantía que excede de veinte años de servicio, lo que equivale a la suma de tres mil novecientos sesenta y nueve pesos setenta y seis centavos ($ 3.969.76) moneda corriente.

Quinta. El monto de la pensión a que se refiere la declaración tercera, que he solicitado, debe distribuírse más o menos, así: Caja de Auxilio de los Ramos Postal y Telegráfico, $ 127.16; Departamento del Huila, $8.18; municipio de Garzón, $ 173.53; Tesoro Nacional, $ 280.81; Banco Agrícola Hipotecario (representado por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero), $ 55.39; Caja Nacional de Previsión, $49.37».

En el auto de admisión de la demanda se ordenó además de las comunicaciones comunes la notificación personal al Personero Municipal de Garzón y de los Gerentes de la Caja Nacional de

Previsión Social y de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, en su condición ya expresada.

No se observa causal alguna que pueda viciar de nulidad el proceso.

Para fallar la Sala considera:

1. El Fiscal colaborador es de parecer que la demanda debe prosperar dados los antecedentes favorables de casos análogos.

2. El decreto 2921 de 1.948, reglamentario del artículo 21 de la ley 72 de 1.947, reza en lo pertinente:

«.....»

«Artículo 2º. La Caja de Previsión Social, que reciba una solicitud de pago de una pensión de jubilación que sea de su cargo y de varias entidades, la pondrá en conocimiento de éstas, y les remitirá copia del proyecto de resolución que elabore y de los documentos que sean necesarios para que cada una de tales entidades pueda establecer si son correctos, si está obligada a la cuota que se le asigne y si se ajusta a las disposiciones legales que la rigen.

Parágrafo. La entidad que reciba las copias a que se refiere este artículo, y que considere necesario el examen de los documentos presentados, podrá solicitarlos, y la Caja en cuyo poder se encuentren los desglosará y se los remitirá, pero dejando copia auténtica de ellos.

Artículo 3o.- Dentro de los quince días hábiles siguientes la Caja o la entidad en cuyo conocimiento es puesta la solicitud deberá manifestar si la acepta o si la objeta con fundamento legal. En caso de que guardare silencio, la Caja que inicialmente recibió la solicitud de reconocimiento de la pensión le exigirá la devolución de los documentos originales que le hubiere remitido, si es el caso, y dictará la providencia que decida sobre la solicitud del empleado.

Artículo 4o.- Conocido el concepto de las demás entidades y devuelto por éstas el proyecto de Resolución, ésta será elaborada de acuerdo con lo que ellas hubieren manifestado. Si ocurriere el caso de que guardaren silencio, se procederá de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior.

Parágrafo. De esta providencia se pasará copia autenticada a las demás entidades obligadas, a fin de que cada una expida la providencia que reconozca y ordene el pago de la cuota que le corresponde.

Artículo 5o.- El beneficiario podrá ejercer los recursos y las acciones legales, dentro del término señalado para ello, contra la Resolución de la Caja a la cual soli-

citó el reconocimiento de la pensiòn en cuanto se refiere a la obligación a cargo de ella, o en cuanto se aparte de lo que las demás entidades hayan aceptado como cuota o parte de la pensión que éstas deban pagar.

Artículo 6º. El beneficiario podrá igualmente intentar los recursos y ejercitar las acciones legales contra las Resoluciones que dicten las entidades obligadas al pago de una parte de la pensión, si no se conforma con la decisión tomada en ella».

De manera que la demanda no ha sido formulada en forma técnica, al acusar sólamente las disposiciones de la Caja y no las de las otras entidades obligadas al pago de las cuotas correspondientes, mas esta Corporación, con un criterio de amplitud -explicable por tratarse de un asunto de carácter social- estima, como en otras ocasiones, que la acusación se ha hecho contra toda la operación jurídica llevada a cabo y que culminò con la negativa de la Caja a las prestaciones pretendidas por Alvarez A.

3. Nuestros tratadistas de Derecho Administrativo y la jurisprudencia del Consejo han considerado que el Banco Agrícola Hipotecario es un ESTABLECIMIENTO PUBLICO. (Sentencias: de 9 de septiembre de 1.952. Actor: Gustavo A. Valbuena. Ponente: Dr. Eduardo Piñeros y Piñeros; y 9 de diciembre de 1.952. Actor A. Bohórquez. Anales 372 - 376, páginas 82 y siguientes). Resta, pues, estudiar -aunque el hecho no tenga influencia directa en el proceso- si tal institución actúa en desarrollo de los fines que se le encomendaron como una dependencia administrativa o como persona de derecho privado:

«La regla general, al respecto, del derecho Administrativo, en armonía con el Derecho del Trabajo, es que los agentes ligados a un servicio público tienen el carácter jurídico de empleados públicos; pero que los trabajadores de los Establecimientos Pùblicos, organizados con carácter privado, son meros trabajadores en el sentido del Derecho del Trabajo. El principio ha sido consagrado de manera expresa en los artículos 14 del Decreto Legislativo No. 2350 de 1.944 y el 4 del Decreto No. 2127 de 1.945:

"Artículo 14.- La Nación, los Departamentos, Intendencias y Comisarías y los Municipios se considerarán patronos, para los efectos del presente decreto, y en general, de la legislación del trabajo, en relación con los trabajadores de construcción y sostenimiento de las obras públicas y con los de las empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que dichas entidades exploten con ánimo de lucro. En cambio, sus relaciones con los empleados administrativos y con los de los Organos Legislativos y Judiciales, no estaràn regidas por las normas so-

bre contrato de trabajo sino por las reglas de derecho público que determinen las respectivas leyes."

"Artículo 4o.- No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma".

La tesis ha sido aceptada jurisprudencialmente por el Consejo en las siguientes sentencias:

1. Sentencias de 18 de febrero de 1.947 y 30 de enero de 1.948, en relación con los trabajadores del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales:

"La relación entre el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y sus trabajadores, no es una relación de función pública, y por lo tanto, el personal al servicio de esa organización administrativa descentralizada, con personalidad jurídica y patrimonio propio QUEDA SUJETO EN SUS RELACIONES CON EL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES A LAS LEYES SOCIALES DEL TRABAJO, SIN QUE LE SEAN APLICABLES LAS DISPOSICIONES DE LA LEY SOBRE EL REGIMEN POLITICO Y MUNICIPAL, porque en estos ramos de la administración pública no está comprendido el régimen administrativo de las organizaciones descentralizadas, creadas como un medio de conciliar el interes del Estado y la eficacia del servicio, y se rigen por las leyes especiales que les crean, le señalan la naturaleza de las atribuciones que les encomiendan y los poderes que se reserva la administación central, PERO CUYOS EMPLEADOS NO SON EMPLEADOS PUBLICOS".

2. Sentencia de fecha 16 de diciembre de 1.953 dictada en el juicio de Gabriel Isaza Maya; Ponente: Dr. Anzola Escobar:

"Pero como no todo individuo que preste servicios a una entidad pública asume por este sólo hecho el carácter de empleado o servidor público, resulta, que en todos los casos, quien se crea con derecho a que se le reconozca auxilio de cesantía u otra prestación social, deberá demostrar que durante el tiempo a que se refiere la petición y la respectiva cuenta, fuè empleado o servidor público".

La jurisdicción del trabajo también se ha pronuncia-

do en este mismo sentido en numerosos fallos. Pueden consultarse las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: la de febrero de 1.949, en el caso de un Ingeniero de Obras Públicas Nacionales que reclamó, por intermedio de la Caja de Seguro de Retiro de los Ingenieros, algunas prestaciones sociales; la de mayo de 1.950, en la cual se estudiaron las relaciones entre los trabajadores de la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales; la de mayo 13 de 1.950, dictada en el juicio de Alberto Escobar Rizo contra el Instituto Nacional de Abastecimientos (INA).

El Departamento Nacional del Trabajo es del mismo parecer:

"Habida consideración de las continuas consultas que entidades de derecho público formulan a este Despacho acerca de qué normas rigen el derecho individual del trabajo en cuanto se refiere a servidores oficiales, el Departamento Nacional del Trabajo conceptúa:

El artículo 4o. del Decreto 2127 de 1.945, dividió en dos grandes categorías a los trabajadores oficiales. La primera, que la forman los empleados propiamente dichos y que están unidos a la Administración por un vínculo de derecho público, y la segunda, que la forman los trabajadores de la construcción o sostenimiento de obras públicas o de las empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se explotan con fines de lucro y de las instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos, en la misma forma que las entidades oficiales y que están unidos a la Administración por contrato de trabajo.

A la primera categoría de los trabajadores oficiales de que se ha hablado, se le aplican algunas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, en los casos especiales en que la legislación propia de ellos remite a las disposiciones de los particulares. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se trata de renuncia de prestaciones, de acuerdo con el Decreto 2567 de 1.946; accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, de conformidad con el artículo 10 de la ley 64 de 1.946, y manera de liquidar el seguro en caso de accidente de trabajo, según el artículo 11 de la ley 64 de 1.946.

A la segunda categoría de trabajadores oficiales, es decir, los unidos a la Administración por contrato de trabajo, se les aplican todas las disposiciones del Código, en tanto que no haya disposición especial para ellos». (Concepto de noviembre 15 de 1.951).

El artículo 4o. del decreto 1600 de 1.945, sobre ad-

misión a la Caja Nacional de Previsión Social de afiliados facultativos, en la cual se apoya el demandante para sostener que los trabajadores de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero son empleados públicos, relieva precisamente lo contrario, pues a éstos como a los del Banco de la Republica, a los del Instituto Nacional de Abastecimientos, hoy Corporación de Defensa de Productos Agrícolas, a los del Instituto de Crédito Territorial, a los del Instituto de Fomento Industrial y a otros, la disposición les da una calidad especial que los distingue de aquellos que estan adscritos al servicio ordinario de la administración

También corrobora la tesis anteriormente expuesta el criterio que inspiran los siguientes ordenamientos legales:

Decreto 2027 de 1.951 (septiembre 28):

"por el cual se adiciona el Decreto número 0030 de enero 9 de 1.951. El Presidente de la República de Colombia, en desarrollo de las autorizaciones conferidas por la ley 165 de 1.948, y CONSIDERANDO: Que la Empresa Colombiana de Petróleos, autorizada por la ley 165 de 1.948, creada y organizada por Decreto número 0030, de enero 9 de 1.951, es una entidad descentralizada de la Administración Pública, autónoma en el manejo de los bienes a élla confiados, con personería propia y cuyo funcionamiento se rige por las mencionadas disposiciones; Que los trabajadores de las empresas de petróleo están sujetos al règimen legal prescrito en el Código Sustantivo del Trabajo, y que la sustitución de patrono operada con motivo de la reversión de la Concesión de Mares al Estado, impone legalmente la continuidad del régimen laboral que se aplicaba a los trabajadores al servicio de la Concesión, DECRETA: Artículo lo. Las relaciones de trabajo de la Empresa Colombiana de Petróleos se regirán por el derecho común laboral contenido en el Código Sustantivo del Trabajo..... Artículo 2o. Queda en estos términos adicionado el Decreto número 0030 de enero 9 de 1.951. Comuníquese y publíquese. Dado en Bogotá, a 28 de septiembre de 1951. LAUREANO GOMEZ. El Ministro del Trabajo, (Fdo.) Alfredo Araujo Grau. El Ministro de Fomento, (Fdo.) Manuel Carvajal Sinisterra». (Diario Oficial de 17 de octubre de 1.951).

Ley 90 de 1.946:

".....Artículo 3o. Para los efectos de la presente ley, estarán asimilados a los trabajadores particulares los empleados y obreros que presten sus servicios a la Nación, los Departamentos y los Municipios en la construcción y conservación de las obras públicas y en las em-

presas o institutos comerciales, industriales, agrícolas ganaderos y forestales o de las cuales sean accionistas o copartícipes.»

«Artículos del Código Sustantivo del Trabajo:

Artículo 4o. Las relaciones de Derecho individual del Trabajo entre la Administración Pùblica y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras pùblicas y demás servidores del Estado, no se rigen por este Código, sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten".

Artículo 416. Los sindicatos de empleados pùblicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demàs auncuando no puedan declarar o hacer huelga".

Artículo 491. Desde la fecha en que principie la vigencia de este Código, quedan suspendidas todas las leyes decretos, resoluciones y demás preceptos anteriores de caràcter nacional, reguladores de las materias contempladas en este Código, en cuanto han venido rigiendo los derechos individual y colectivo de trabajo entre patronos y trabajadores particulares y los del derecho colectivo de trabajo entre la Administraciòn Pública y sus servidores".

"Decreto 2329 de 1.952:

"..... ...."

Artículo 1º. Los trabajadores oficiales, unidos directa o indirectamente a la Administración Pùblica por contratos de trabajo, quedan exceptuados de la prestaciòn especial sobre prima de servicio de que tratan los artículos 306 y 307 del Código Sustantivo del Trabajo, a menos que dicha prestación se establezca o se hubiere establecido por medio de pactos convencionales colectivos o fallos arbitrales." (Auto de 17 de diciembre de 1.953. Demanda de Rafael Camacho Gamba. Ponente: Dr. Ildefonso Méndez)

4. En orden a los principios expuestos no hay duda que el Establecimiento Público que se denomina Banco Agrícola Hipotecario tiene una organizaciòn de derecho privado y que como consecuencia, sus empleados se hallan vinculados por una relación de derecho laboral, pues la ley que autorizó su creaciòn -la 68 de 1.924- previó para él una estructura de sociedad anónima, con la participación económica de la Naciòn, de los Departamentos, de los Municipios y del público en general; formación institucional que no se ha modificado en lo esencial con la compra por el Gobierno de las acciones de los particulares decretadas por las leyes 75 de 1.926 y 49 de 1.927.

Por otra parte, también el Consejo ha sostenido que el criterio para fijar la competencia de una reclamación sobre prestaciones sociales contra la Nación, los Departamentos, los Municipios y los Establecimientos Públicos, es el de averiguar la naturaleza del vínculo jurídico que unió últimamente al trabajador con la entidad obligada, así cuando se trata de EMPLEADOS PUBLICOS, o sea, de los incorporados a la Administración por una relación de derecho público, la competencia es de esta jurisdicción; y cuando se suscita el conflicto con TRABAJADORES OFICIALES, esto es, de los ligados por contrato de trabajo -expreso o presuntivo- la competencia radica en la justicia laboral.

Teniendo en cuenta lo anterior y tratándose de la demanda de nulidad de una actuación administrativa que culminó con unas providencias de la Caja Nacional de Previsión Social que denegaron el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación y cesantia adicional por mayor tiempo servido sobre 20 años, para cuyo efecto puede acumularse el tiempo trabajado en diversas entidades oficiales y Establecimientos Públicos (artículo 12 del Decreto 1600 de 1.945) y habiendo completado el señor Alvarez sus servicios como EMPLEADO PUBLICO, afiliado a la dicha Caja, es incuestionable que corresponde al Consejo desatar el agravio originado por la negativa de las ya referidas entidades obligadas.

En los autos no se encuentra plenamente demostrado que el señor Alvarez A., hubiera trabajado al servicio de la Administración los 23 años, 9 meses y 22 días que el reclama, mas sí que lo hizo por 20 años, 8 meses y 16 días. En estas condiciones es indudable que tiene derecho por este lapso a las prestaciones referidas.

D E C I S I O N :

Por las razones dadas, el Consejo de Estado, -Sala de lo Contencioso Administrativo-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

Primero. Declárase nulas las providencias que a continuación se determinan: las Resoluciones J-2670 y J-5127, de 18 de mayo y 24 de septiembre de 1.954, dictadas por la Caja Nacional de Previsión Social; y las determinaciones de la Caja de Crèdito Agrario, Industrial y Minero, como administradora del Banco Agrícola Hipotecario, comunicadas a la anterior entidad en sus notas números 613 de 25 septiembre de 1.953 y 585 de 31 de agosto de 1.954.

Segundo. Declárase igualmente que la Caja Nacional de Previsión Social está obligada a reconocerle y pagarle al señor GUILLERMO ALVAREZ A., la pensión mensual vitalicia de jubilación a que tiene derecho por haber laborado veinte años a la Administración Pública, prestación que el aludido organismo deberá liquidar de acuerdo con las normas legales que gobiernan la materia; quedándole el derecho de repetir, por sus respectivas cuotas, contra

las demás entidades obligadas, inclusive el Banco Agrícola Hipotecario.

Tercero. Declárase igualmente que la Caja Nacional de Previsión Social está obligada a reconocerle y pagarle al señor Alvarez A., el auxilio de cesantía a que tiene derecho por el tiempo excedente de veinte años de servicios, o sea, por 8 meses y 16 días.

Cuarto. Los ordenamientos de esta sentencia deberán cumplirse en la forma y dentro del término establecido por el artículo 121 de la ley 167 de 1.941.

Devuélvase el expediente administrativo traído a los autos.

Notifíquese, cópiese y archívese.

José Enrique Arboleda V., Ildefonso Méndez, Daniel Anzola Escobar, Rafael Rueda Briceño, Manuel Buenahora, Rafael Marriaga, Antonio José Prieto.- Guillermo Novoa Rodríguez. Secretario.

PENSION DE JUBILACION

ACLARACION DE LA PROVIDENCIA ANTERIOR

(Magistrado Ponente: Dr. Ildefonso Méndez).

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

Referencia: Sentencia de fecha 8 del pasado mes, dictada en el juicio incoado por el señor GUILLERMO ALVAREZ A., en el cual se pide la nulidad de las Resoluciones J.2670 y J. 5175 de 1.954, proferidas por la Caja Nacional de Previsión Social, como medio para el restablecimiento de algunos derechos.

El doctor MILCIADES NOVOA RODRIGUEZ, como apoderado del demandante, solicita la aclaración de la providencia determinada en el rubro a fin de que:

a) Se precise por el Consejo en guarismos determinados las cantidades que debe pagarle la Caja a su mandante por concepto de pensión de vejez y cesantía adicional por mayor tiempo sobre veinte años servidos a la Administración Pública; y

b) Se diga que la pensión se debe desde la fecha del retiro del señor ALVAREZ A. del servicio.

La Sala considera:

A - El Consejo tiene por costumbre -cuando resuelve sobre la nulidad de actos análogos a los acusados- dar sólo las bases para la liquidación de las prestaciones sociales a que haya lugar, para evitar así errores de cifra en que pueda incurrir por falta de datos, tales como importe de primas, deudas por aportes, etc. Mas esta forma de decisión en nada recorta los alcances del derecho reconocido.

B - En lo relacionado con la fecha desde la cual debe cubrirse la pensión, se concreta así el fallo referido:

aa) Según las normas legales que gobiernan la materia el goce de una pensión de vejez es incompatible con lo que reciba su beneficiario por asignaciones del Tesoro Público, siempre que el valor conjunto del sueldo y de la pensión pase de cuatrocientos pesos ($400.00) -artículos 33 de la Ley 6ª. de 1.945 y 7º del Decreto 320 de 1.949-, menos para los empleados docentes -quienes

pueden recibir simultáneamente sueldo y pensión (artículo 1º del Decreto Legislativo 2285 de 1.955)- y para los militares, quienes también pueden devengar sueldo y percibir pensión siempre y cuando que aquél no sea pagado por el Ministerio de Guerra.

bb) El Codigo Sustantivo del Trabajo dispone para los trabajadores -oficiales y particulares- ligados por un contrato de trabajo lo siguiente:

> «Artículo 262. La pensión vitalicia de jubilación se debe desde la fecha en que el trabajador la solicite, siempre que en esa fecha reúna los requisitos del artículo 260. Si la solicitud la hace cuando esté al servicio de la empresa sólo se deberá la pensión desde el día de su retiro».

Igual cosa preceptúa para los trabajadores ferroviarios tanto el artículo 17 del Decreto 1471 de 1.932 como el 170 del REGLAMENTO GENERAL DE TRABAJO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES, expedido en desarrollo del artículo 6º de la Ley 29 de 1.931 en relación con lo artículos 1º de la Ley 6ª. de 1.945 y 4º de su Decreto reglamentario Nº. 2127 del mismo año.

cc) Para los trabajadores públicos -es decir, los que están unidos a la Administración por una relación legal y reglamentaria no existe una norma específica, de orden general, pero el Consejo —Sala de Negocios Generales— ha conceptuado que tienen derecho a la pensión desde la fecha del retiro del servicio, menos cuando por culpa del empleado no se hace la petición sino mucho tiempo después, ya que en este caso la prestación únicamente debe cubrirse desde la fecha de la solicitud:

> 1. «a) De conformidad con el artículo 17, ordinal b), de la Ley 6a. de 1.945, los empleados y obreros nacionales gozarán de pensión vitalicia de jubilación cuando hayan cumplido tres requisitos: 1º, haber llegado a los 50 años de edad; 2º, haber prestado servicio durante 20 años, y 3º, haberse retirado del servicio. Quiere esto decir, que, en el momento en que se cumplan esas tres condiciones, el empleado ha adquirido el derecho a gozar de la pensión mensual vitalicia de jubilación, que puede solicitar en cualquier tiempo, sin que se pueda replicar que, si no hace oportuna petición de ese derecho, se le debe sancionar la mora, porque no hay en nuestra legislaciòn disposición alguna que indique o fije la fecha en que se debe demandar dicha prestación».
>
> b). Tampoco hay en la legislación nacional regla o disposición alguna que establezca que el reconocimiento de la pensión de jubilación debe hacerse a partir de la fecha de la demanda, ni mucho menos a partir de la fecha en que se dicte la resolución por la cual se hace el reconocimiento de ese derecho».

c). Por medio de disposiciones expresas de la ley, se ha establecido que las pensiones de los miembros del Poder Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo tienen derecho a la pensión de jubilación desde el momento en que se retiren del servicio, como puede verse en los artículos 1º de la Ley 71 de 1.945 y y 2º de la Ley 95 de 1.946; y de la misma manera, hay disposiciones legales expresas para los miembros del ramo docente (Art. 6º de la Ley 64 de 1.947), para el personal de las Fuerzas Militares (art. 1º de la Ley 100 de 1.946) y para el personal de la Policía Nacional (Ley 74 de 1.945). De ello se concluye que el mismo criterio se debe seguir para fijar la fecha inicial de la pensión de jubilación de los demás servidores públicos, porque *donde hay la misma razón debe haber la misma disposición*, como lo preceptúa el aforismo jurídico, vale decir, que a los casos en que no hay disposición expresa se deben aplicar por analogía las disposiciones relativas a casos semejantes. Por el contrario, no habría razón y sí sería una desigualdad ante la ley que unos empleados gozaran de la jubilación desde que se retiran del servicio, y otros nó, sin que la ley expresa así lo disponga.

d). Las pensiones se dividen en *pensiones de gracia y pensiones de derecho.* Pertenecen al primer grupo aquellas que se decretan por razón de las circunstancias especiales en que se encuentra un individuo o un grupo de individuos, tales como las que favorecen a los descendientes de próceres; a los que han llevado a cabo una acción distinguida de valor, a los que han hecho determinado descubrimiento o han prestado servicios extraordinarios al Estado. En ese caso, ellas se deben desde el momento en que se solicitan porque la solicitud implica la aceptación de la gracia. Y pertenecen al segundo grupo, las que se adquieren por servicios ordinarios al Estado, mediante determinado tiempo de esos servicios, al cumplir una edad determinada y al separarse del ejercicio del último cargo desempeñado, y éstas se adquieren, como ya se dijo, como un verdadero derecho, al cumplir las condiciones fijadas por la ley para esos casos, es decir, a partir de la fecha del retiro definitivo del empleado u obrero del servicio que venía prestando.

e). El objeto de las prestaciones sociales establecidas por las leyes es el de no dejar desamparado al empleado al retirarse del servicio público, tanto más cuanto que ellas son un derecho, no una gracia; y ese objeto primordial de las prestaciones sería defraudado si la pensión de jubilación no se reconociera desde la fecha del retiro del empleado u obrero, porque sería dejarlo desamparado du-

rante algún tiempo, con perjuicio evidente del beneficiario y con violación de una de las bases fundamentales del derecho social, cual es la de no dejar desamparados a los servidores del Estado precisamente cuando, por razón de la incapacidad natural que da la edad y el largo servicio público, más necesitados se encuentran del apoyo estatal. El empleado, después de que cesa en el servicio, tiene que aparejar la documentación auténtica de los empleos que haya desempeñado, posesiones de ellos, tiempo servido, remuneraciones devengadas, etc., labor que suele ser más o menos dispendiosa, que ocupa a veces un tiempo más o menos largo, por la destrucción de los archivos oficiales, lo cual implica tener que recurrir a la prueba supletoria, y no sería equitativo que, mientras cumple con esas formalidades, el Estado le niegue el derecho a la pensión que el empleado ya ha ganado por el tiempo servido y por la edad. A las militares, para esos mismos fines, se les reconocen tres meses de alta, con derecho al mismo sueldo que venían devengando, mientras se perfecciona su hoja de vida, de modo que ese es un antecedente legal que justifica el derecho del empleado civil a que se le reconozca la pensión desde que se retira del servicio.

f). Finalmente, no hay que perder de vista que, al tenor de lo que dispone el artículo 36 de la Ley 6ª. de 1.945, las disposiciones legales que regulan las prestaciones sociales se deben interpretar siempre de modo que favorezcan a los beneficiarios y no sería favorecer a un empleado o servidor público decretarle la pensión de jubilación a partir de la fecha en que se hace la solicitud correspondiente, o de la en que se hace el reconocimiento, porque se demoró un tiempo más o menos largo en formular esa solicitud, sin que haya fundamento legal alguno para ello. (Providencia de 17 de abril de 1.951 Actor: José Anario Franco Ruiz. Tomo Copiador XI, pags. 131 a 134).

2..... la doctrina mencionada ha sufrido excepciones últimamente, ajustándose a conocidos principios de derecho que no pueden desconocerse no obstante el carácter eminentemente social de todas las prestaciones, tal aquel que hace referencia a que toda omisión le es imputable al que incurre en ella». (Providencia de 30 de septiembre de 1.953. Actor: Ezequiel Gamboa. Tomo Copiador XXV, pág. 226).

dd) Según los doctrinantes de la ciencia del derecho, la acción para solicitar una pensión vitalicia de jubilación, por naturaleza, es imprescriptible, porque sólo son susceptibles de este fenòmeno las obligaciones exigibles, y como únicamente las mesadas pensionales vencidas se pueden cobrar y no las no vencidas, son aquéllas y no éstas las que deben caer bajo tal sanción. Sinembargo, la legislación positiva colombiana establece que el derecho a solicitar pen-

siones -cuando no se ha fijado por disposición especial un lapso distinto- prescribe a los TREINTA AÑOS, según el parágrafo 2o. de la Ley 116 de 1.928; norma ésta no cobijada por los efectos de la Ley 50 de 1.936, que redujo a VEINTE AÑOS las prescripciones treintenarias, pues como en su mismo texto se dice, ello es exclusivamente para los derechos sujetos al imperio del CODIGO CIVIL.

ee) La prescripción de las mesadas exigibles para los empleados oficiales —vinculados a la Aministración por relación de Derecho Público o mediante contrato de trabajo— está regulada por el artículo 151 del Decreto Legislativo 2158 de 1.948, que reza:

> «PRESCRIPCION. Las acciones que EMANAN DE LAS LEYES SOCIALES prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sòlo por un lapso igual». (Las acciones correspondientes a los derechos regulados por el Código Sustantivo del Trabajo prescriben también en tres años, en la forma y términos de los artículos 488 y 489 de este estatuto).

Y se considera que la disposición transcrita, no obstante hallarse incluída en el Código Procesal del Trabajo —que básicamente se refiere a conflictos derivados del contrato de trabajo— gobierna también en lo pertinente las relaciones de servicio de derecho público con la Administración porque el ordenamiento, según sus claras voces, tiene un ámbito de mayor radio de acción: "LAS ACCIONES QUE EMANAN DE LAS LEYES SOCIALES".

Ya esta entidad y la Corte Suprema de Justicia han tenido ocasión de conceptuar que hay disposiciones del Código Procesal del Trabajo que regulan los derechos de los empleados públicos.

> «.....precisa observar, en tesis general, que el vínculo jurídico entre la Administración Pública y los funcionarios o servidores públicos, incluyendo igualmente a quienes ya han dejado de serlo, reconocido legalmente por las entidades competentes en materia de prestaciones sociales, constituye una auténtica y genuina relaciòn de trabajo y por ende las controversias que se susciten o puedan surgir en orden a su ejecución y cumplimiento son de la competencia de la justicia laboral y en manera alguna de la justicia ordinaria. Así se deduce de lo dispuesto en los artículos 2º, 100, 144 y 145 del Código de Procedimiento del Trabajo - Decretos Extraordinarios 2158 y 0143-». (Providencia de la Sala de Negocios Generales del Consejo de fecha 6 de julio de 1.954. Actor: General Jorge Martínez Landínez. Tomo Copiador Nº.XXIX, pág. 55).

En igual sentido se ha pronunciado la Corte Suprema como puede comprobarse con la lectura de sus fallos de 27 de febrero y 7 de marzo de 1.951, insertos en los números 2096, página 295, y 2098, página 421, de la Gaceta Judicial.

En orden a lo expuesto, se tiene:

El señor GUILLERMO ALVAREZ A. tiene derecho a que la Caja Nacional de Previsión Social le pague sus mesadas pensionales no prescritas a contar de la fecha de la presentación de su solicitud, siempre y cuando que demuestre ante ella —en la forma legal— que en dicho lapso no devengó ninguna asignación del Tesoro Público incompatible con su derecho.

Notifíquese, cópiese y archívese.

José Enrique Arboleda V., Ildefonso Méndez, Rafael Rueda Briceño, Manuel Buenahora, Daniel Anzola Escobar, Rafael Marriaga Antonio José Prieto.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR ANTONIO JOSE PRIETO, en relación con la providencia de fecha primero de febrero de 1.956, recaída a la petición de aclaración solicitada por el Dr. Milciades Novoa Rodríguez como apoderado del señor Guillermo Alvarez A., de la sentencia de fecha 8 de noviembre de 1.955, que desató o puso fin a la demanda de plena jurisdicción contra las resoluciones J-2600 y J-5175 de 1.954, proferidas por la Caja Nacional de Previsión Social, por medio de las cuales se le negaron a Alvarez la pensión de jubilación por vejez y la cesantía parcial adicional por excedencia de servicios sobre 20 años. Expediente 5930. Ponente de ambas el Dr. Ildefonso Méndez.

....

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, febrero primero de 1.956.

La providencia aclaratoria o adicional de la sentencia, francamente no la entiendo y no la comparto. El señor apoderado doctor Novoa Rodríguez, quiso que en números redondos se dijera cuál era el monto mensual de la pensión jubilatoria que se le debía pagar, desde què fecha principia el pago y en números redondos el monto de la cesantía adicional que debía ordenarse pagar.

La aclaración ha debido concretarse a estos dos puntos y ha debido ser categórica. Más no fue así que se adentró en su parte considerativa a disquisiciones nuevas en relación con el fallo aclarado y se adentró a determinar cosas que ni se habían discutido, ni se habían puesto en juego y que constituyen una nueva resolución porque dan por sentado que hay "mesadas pensionales" prescritas.

En efecto, la parte resolutiva de la providencia aclaratoria de la sentencia del Consejo se expresó así:

> «El señor Guillermo Alvarez A., tiene derecho a que la Caja Nacional de Previsión Social le pague sus mesadas pensionales no prescritas a contar de la fecha de la presentación de su solicitud, siempre y cuando demuestre ante ella -en la forma legal- que en dicho lapso no devengó ninguna asignación del Tesoro Público incompatible con su derecho».

La demanda versó sobre el reconocimiento de una pensión jubilatoria por vejez y el reconocimiento y pago de la especifica cesantía llamada adicional, que es anexa a la pensión jubilatoria y

que tiene como fundamento el que el empleado público haya cumplido un tiempo mayor en el servicio de los 20 años necesarios para figurar la jubilación. No se trata ni de una cesantía parcial ni de una difinitiva sino a la que se es acreedor por el empleado público cuando rebasado el ciclo que la ley exije para la pensión jubilatoria, a-modo de una compensación, de una gratificación especial le reconoce y le dá esa cesantía que se llama adicional. De consiguiente, si la pensión jubilatoria no se solicita mal puede el anexo de la cesantía adicional colocarse en situación de prescribir, porque si la pensión jubilatoria por su naturaleza no prescribe, porque por ser "vitalicia quiere decir que el acreedor a ese beneficio tiene el resto de su vida para solicitarla mal puede el complemento o anexo de la cesantía de que se trata, prescribir.

Pero es más: la parte aclarativa que comento y de la cual me separo, establece la confusión de que hay mesadas de la pensión no prescritas y otras que sí pueden estar.

Si la pensión no la reconoció la Caja de Prevision Nacional y el Consejo de Estado sí la reconoce y a partir de la fecha de retiro del servicio público por parte del señor Guillermo Alvarez, como se sustenta en la motivación respectiva, y esto es jurídico, y si por lo tanto el derecho a percibir la pensión mes por mes no se había originado como derecho indiscutible del pensionado toda vez que precisamente su reconocimiento y orden de pago es lo que ha estado en tela de juicio, es lo que se ha ventilado ante el Consejo de Estado, mal podría operarse el fenómeno de la prescripción para mesadas de pensión que antes del fallo se ignoraban si se pagarían o nó y a partir de cuando.

Pero es que desgraciadamente en tratándose de prestaciones sociales se está haciendo por la Sala falladora de lo Contencioso Administrativo una lamentable confusión de ideas, quizá por el prurito de querer sentar a todo instante jurisprudencias y doctrinas novedosas.

La pensión jubilatoria o por vejez según los doctrinantes y por lo ya dicho por mí en el curso de esta exposición, y como oralmente lo he sostenido en debates de la Sala, como derecho para que se reconozcan y se decrete, sea en gestiones administrativas ante las Cajas de Previsión, o directamente ante el Estado, según sea el caso, por parte de los empleados públicos del orden civil, es imprescriptible y esta imprescriptibilidad depende de la naturaleza misma del derecho. Si filosóficamente y dejando de lado el derecho natural se quiere buscar el fundamento en disposiciones de derecho positivo, se tendría que el tiempo para ejercitar tal derecho o es el de toda la vida del presunto beneficiario o los treinta años de que trata el parágrafo 2º. de la Ley 116 de 1.928, disposición esta que no hizo sino extender de manera expresa y clara la prescripción treintenaria del C. C. para los derechos reales, y con inquietud intuitiva sobre la calidad excepcional de la clase de un

derecho contemplado, en una época en que tímidamente se principiaba a balbucear el derecho social.

Los sueldos de los empleados públicos y las mesadas de pensiones reconocidas y decretadas nó están bajo el imperio, hoy por hoy, de ninguna norma especial, de extinción del derecho a percibirlas y cobrarlas, de corto tiempo. Esto es otro error en que incurre y ha incurrido la Sala a que pertenezco.

Los sueldos de los empleados públicos y las mesadas de las pensiones decretadas y reconocidas y cuyo pago o percepción de cobro, se demoren, una vez causados como derecho a percibirlos y cobrarlos, adquieren el carácter de un crédito personal del titular de derecho o beneficiario, y para su cobro caen bajo la jurisdicción del derecho civil, o sea que se tienen diez años para cobrarlos por la vía ejecutiva o 20 años que el C. C. dá para la vía ordinaria.

No se debe confundir por lo tanto el derecho a cobrar mesadas de jubilación ya reconocidas y decretadas con el ejercicio mismo del derecho a solicitar que se decrete el reconocimiento y pago de una pensión jubilatoria.

En legislaciones positivas como la argentina se han dictado normas legales que expresamente dicen o consagran que el derecho a la pensión jubilatoria es imprescriptible. Y en cuanto a que las mesadas de pensión causadas adquieren el carácter de crèditos personales que se regulan por las normas generales de prescripción de los mismos, está consagrado también por la jurisprudencia. (Véase Bielsa -Tomo II.- Nos. 342 y 343- Derecho Administrativo).

Y encontrándose de que el derecho al cobro de sueldo por parte de los empleados públicos no es susceptible la aplicación de que para esta clase de deudas se extingan en corto tiempo, como por analogía se pretende con aplicación del artículo 2542 del C. C., analogía esta que se quiere extender aun más, a las mesadas de pensión jubilatoria para empleados públicos que están vinculados al Estado por una relación de derecho público, no contractual, el expositor colombiano Fernando Vèlez para una època en que el derecho social no existía en Colombia, categóricamente se pronunciaba contra el criterio de que la norma de ciertas acciones que prescriben en corto tiempo por modificar el derecho común, son de interpretación restringida, lo que quiere decir que una deuda que ni está comprendida expresa o claramente en las reglas excepcionales, se rige por las generales en cuanto a prescripción (véase Nº. 557, pág. 293 —Tomo IX— Estudio del Derecho Civil Colombiano del autor citado).

Siendo como son de orden público las prestaciones sociales, esta es una razón de más para que no se pueda aceptar que por extensión de interpretación se hagan prescriptibles estas clases de derechos con normas del Còdigo Sustantivo del Trabajo y con normas del Código de Procedimiento del Trabajo para servidores oficiales que están vinculados por el contrato de trabajo. Esto repug-

na abiertamente contra el criterio de orden público que es el fundamento de las prestaciones sociales del empleado público; no cabe, no puede caber para estos casos la analogía que se preconizó con invocación del artículo 151 del C. P. del Trabajo, por contrariar elementales principios de derecho universal sustantivo.

Y por último, considero que la petición del señor doctor Novoa Redriguez no fuè resuelta.

ANTONIO JOSE PRIETO.
P/ El Secretario, *CLIMACO BUITRAGO B* Ofl. Mayor.

PENSION DE JUBILACION

NO SON DE CARGO DE LA NACION LAS PRESTACIONES SOCIALES PARA LOS EMPLEADOS Y OBREROS DE AQUELLOS MUNICIPIOS QUE POR MINISTERIO DE LA LEY ESTAN EXENTOS DE PAGARLAS.

(Consejero Ponente: Dr. Dangond Daza).

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales—Bogotá D. E., octubre veintiseis de mil novecientos cincuenta y cinco.

Obrando como apoderado especial del Doctor JULIO QUINTERO RESTREPO, el abogado Hernán Mejía Gallo solicitó del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación para su representado, habida consideración de los servicios prestados por éste al Municipio de Titiribí en el Departamento de Antioquia, durante 25 años y en ejercicio del cargo de Mèdico Oficial. Pidió además, el Doctor Mejía, la liquidación y pago también del auxilio de cesantía correspondiente a los años excedentes de servicio.

No accedió el Ministro a hacer el reconocimiento pedido y como fundamento de su negativa expuso los que a continuación se transcriben:

> «Que de conformidad con el Art. 21 de la Ley 72 de 1.947, en concordancia con el Art. 8º. del Decreto 2921 de 1.948, las pensiones de jubilación establecidas en favor de los empleados nacionales, departamentales o municipales, son exigibles de la última entidad a la cual estuviere afiliado el interesado, entendiéndose para este efecto por Cajas de Previsión, no solamente los organismos creados para la efectividad de tales prestaciones, sino también las entidades que de acuerdo con la Ley estén obligadas a cubrirlas; por consiguiente se concluye que este Despacho no es competente para conocer de la pensión solicitada, pues si por una parte el Municipio de Titiribí, al cual está afiliado el peticionario, está exento de pagar prestaciones sociales, por la otra, no hay ninguna disposición legal que obligue al Ministerio a decretarla ni a responder por el pago de la misma»;

Contra la resolución ministerial interpuso el señor apoderado del doctor Quintero Restrepo el recurso de apelación para ante el Consejo de Estado y cumplidas en su totalidad las formalidades propias de la instancia, a fallar procede la Sala, previas las siguientes consideraciones:

Por medio del artículo 22 de la Lay 6ª. de 1.945 fué el Gobierno encargado de señalar, teniendo para ello en cuenta la condición económica de los respectivos Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, las prestaciones que tales entidades hayan de pagar a los empleados y obreros correspondientes. Y el Gobierno, en acatamiento del mandato legal, el 9 de noviembre del mismo año dictó el Decreto número 2767, cuyas son las disposiciones siguientes:

> «Art. 1º.- Con las solas excepciones previstas en el presente Decreto, los empleados y obreros al servicio de un Departamento, Intendencia, Comisaría o Municipio tienen derecho a la totalidad de las prestaciones señaladas en el artículo 17 de la Ley 6ª. de 1.945, y el artículo 11 del Decreto número 1600 del mismo año para los empleados y obreros de la Nación. A la entidad que alegue estar comprendida en uno de los casos de excepción, le corresponderá probarlo".
>
> "Art. 2º.- Para graduar las cargas de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, por concepto de prestaciones sociales en favor de sus empleados y obreros, establécense las siguientes categorias en proporción a sus ingresos ordinarios anuales;
>
> Clase A; Más de $ 500.000.00
> Clase B; de $ 250.001.00 a $ 500.000.00
> Clase C; de $ 125.001.00 a $ 250.000.00
> Clase D; de $ 50.001.00 a $ 125.000.00
> Clase E; de $ 10.000.00 a $ 50.000.00
> Clase F; Menos de $ 10.000.00».

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3º. del Decreto en referencia, a solicitud de cualquiera de los Departamentos, Intendencias, Comisarías o Municipios, y mediante la presentación de los comprobantes del caso, el Departamento Nacional del Trabajo procede a declararlo clasificado en la categoría que le corresponda de conformidad con las reglas que la misma disposición tiene establecidas. Y el de Titiribí, en el Departamento de Antioquia, fué clasificado en la categoría "E", según se afirma en uno de los considerandos de la providencia ministerial apelada.

El artículo 4º. del mentado Decreto 2767 consagra las excepciones anunciadas en la primera de sus disposiciones y lo hace en los tèrminos que a continuación se transcriben:

«Art. 4o. Los empleados y obreros dependientes de entidades de la Clase A tendrán derecho a todas las prestaciones aludidas en el artículo 1o.

Los de la Clase B gozaràn de todas ellas, salvo el monto de las pensiones de jubilación e invalidez que podrán ser reducidas por la respectiva entidad a la mitad del promedio de los sueldos o salarios devengados, sin exceder de $150.00 mensuales;

Los de la Clase C podrán ser excluídos totalmente de la pensión de jubilación; el límite máximo de la invalidez podrá ser fijado en $ 60.00 y a la asistencia médica y farmacéutica podrá ser sustituída por un auxilio en dinero equivalente a la mitad del costo de dicha asistencia, sin exceder de un límite determinado;

Los de la clase D no tendrán derecho a pensiones de jubilaciòn ni invalidez, ni asistencia médica y farmaceútica, aunque sì, el auxilio legal por enfermedad;

Los de la clase E podrán ser excluídos de las prestaciones a que se refiere el inciso anterior, el auxilio por enfermedad podrá limitarse a ciento veinte dìas a mitad de salario y, además, su cesantía y su seguro de vida se computarán a razón de veinte días de salario por cada año de servicio;(Subraya la Sala)

Los de la clase F solamente tendrán derecho a un auxilio de cesantía a razón de quince días de salario por cada año de servicio; a un seguro por muerte, en la misma proporción; al auxilio por enfemedad, hasta por sesenta dias, a mitad de salario, y a un auxilio por gastos funerarios hasta el equivalente de quince días de salario.»

Así, pues, al tenor de lo dispuesto por el inciso subrayado, el doctor JULIO QUINTERO RESTREPO, ex-empleado del Municipio de Titiribí, que fué clasificado por el Departamento Nacional del Trabajo en la clase "E", podrá ser excluído, entre otras, de la prestación denominada pensión de jubilación.

Sentado lo anterior; y en presencia de la solicitud elevada por el médico demandante ante el señor Ministro de Hacienda y de la decisión adoptada por este alto funcionario, resulta indispensable dejar establecido a quien corresponde conocer de la solicitud en referencia y, consecuencialmente, a què entidad compete pronunciarse sobre la posible exclusión relativa a la prestación reclamada.

Es incuestionable que nó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En primer término, porque de conformidad con lo estatuído por el artículo 1o. del Decreto número 2921 de 1.948, "los empleados nacionales, departamentales o municipales que tengan derecho a solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, elevarán la solicitud a la Caja e Institución de Previsión Sociál a

al cual estén afiliados en el momento de retirarse del servicio oficial, si es el caso. Cuando la entidad respectiva no tenga establecida su Caja o Institución de Previsión Social, la solicitud deberá ser dirigida a dicha entidad para la tramitación correspondiente". Y, en segundo lugar, porque *ninguna* disposición legal deja a cargo del Tesoro de la Nación la obligación de atender al pago de prestaciones sociales para aquellos empleados a que alude el tantas veces mencionado Decreto 2767.

Es, pues, a la entidad respectiva, en el caso de autos al Municipio de Titiribí, a quien legalmente compete pronunciarse sobre la demanda de pensión de jubilación promovida por el doctor Hernán Mejia Gallo en su condición de apoderado especial del doctor Julio Quintero Restrepo.

A la anterior conclusión llega igualmente el Ministerio de Hacienda en la parte motiva de la resolución apelada, pues que en ella, como ya se vió, se expresa así:

> «.....; por consiguiente se concluye que este Despacho no es competente para conocer de la pensión solicitada, pues si por una parte el Municipio de Titiribí, al cual está afiliado el peticionario, está exento de pagar prestaciones sociales, por la otra, no hay ninguna disposición legal que obligue al Ministerio a decretarla ni a responder por el pago de la misma;»

Sólo que, en vez de declararse INHIBIDO para conocer de la solicitud que a nombre de un ex-empleado municipal se le hiciera, en la parte resolutiva de su providencia NO ACCEDE a reconocer la prestación demandada lo que en el fondo equivale a conocer de la mentada solicitud.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA la resolución ministerial objeto del recurso de apelación a que esta providencia ha dado origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Acosta Acosta, Manuel Antonio Dangond Daza, José Urbano Mánera.- Alfonso Gómez Hernàndez, Secretario.

RECURSO DE SUPLICA

REPRESENTACION EN LOS JUICIOS ADMINISTRATIVOS. LA ADMINISTRACION PUEDE INTERVENIR POR MEDIO DE REPRESENTANTE ESPECIAL, SIN QUE ESTO AFECTE LA ACTUACION DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO QUE ES EL REPRESENTANTE LEGAL TRATANDOSE DEL ESTADO.

(Consejero Ponente: Dr. Rafael Marriaga)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso - Administrativo—Bogotá D. E., cuatro de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco.

En este juicio en que se persigue la declaración de nulidad de unos actos de la Contraloría General de la República, el señor Contralor al serle comunicada la admisión de la demanda consideró conveniente que dicha dependencia administrativa interviniera en el proceso, y al efecto por medio de la Resolución Nº. 00139 de 1.954, 6 de diciembre, dispuso que el doctor Alfonso Suárez Pineda como abogado del Departamento Jurídico de la Contraloría interviniera como parte para impugnar la demanda.

El abogado Suárez Pineda al solicitar se le "reconozca personería para intervenir en el juicio", acompañó copia de la Resolución de la Contraloría y agrega que por medio de ella el señor Contralor le confirió poder; al mismo tiempo solicita la práctica de algunas pruebas

El señor Consejero Sustanciador, doctor Manuel Buenahora, por auto de fecha siete de marzo del año en curso reconoció al abogado Suárez Pineda como representante de la Contraloría General de la República y decretó la práctica de las pruebas pedidas por éste. Contra dicha providencia el apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de súplica y como se ha surtido el trámite correspondiente, se procede a resolver.

El señor Consejero Sustanciador sostiene "que para el caso presente no es indispensable que el señor Contralor General de la República, para actuar en juicio en nombre de la entidad a su cargo, haya de delegar la personería necesariamente por medio de poder, adicionado con el requisito de la presentación personal"; que este organismo es de creación legal y el funcionario que lo dirige tiene atribuciones jurisdiccionales; circunstancia esta que lo capacita para actuar por medio de resoluciones.

al cual estén afiliados en el momento de retirarse del servicio oficial, si es el caso. Cuando la entidad respectiva no tenga establecida su Caja o Institución de Previsión Social, la solicitud deberá ser dirigida a dicha entidad para la tramitación correspondiente". Y, en segundo lugar, porque *ninguna* disposición legal deja a cargo del Tesoro de la Nación la obligación de atender al pago de prestaciones sociales para aquellos empleados a que alude el tantas veces mencionado Decreto 2767.

Es, pues, a la entidad respectiva, en el caso de autos al Municipio de Titiribí, a quien legalmente compete pronunciarse sobre la demanda de pensión de jubilación promovida por el doctor Hernán Mejia Gallo en su condición de apoderado especial del doctor Julio Quintero Restrepo.

A la anterior conclusión llega igualmente el Ministerio de Hacienda en la parte motiva de la resolución apelada, pues que en ella, como ya se vió, se expresa así:

> «.....; por consiguiente se concluye que este Despacho no es competente para conocer de la pensión solicitada, pues si por una parte el Municipio de Titiribí, al cual está afiliado el peticionario, está exento de pagar prestaciones sociales, por la otra, no hay ninguna disposición legal que obligue al Ministerio a decretarla ni a responder por el pago de la misma;»

Sólo que, en vez de declararse INHIBIDO para conocer de la solicitud que a nombre de un ex-empleado municipal se le hiciera, en la parte resolutiva de su providencia NO ACCEDE a reconocer la prestación demandada lo que en el fondo equivale a conocer de la mentada solicitud.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA la resolución ministerial objeto del recurso de apelación a que esta providencia ha dado origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Acosta Acosta, Manuel Antonio Dangond Daza, José Urbano Múnera.- Alfonso Gómez Hernàndez, Secretario.

RECURSO DE SUPLICA

REPRESENTACION EN LOS JUICIOS ADMINISTRATIVOS. LA ADMINISTRACION PUEDE INTERVENIR POR MEDIO DE REPRESENTANTE ESPECIAL, SIN QUE ESTO AFECTE LA ACTUACION DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO QUE ES EL REPRESENTANTE LEGAL TRATANDOSE DEL ESTADO.

(Consejero Ponente: Dr. Rafael Marriaga)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso - Administrativo—Bogotá D. E., cuatro de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco.

En este juicio en que se persigue la declaración de nulidad de unos actos de la Contraloría General de la República, el señor Contralor al serle comunicada la admisión de la demanda consideró conveniente que dicha dependencia administrativa interviniera en el proceso, y al efecto por medio de la Resolución Nº. 00139 de 1.954, 6 de diciembre, dispuso que el doctor Alfonso Suárez Pineda como abogado del Departamento Jurídico de la Contraloría interviniera como parte para impugnar la demanda.

El abogado Suárez Pineda al solicitar se le "reconozca personería para intervenir en el juicio", acompañó copia de la Resolución de la Contraloría y agrega que por medio de ella el señor Contralor le confirió poder; al mismo tiempo solicita la práctica de algunas pruebas

El señor Consejero Sustanciador, doctor Manuel Buenahora, por auto de fecha siete de marzo del año en curso reconoció al abogado Suárez Pineda como representante de la Contraloría General de la República y decretó la práctica de las pruebas pedidas por éste. Contra dicha providencia el apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de súplica y como se ha surtido el trámite correspondiente, se procede a resolver.

El señor Consejero Sustanciador sostiene "que para el caso presente no es indispensable que el señor Contralor General de la República, para actuar en juicio en nombre de la entidad a su cargo, haya de delegar la personería necesariamente por medio de poder, adicionado con el requisito de la presentación personal"; que este organismo es de creación legal y el funcionario que lo dirige tiene atribuciones jurisdiccionales; circunstancia ésta que lo capacita para actuar por medio de resoluciones.

Por su parte, el recurrente considera que el Contralor General de la República para hacerse representar en este juicio, debe otorgar y presentar el poder en la forma ordinaria de conformidad con los artículos 173 y 256 del C. J., ya que sus resoluciones aunque de obligatorio cumplimiento no tienen virtud suficiente para derogar las reglas procesales vigentes.

Se considera:

Establece el artículo 173 del C. J., como regla general, que los intereses de las entidades de derecho público, en los litigios en que sean parte, están representados por los Agentes del Ministerio Público; y sólo en casos excepcionales pueden los respectivos Jefes Administrativos celebrar contratos de mandato judicial para la correspondiente representación de dichas entidades. En cuanto a los Departamentos, el artículo 194 de la Constitución Nacional reformó la norma del Código Judicial; es el Gobernador el representante del Departamento tanto en los negocios administrativos como en los judiciales.

En lo que respecta a la jurisdicción contencioso-administrativa, el artículo 19 de la ley 167 de 1.941 establece: que el Ministerio Público debe intervenir en todas las actuaciones contenciosas que se sigan ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, y agrega que ejercerá, además, las otras funciones que señala la ley en relación con estas Corporaciones. En cuanto a las acciones de nulidad, establece otra disposición del mismo Código, el Agente del Ministerio Público obra en interes de la ley.

Ahora bien, el artículo 22 del referido estatuto determina lo siguiente: "Los Departamentos, Municipios y demás personas administrativas pueden constituír los apoderados que a bien tengan, según las reglas generales, para defender sus intereses en los juicios administrativos."

Por medio de esta disposición se elimina toda restricción para los Departamentos, Municipios y demás personas administrativas, en cuanto a representación en los juicios administrativos. Es una autorización amplia para constituir apoderados o voceros siempre y cuando se observen o cumplan las reglas generales que no son otras que las del otorgamiento y presentación de los poderes en la forma prescrita por la ley.

Pero además de la norma citada, articulo 22, es de importancia transcribir el artículo 89 de la ley 167 de 1.941, que dice:

> «En las acciones de nulidad de un acto administrativo cualquier persona puede pedir que se le tenga como parte para coadyuvar o impugnar la demanda.
>
> En otra clase de acciones, el derecho de intervenir como parte solo se reconoce a quien acredite un interes directo en las resultas del juicio.

Si hubiere oposición, se dará aplicación al artículo 233 del Código Judicial».

La disposición transcrita está en armonía con el numeral 3º. del artículo 126, que dispone al admitirse la demanda se fije en lista por el término de cinco (5) 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.

Así las cosas, cuando se demanda la anulación de un acto de la administración y consecuencialmente el restablecimiento de un derecho patrimonial que el demandante considera que se le ha violado por aquel, es de lógica presumir que la Administración tenga interés directo en las resultas del juicio y de acuerdo con la regla comentada pueda intervenir por medio de un representante especial para impugnar la demanda, y sin que esta intervención afecte la actuación del Agente del Ministerio Público que es el representante legal tratándose del Estado.

Ahora bien: definir si esa representación de la entidad administrativa —Contraloría General de la República— en la forma como ésta pretendió otorgarla en un principio, es legal o nó, es la materia de la inconformidad del recurrente; y si no se hubiera presentado con posterioridad ningún fenómeno jurídico con influjo sobre esa situación, habría de dilucidarse el punto en cuestión.

Empero, ahora el señor Contralor General de la República, ha presentado un escrito en el cual otorga poder especial, en legal forma, al Dr. Alfonso Suárez Pineda, para que represente a la Contraloría en este proceso. Asimismo, ratifica expresamente lo actuado por el Dr. Suárez Pineda a nombre de la Contraloría General de la República.

Así las cosas, surge esta situación en el proceso: de una parte, el Contralor General de la República, ha constituído apoderado especial al Dr. Alfonso Suárez Pineda para que represente en este juicio a la Contraloría, poder que presentó personalmente. Esto que ahora se cumplió es precisamente lo que el recurrente Dr. Herrera Anzoátegui anotó como defecto y como motivo de su inconformidad. De otra parte, lo hecho por el Dr. Suárez Pineda a nombre de la Contraloría ha sido ratificado expresamente por la parte que pudo estar mal representada y que podía estar viciado procedimentalmente. En tales condiciones, es manifiesto que la causa del recurso de súplica ha desaparecido, desde luego que el vicio que pudiera haber afectado de ilegalidad el auto recurrido se ha purgado con la ratificación hecha en legal forma.

En tal virtud la Sala de Decisión RESUELVE:

Se tiene al Dr. Alfonso Suárez Pineda como apoderado del señor Contralor General de la República, conforme al poder presenta-

do. Igualmente se tiene por ratificada la actuación de conformidad con el memorial de fecha 26 de abril del año en curso.

En consecuencia, confírmase el auto recurrido.

Cópiese y notifíquese.

José Enrique Arboleda, Rafael Marriaga, Antonio José Prieto, Daniel Anzola Escobar, Ildefonso Méndez, Rafael Rueda Briceño.-- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

(EL RETIRO "EN FORMA ABSOLUTA" DE UN SUBOFICIAL MECANICO DE LA FUERZA AEREA NO LO PRIVA DE PRESTACIONES SOCIALES SIN QUE HAYA MEDIADO DECLARACION POR SENTENCIA EJECUTORIADA.
(DERECHOS SUCESORALES).

(Consejero Ponente: Dr. G. Acosta Acosta)

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales—Bogotá, dieciseis de Diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

Conoce èsta Sala del recurso de apelación, interpuesto por el doctor Néstor Leal Contreras como apoderado especial de la señora ISABEL RODRIGUEZ v. de RAMIREZ, contra la Resolución No. 0295 del 11 de febrero de 1.954, proferida por el Ministerio de Guerra, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

> «Resuelve: Aprobar en todas sus partes el Acuerdo No. 235 de la Junta Directiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de fecha 8 de octubre de 1.953, cuya parte resolutiva dice:
> "Artículo 1º. Negar por improcedente, como en efecto se niega, la demanda de pensión que ha formulado a su propio nombre la señora Isabel Ibarguen o Rodríguez v. de Ramírez, como madre y única beneficiaria del Suboficial Tècnico de la FAC Pompilio Ramírez Rodríguez".

Para confirmar el Acuerdo en referencia, el Ministerio de Guerra expuso las siguientes razones de orden legal en la Resolución materia del recurso.

> «Que según aparece de las certificaciones de Archivo, el citado Suboficial Ramírez Rodríguez de la Fuerza Aérea, fuè retirado del servicio en forma absoluta y además, entre la documentación presentada no se allegó la hoja de servicios, requisito èste, que si se hubiera aducido, ningún valor tendría, ya que el retiro del servicio y del Ejército fue en forma absoluta, forma de retiro que según el artículo 57 de la Ley 2a. de 1.945, priva al Oficial o Sub-

oficial de toda compensación, recompensa o asignación de retiro».

El señor Fiscal Segundo del Consejo de Estado conceptúa que debe confirmarse en todas sus partes la Resolución apelada, fundándose en que el Suboficial Técnico, señor Pompilio Ramírez Rodríguez, fué retirado en forma absuluta de la Fuerza Aérea desde el 9 de noviembre de 1.944, por Decreto Número 2632 de fecha 7 de los mismos mes y año, sin que hasta su muerte, ocurrida el 8 de febrero de 1.948, hubiese obtenido el reconocimiento a su favor de *sueldo de retiro*, y, concluye así:

> «En tales circunstancias, resulta evidente la carencia del derecho de la señora Isabel Rodríguez v. de Ramírez para solicitar se le reconozca y pague el sueldo de retiro que "correspondía" al mencionado hijo Pompilio Ramírez Rodríguez, pues, si dicho Suboficial no gozó en vida de dicha prestación, no hay disposición legal alguna que autorice a sus parientes o herederos a solicitarla, después del fallecimiento del militar, por ser un derecho personalísimo del militar retirado».

Del concepto de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Guerra a que hace alusión el apoderado de la parte apelante y que suscribe el doctor José María Garavito -Abogado Asesor Secretaría-, cabe destacar los siguientes conceptos en que funda la conclusión de que "Pompilio Ramírez Rodríguez sí tiene derecho a sueldo de retiro", ya que esta Sala, en el deseo de acertar en la solución de este delicado problema, no ha vacilado en dar al debate toda la amplitud y facilidades del caso, en orden a obtener y pesar las razones de diversa índole, aducidas en pro y en contra, como elementos de juicio indispensables para esta decisión:

> «En la documentación que presenta (la señora Isabel Rodríguez v. de Ramírez) como base de su petición, aparece que su retiro de las Fuerzas Militares (por parte de Pompilio Ramírez Rodríguez) se llevó a efecto en forma absoluta por Decreto número 2632 de 1.944 (nov. 9). Es de observar que esta clase de retiros tuvieron por objeto despedir a todo el personal de las Fuerzas Militares que a raíz de los sucesos del 10 de julio del mismo año, no fueran de la confianza del Gobierno que imperaba en ese entonces. La calificación que se le da al retiro es *sui-generis* de estos decretos y no corresponde a la denominación de las disposiciones legales y menos a la privación de las prestaciones sociales.

De la fecha en que fue dado de baja, a la muerte del mencionado Suboficial (Pompilio Ramírez Rodríguez), transcurrió un

lapso de siete años, dos meses, veintiocho días, por tal motivo se solicita una respuesta de esta Asesoría respecto a la prescripción. Sobre este tema en otro concepto, ya se había dicho lo siguiente:

> «No se puede aplicar la Ley 2ª. de 1.945, que es la última que trata de la prescripción de la acción para efectos de reclamar prestaciones sociales, puesto que la acción fue intentada por la señora Isabel v. de Ramírez, antes del mes de marzo de 1.953, fecha en la cual empieza a tener efecto la prescripción de los ocho años de esta Ley. Entonces es necesario aplicar la ley anterior que trata del mismo fenómeno, esta es la ley 116 de 1.928 la cual prescribe, que la prescripción se opera, transcurridos treinta años sin intentar reclamación alguna, tendiente a obtener la prestación, de tal suerte, que tampoco se ha operado este fenómeno respecto del caso que nos ocupa».

Para resolver se considera:

I. La modalidad del retiro del servicio de las Fuerzas Armadas "en forma absoluta", en que lo fue el Suboficial Tècnico de la Fuerza Aérea señor Pompilio Ramírez Rodríguez en el año de 1.944, tiene un fundamento y razón de ser muy diferente del que le atribuye el señor abogado del Ministerio de Guerra, doctor José María Garavito, y data de una época muy anterior a la aludida por éste. Veámosla:

La Ley 149 de 1.896 "sobre recompensas militares", en el Título I, "DE LAS RECOMPENSAS Y PENSIONES, DEL DERECHO A ELLAS Y MODOS DE PERDERLO", consagra los siguientes preceptos:

> «Artículo 9º. No tendrá ningún derecho a pensión, o perderá la que disfrute, el militar que se encontrare en cualquiera de los casos del artículo anterior.....".
>
> "Artículo 8º. El militar que hubiere ganado recompensa perderá su derecho a èlla ó lo perderán sus herederos, según el caso, si antes de pagarle se encontrare o hubiera encontrado en cualquiera de los casos siguientes:
>
> 1º. Haber sido dado de baja por mala conducta o deslealtad al Gobierno, previa secuela del juicio.....».

La Ley 71 de 1.915 "sobre retiro, pensiones y recompensas para los miembros del Ejército", establece:

> «Artículo 1º. Los Oficiales de Guerra se retirarán únicamente del servicio activo en la forma que pasa a expresarse:
>
> c). Por separación absoluta del Ejército, en los casos siguientes:

Cuando así lo disponga una sentencia judicial:

Por disposición del Gobierno por motivos fundados.

A petición de un Tribunal de Honor; o

Por solicitud del mismo Oficial, cuando por alguna causa renuncie a seguir la carrera militar. En ninguno de estos casos tendrá derecho a pensión de retiro.....».

La Ley 72 de 1.917 dispuso:

«Artículo 1º. El militar que haya ganado pensión o recompensa, perderá su derecho a èstas o lo perderán sus herederos, según el caso, si antes de pagarle se encontrare o hubiere encontrado en cualquiera de los casos siguientes:

"1º. Haber sido dado de baja por mala conducta o deslealtad al gobierno legítimo, previa secula de juicio.....»

El Decreto Número 1123 de 1.942 (mayo 2) establece:

«Artículo 49. Los Oficiales en servicio activo se separarán del Ejército:

a) En forma absoluta;

b) En forma temporal, en los siguientes casos:

"Separación absoluta":

a) Por mala conducta comprobada;

b) Por sentencia condenatoria de la justicia ordinaria o militar, y

c) Por petición de un Tribunal de Honor».

El Decreto Número 1025 de 1.942 preceptúa:

«Artículo 28. Los Suboficiales en servicio activo se separarán del Ejército en forma absoluta o temporal en los siguientes casos:

"Separación absoluta:

a) Por mala conducta comprobada, y

b) Por sentencia condenatoria de la justicia ordinaria o militar".

"Artículo 29. La separación por mala conducta de que trata el ordinal (a) del artículo anterior, se causa cuando se comprueben plenamente los siguientes hechos:.....

.....d) Por difusión de principios subversivos contra el orden constitucional y legal de la Patria; propaganda de doctrinas contrarias a las disposiciones dadas por la autoridad suprema de la Nación para resguardar el orden público interno y la seguridad del país o la comisión de hechos que denoten falta de conformidad con las normas emanadas del Gobierno, siempre que tales procederes no lleguen a constituir delitos penados por la ley".

"Artículo 32. La separación absoluta por sentencia de la justicia militar u ordinaria, o por la causal fijada en la letra (d) del artículo 29 de este Decreto, acarrea la pérdida del sueldo de retiro, auxilio, pensiòn o recompensa, y el suboficial solamente tiene derecho a la devolución de las cuotas, sin intereses, que haya consignado en la Caja de Sueldos de Retiro.....».

El Decreto Nùmero 1813 de 1.944 (julio 31) dice:

«Artículo 1º. Mientras dure el estado de guerra con Alemania, el Gobierno podrá tomar las medidas que a continuación se indican:

"c). Decretar, asimismo, los retiros que encuentre necesarios en el personal civil o militar del servicio activo de las Fuerzas de tierra, aire y mar.

Se tendrá por debidamente comprobada la mala conducta a que se refiere el inciso d) del artículo 50 del Decreto-Ley número 1123 de 1.942 y el inciso d) del artículo 29 del Decreto-Ley 1025 de 1.942 cuando el Jefe del Departamento de Personal o el Comandante o Jefe de la repartición o cuerpo a que pertenezca el Oficial o Suboficial, informen a sus inmediatos superiores o al Ministro de Guerra que el respectivo Oficial o Suboficial ha cometido actos u omisiones contrarios a los deberes militares».

Estos fueron, por tanto, y no otros distintos, los antecedentes legales y jurídicos que dieron origen al Decreto Número 2632 de 1.944 (noviembre 7), legible al folio 63 de este expediente, por medio del cual fue decretada la separación en forma absoluta de la Fuerza Aérea del Mecánico Clase Técnica de 2a. categoría Pompilio Ramírez R., de la Base Aérea "Ernesto Samper".

II. Afirma el Ministerio de Guerra, en la Resolución materia del recurso de apelación, que el retiro del servicio y del Ejército en forma absoluta "según el artículo 57 de la Ley 2a. de 1.945 priva al Oficial o Suboficial de toda compensación, recompensa o asignación de retiro".

Se observa:

Las normas y preceptos legales que integran el ordenamiento jurídico en todo Estado de Derecho, como el que rige en la nación colombiana, no pueden apreciarse ni aplicarse aisladamente sino de acuerdo con la estructura jerárquica y armónica del tal ordenamiento.

El expositor argentino Carlos Cossio, perteneciente a la escuela Neo-Kantiana de Hans Kelsen, en su obra titulada "LA PLENITUD DEL ORDEN JURIDICO Y LA INTERPRETACION JUDICIAL DE LA LEY" al referirse a la estructuración lògica del Derecho en sí mismo considerado y a su aplicación e interpretación judicial,

expresa los siguientes puntos de vista que contribuyen a corroborar y demostrar la tesis que acaba de plantearse:

> «En esta logicidad inmanente al Derecho nos interesa ahora, de modo decisivo, la teoría de la pirámide jurídica. Las normas jurídicas se dan en una estructura piramidal porque, en el Derecho, el tránsito de una norma a otra es un proceso auto-regulado; una norma jurídica vale porque es la ejecución de una norma mas alta; ésta, a su vez, vale porque es la ejecución de otra norma aún más general; y asi, desde las normas individualizadas (negocios jurìdicos, sentencias y decisiones administrativas), que están en la base, pasando por Decretos, Leyes y disposiciones constitucionales, se llega, con la norma fundamental de carácter hipotético, al vértice de la pirámide. En todo este recorrido, lo que es el hecho consecuente de una norma superior, es al propio tiempo hecho antecedente de una norma inferior. La Escuela Vienesa ha insistido sobretodo en el aspecto decendente de esta trabazón piramidal de las normas jurídicas, en cuya virtud una norma vale porque recibe su validez de una norma superior; en este sentido la fuente de validez de todo un sistoma jurídico es su norma fundamental hipotética y debe considerarse como concluyente la demostración que hace Kelsen de que, tocante a la validez del derecho positivo, la norma fundamental es aprioristica y previa a todas las otras normas. Pero nosotros hemos insistido en otro trabajo, que también cabe considerar en sentido ascendente aquella trabazón piramidal de las normas positivas. Está en juego la misma relaciòn normativa, es decir el deber de ser lógico del Derecho; pero mientras el recorrido en sentido descendente nos da el fundamento de validez de cada norma positiva, el recorrido ascendente nos da el ordenamiento de una multiplicidad, o sea la reducción de una pluralidad a la unidad, supuesto lógico del conocimiento científico. Pues es cosa yá de sobra conocida en los dominios de la epistemología, que no hay conocimiento científico hasta tanto el objeto no sea uno; esta unidad inmanente al conocimiento es la primera de las condiciones lógicas del propio conocimiento. Asi, uno de los problemas que resuelve la norma fundamental es el de la posibilidad del conocimiento jurídico y, con ello, el del objeto de la ciencia del Derecho» (página 80).

La Ley 2a. *de 1.945* citada por el Ministerio de Guerra, contiene las siguientes normas que sirven de fundamento a la Resolución objeto del recurso:

> «Artículo 56. Los Oficiales en servicio activo se separan del Ejército:

a) En forma absoluta.

b) En forma temporal.

Separación absoluta:

a) Por mala conducta comprobada.

b) Por sentencia condenatoria de la justicia ordinaria o militar, y

c) Por petición de un Tribunal de Honor."

"Artículo 57. La separación absoluta por sentencia de la justicia militar u ordinaria, por las faltas a que hace referencia el artículo anterior, o por solicitud de un tribunal de honor, acarrea la pérdida del sueldo de retiro, pensión, compensación o recompensa y el Oficial solamente tiene derecho a la devolución de las cuotas, sin intereses, que haya consignado en la Caja respectiva».

Estas normas legales, asi como las transcritas en el capitulo anterior referentes a la modalidad del retiro del servicio de las Fuerzas Armadas "en forma absoluta", en virtud de la doctrina que se acaba de exponer, están subordinadas al siguiente principio consagrado en la Constitución Nacional:

«Artículo 169. Los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones sino en los casos y del modo que determine la ley».

Precepto, que a la vez está subordinado a este otro que se encuentra en el Título III de la misma Constitución y que trata "DE LOS DERECHOS CIVILES Y GARANTIAS SOCIALES".

«Artículo 26. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante el Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio».

Ahora bien, puesto que el Suboficial Ramírez Rodríguez fue retirado del servicio activo "en forma absoluta" por el memorado Decreto 2632 de 7 de noviembre de 1.944 y no por sentencia como lo previenen los artículos 169 y 26 de la Constitución Nacional, asi como las disposiciones legales que exigen la comprobación de la mala conducta cuando la separación en forma absoluta se lleva a efecto por esta causal, es claro que cae por su base la argumentación del Minisiterio de Guerra al sostener, como sostiene, que el retiro en forma absoluta "priva al Oficial o Suboficial de toda compensación, recompensa o asignación de retiro".

III. La hoja de servicios del Suboficial Mecánico de la Clase Técnica de 2a. categoría, Pompilio Ramirez Rodríguez, que obra al folio 16 del expediente acredita que el citado Suboficial "ingresó al servicio activo de la Fuerza Aérea el 1o. de junio de 1.934 en calidad de mecánico 4o. de la Base Aérea de Buenaventura" que sirvió "hasta el 9 de noviembre de 1944, fecha en la cual fue reti-

rado en "forma absoluta" de la Fuerza Aérea conforme al Decreto 2632 de 1944" y concluye así: "Servicios prestados en tiempo de paz 10 años, 1 mes, 9 días. Servicios prestados en tiempo de guerra, 3 meses, 29 días. Duplo del servicio de guerra 3 meses 29 días. Tiempo efectivo de servicio 10 años, 9 meses, 7 días. Aproximación legal 11 años".

De tal suerte que el Suboficial Pompilio Ramírez Rodríguez en la fecha de su retiro, *9 de noviembre de 1.944,* reunía todos los requisitos legales que configuran *el derecho a sueldo mensual de retiro,* pagadero por la Caja de Sueldos de Retiro, consagrado por los artículos 19 del Decreto número 1025 de 1.942 (abril 21) y 5o. de la ley 43 de 1.942, vigentes en aquella época y que han sido posteriormente reformados por los artículos 8o. de la ley 100 de 1.946, 34 y 37 de la ley 82 de 1.947 y 101 del Decreto número 501 de 1.955 (marzo 4).

Conforme al paràgrafo 2o. del artículo 2o. de la Ley 116 de 1.928 modificado por el artículo 79 de la Ley 2a. de 1.945, en el sentido de reducir de treinta años a ocho años el tèrmino de la prescripción del derecho a solicitar esta clase de prestaciones sociales, no puede remitirse a duda que el dia 8 de febrero de 1.948, fecha en que ocurrío el deceso del Suboficial Pompilio Ramírez Rodrìguez, se hallaba dentro del término legal para reclamar el reconocimiento y pago de la prestación a la cual tenía pleno derecho en la fecha en que fue retirado del servicio por voluntad del Gobierno.

Es verdad, como lo afirma el señor Fiscal Segundo del Consejo de Estado, que el Suboficial Técnico señor Pompilio Ramírez, murió el de 8 febrero de 1.948 sin que hasta entonces "hubiese obtenido el reconocimieto a su favor de sueldo de retiro"; pero, no es menos cierto y evidente que mal podía el mencionado Suboficial Ramírez Rodríguez impetrar, con buen éxito, el reconocimiento y pago de tal prestación toda vez que la doctrina y la jurisprudencia hacían procesalmente imposible tal reconocimiento cuando el retiro del militar se lleva a efecto "en forma absoluta"

Fue necesario que el Consejo de Estado pronunciara el fallo de fecha 16 de diciembre de 1.949 (Tomo Copiador Nº. 137 folio 269), en el juicio en que se ejerció la acción contenciosa de plena jurisdicción, en virtud del cual fue restablecido el derecho del General Eduardo Bónito Vega para el cobro de sus sueldos de retiro, y, que la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado, por fallo de fecha 12 de junio de 1.950 (Tomo Copiador Número III página 231), reconociera al señor Teniente Coronel Alberto Gómez Arenas el derecho a disfrutar de una asignaciòn de retiro, para que aquella doctrina y aquella jurisprudencia fueran revaluadas e hicieran posible la viabilidad de las gestiones procesales encaminadas al reconocimiento de las prestaciones sociales en los casos de retiro "en forma absoluta" y en los cuales no se hubiese condenado, por sentencia ejecutoriada, a la pèrdida de tales prestaciones.

Fue asi, como la señora Isabel Rodríguez v. de Ramírez, con fundamento en las pruebas que obran en autos, se presentó ante la Caja de Sueldos de Retiro, antes de que expiraran los ocho años señalados por la Ley para la prescripción del derecho del Suboficial Pompilio Ramírez Rodríguez, y formuló, en demanda de fecha *7 de septiembre de 1.952*, las siguientes pretensiones:

> «Con las anteriores pruebas aparece claramente demostrado que mi legítimo hijo POMPILIO RAMIREZ RODRIGUEZ prestò sus servicios en la FUERZA AEREA COLOMBIANA, como Suboficial 2º Mecánico, *por espacio de once años por aproximaciòn legal;* que al tiempo de su fallecimiento se encontraba soltero y no dejó descendencia legítima ni natural reconocida; que en mi condición de madre legítima de POMPILIO RAMIREZ RODRIGUEZ soy la única heredera, teniendo derecho por consiguiente al pago de las siguientes prestaciones:
>
> PRIMERA. SUELDO DE RETIRO. Reconocer a mi favor y como única heredera el cincuenta por ciento (50 %) del sueldo de retiro que correspondía a mi hijo desde el 10 de noviembre de 1.944, fecha de retiro del servicio activo hasta el 8 de febrero de 1.948, fecha en que falleció.
>
> SEGUNDA. 50 % DEL SUELDO DE RETIRO DEL CAUSANTE. Reconocer y ordenar pagar a mi favor, en mi condición antes dicha, desde el 9 de febrero de 1.948, en adelante, el 50 % del sueldo de retiro que correspondía a mi mencionado hijo.
>
> DERECHO. Son fundamentos de derecho de la presente demanda los siguientes: artículos 19, 26, y 46 del Decreto 1025 de 1.942; artículos 15, 16, 34 y 37 de la Ley 82 de 1.947 y artículo 1º y siguientes de la Ley 43 de 1.942».

IV. En cuanto a la primera petición de la demanda de la señora Isabel Rodríguez v. de Ramírez es claro que no puede prosperar, porque para que el derecho de percibir, disfrutar, usar y gozar de la pensión, asignación o sueldo de retiro que la ley consagra en favor de los Suboficiales que completan diez o más años de servicios, ingrese al patrimonio del Suboficial en retiro, precisa que tal prestación haya sido decretada y reconocida en la forma legal que corresponda. Evento que no ocurrió con el Suboficial Pompilio Ramírez Rodríguez.

Además del derecho de que se viene hablando, o sea, de percibir el sueldo, pensión o asignación de retiro, es de carácter personal e intrasmisible, como lo hace notar el señor Fiscal Segundo de la Corporación.

Así lo ha venido definiendo también el derecho positivo que consagra y regula las prestaciones sociales a que son acreedores

los Suboficiales de las Fuerzas Militares cuando su retiro se produce pasados diez o más años de servicio. Basta recordar las siguientes disposiciones sobre el particular:

> «Ley 71 de 1.915. Art. 10. Llámanse pensiones militares las cantidades de dinero que se suministran por vida y periódicamente a los Miembros del Ejército y de la Armada de la República, en atención al tiempo que hayan servido..... ....".
>
> "Ley 104 de 1.927. Art. 23. El goce de sueldos de retiro para los Suboficiales tendrá efecto únicamente durante la vida del agraciado".
>
> "Ley 3ª. de 1.937. Art. 3º. El sueldo de retiro para los Suboficiales del Ejército se pagará durante la vida del agraciado, por mensualidades vencidas.... ...."

Conforme a los textos transcritos y a la naturaleza misma de esta clase de prestaciones sociales, es claro que se trata de un *derecho viajero,* según la denominación que les da Louis Josserand, a los derechos que terminan o tienen fin con la persona de su titular (Cours de Droit Civil Positif Francais, Tomo III, pàginas 160 y 929) y que son, por la misma razón, intransmisibles a los herederos, toda vez que la duración de esta clase o categoría de derechos se encuentra limitada en cuanto al tiempo.

Por lo que hace a la vocación sucesoral entre nosotros, el Código Civil trae las siguientes disposiciones, según las cuales los herederos suceden al causante solamente en sus *bienes, derechos y obligaciones transmisibles,* con lo cual quedan excluídos todos aquellos elementos del patrimonio del causante que terminan o se extiguen en el momento de su muerte.

> "Art. 1008. Se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular.
>
> El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones *transmisibles* o en una cuota de ellos, como mitad, tercio o quinto....."
>
> «Art. 1155. Los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son HEREDEROS; representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones *transmisibles*.....»

Y, los expositores franceses contemporáneos dicen que "El derecho sucesoral comprende las reglas sobre transmisiòn de todos los bienes del difunto *no vinculados indisolublemente a su persona*" (Ernest Roguin. (La Sciencie Juridique Pure. Tomo III página 967).

Tenemos, entonces, que no solamente el derecho positivo, sino la doctrina de los expositores, establecen que hay derechos y obligaciones personales que son intransmisibles a los herederos, tales

como el sueldo o asignación de retiro que se concede durante la vida a los Suboficiales retirados o que se retiran después de diez años o más de servicio y que solicitan y obtienen o se les decreta de oficio tal prestación.

De tal modo que no es el caso de reconocer a favor de la peticionaria, en su carácter de única heredera del Suboficial fallecido Pompilio Ramírez Rodríguez, el 50 °/o del sueldo de retiro que le correspondía o hubiera correspondido a este desde la fecha de su retiro del servicio activo, 10 de noviembre de 1.944, hasta el 8 de febrero de 1.948 fecha en que falleció.

Pero, tampoco se puede desconocer la *situación jurídica* del Suboficial Pompilio Ramirez Rodríguez en el momento de ser retirado "en forma absoluta" del servicio activo el dia *7 de noviembre de 1.944*, esto es, que reuna todos los requisitos legales que configuran *el derecho al sueldo mensual de retiro*, consagrado por los artículos 19 del Decreto número 1025 de 1.942 (abril 21) y 5o. de la Ley 43 de 1.942, dada la conexidad lógica y jurídica que existe entre esta *situación jurídica*, ampliamente estudiada en el capítulo III de este fallo, y las normas legales que consagran, amparan y garantizan la efectividad de la pretensión formulada en la segunda petición de la demanda de la señora Isabel Rodriguez v. de Ramírez, cuyo carácter de beneficiaria como madre legítima y única heredera del Suboficial fallecido, Pompilio Ramírez Rodríguez, está plenamente demostrado en autos.

V.Aduce el señor Fiscal Segundo del Consejo de Estado, en la vista de fondo, el siguiente razonamiento:

> «Establece el artículo 26 del Decreto 1025 de 1.942, ratificado por la Ley 43 del mismo año, que a la muerte de un Suboficial en goce de sueldo de retiro, sus parientes en el orden y proporción establecido en el artículo 24 de este Decreto, tienen derecho a una cantidad mensual pagadera por la Caja de Sueldos de retiro, equivalente al 50 °/o del sueldo de retiro del causante.
>
> Este precepto fue modificado por el artículo 1o. de la Ley 81 de 1.947 en el sentido de disponer que "Las pensiones de los beneficiarios de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares fallecidos en goce de sueldo de retiro con anterioridad a la vigencia de las leyes 2a, de 1.945 y 100 de 1.946 se reajustarán en todo tiempo con base en las asignaciones y porcentajes vigentes para los mismos grados de los Oficiales y Suboficiales en actividad"
>
> Como fácilmente se observa, para que haya lugar al reconocimiento de la prestación indicada en tales normas legales, es requisito indispensable que el Suboficial haya fallecido en goce de su sueldo de retiro. De modo que no encontrándose en esas precisas condiciones al tiempo de su muerte el Suboficial Técnico Pompilio Ramírez Rodríguez, es incuestionable que su madre, la demandante, tampoco tiene derecho a que se

le reconozca la prestación en referencia por ella solicitada».

Se observa:

La argumentación del señor Fiscal Segundo del Consejo de Estado sería irrebatible, si las prestaciones sociales establecidas en favor de los beneficiarios de los Suboficiales a que se refieren los artículos 26 del Decreto 1025 de 1.942, 5o. de la ley 43 del mismo año y 1o. de la ley 81 de 1.947, originadas con motivo de la muerte del Suboficial, implicaran o constituyeran reconocimiento o creación de derechos sucesorales para procurar la adquisición, por transmisión del derecho a tales prestaciones sociales a título universal; pero ya quedó demostrádo en el capítulo IV de este fallo que el sueldo, pensión o asignación de retiro es de carácter personal e intransmisible.

Cosa distinta es la de que, por consideraciones de otro orden que tienen en mira el bienestar de la familia, les otorgue la Ley, determinadas prestaciones sociales a los parientes del Suboficial que ha prestado sus servicios al Estado por el tiempo necesario para obtener sueldo de retiro, en su caso, y, es asi como debe entenderse la locuciòn "a la muerte de un Suboficial en goce de sueldo de retiro," pues, de lo contrario se cometería una tremenda injusticia al colocar en condiciones de inferioridad a los beneficiarios del Suboficial que al tiempo de su retiro del servicio activo reunía todos los requisitos legales que configuran el derecho a obtener el reconocimiento y pago del sueldo, pensión o asignación de retiro, pero que no tuvo la oportunidad o los medios de ejercitar la acción correspondiente dentro del plazo que la ley permite al efecto.

Si bien es cierto que el artículo 27 del Código Civil dispone que "cuando el sentido de la Ley sea claro no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu", no es menos cierto que, cuando existe una ley clara y expresa, como lo observa el comentarista argentino Raymundo M. Salvat, "hay un caso, sin embargo, en que por excepción es permitido apartarse del sentido literal de la ley, a saber: cuando está claramente demostrado que el legislador ha querido establecer una cosa distinta de la que resulta de las palabras de la ley. En tales casos, la interpretación literal de ella, llamada entonces *interpretación judaica* nos llevaría en realidad a violarla, so pretexto de observarla estrictamente" (Tratado de Derecho Civil Argentino. Métodos de interpretación página 137).

La ley no es estática -como lo cree el señor apoderado de la recurrente y lo creìan los antiguos exégetas-, pues en ella se encierra y concreta la solución de todas las ocurrencias que se derivan de las relaciones jurídicas, economicas y sociales que se ocasionan por el hecho de vivir el hombre en sociedad. De ahí por què está vedado al Juez dejar de resolver las cuestiones propuestas pretextando silencio u obscuridad de la ley, y, por qué se ha atribuído como misión principal a la jurisprudencia la de procurar la adaptación de los hechos reales de la vida jurídica, económica

y social a las normas del derecho a fin de dar a cada cual aquello que justamente les corresponda.

VI. De los autos aparecen plenamente demostrados los siguientes hechos:

a) Que el Suboficial Mecánico de la Fuerza Aérea, Pompilio Ramírez Rodríguez, sirvió a las Fuerza Aéreas durante 10 años, 9 meses, 7 dias y que al tiempo de ser retirado del servicio, el dia 9 de noviembre de 1.944, reunía todos los requisitos legales para obtener asignación o sueldo de retiro.

b) Que cuando fue retirado "en forma absoluta" no se le declaró privado por sentencia ejecutoriada del derecho a obtener las prestaciones sociales correspondientes.

c) Que al tiempo de su muerte, el día 8 de febrero de 1.948, no había expirado el término prescriptivo que la ley señala para obtener o demandar el reconocimiento de tales prestaciones.

d) Que la señora Isabel Rodríguez v. de Ramírez, tiene la condición legal de madre legítima del Suboficial fallecido Pompilio Ramírez Rodríguez y se encuentra colocada dentro de los beneficiarios que determinan los artículos 24 y 26 del Decreto 1025 de 1.942 y de las disposiciones que los adicionan y reforman.

e) Que la precitada señora Isabel Rodríguez de Ramírez no es deudora morosa del Tesoro Nacional, ni recibe del mismo pensión o recompensa.

Por tanto, con fundamento en estos hechos y en las consideraciones de derecho que han quedado expuestas, precisa revocar la providencia apelada y despachar favorablemente la segunda súplica de la demanda de la señora Isabel Rodríguez de Ramírez.

En vista de las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la Resolución número 0295 de fecha 11 de febrero de 1.954, del Ministerio de Guerra, por la cual se aprueba el Acuerdo No. 235 de 1.953 de la Junta Directiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, y, en su lugar,

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar, como en efecto declara, improcedente la primera súplica de la demanda presentada por la señora Isabel Rodríguez v. de Ramírez de que se hizo mérito en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO. Reconocer, como en efecto reconoce, a favor de la señora Isabel Rodríguez v. de Ramírez una pensión equivalente al 50% del sueldo de retiro que correspondía al causante el Su-

boficial Mecánico de la Clase Tècnica de 2a. Categoría, Pompilio Ramírez Rodríguez, liquidandó dicha prestación no sólo sobre el sueldo básico sino teniendo en cuenta, además, todas las primas y bonificaciones de que personalmente hubiere disfrutado el Suboficial fallecido, excepción hecha de las primas de vestuario, alojamiento y de vuelo. Esta prestación estará a cargo de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares y de ella gozará la beneficiaria a partir del día siguiente en que se produjo el fallecimiento del Suboficial Pompilio Ramírez Rodríguez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Acosta Acosta, Manuel A. Dangond Daza, Jose Urbano Mànera.- Alfonso Gómez Hernández, Secretario.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

FALSA MOTIVACION. NO TODO DESACUERDO CON LA VERDAD DEBE SANCIONARSE. LA SANCION A LA ADMINISTRACION POR UN HECHO INEXACTO DEBE GRADUARSE EN CONCIERTO CON EL PERJUICIO REALMENTE RECIBIDO. CASOS EN QUE NO HAY PERJUICIOS INDEMNIZABLES EN LA DESTITUCION DE UN FUNCIONARIO.

(Magistrado Ponente: Dr. Ildefonso Méndez).

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

El abogado ADOLFO GOMEZ TAMARA, como apoderado especial del señor PABLO LEOPOLDO GUEVARA, en ejercicio de la acciòn de plena jurisdicción, solicita a esta entidad que, mediante la sentencia correspondiente, declare:

«PRIMERO. Que es nula la Resolución No. 415 (febrero 15), originaria del Ministerio de Guerra, en el punto en que se separó al actor, Pablo Leopoldo Guevara, del cargo de Mecanógrafo 1º Comandante de Circunscripción del Distrito Militar No. 33, por mala conducta comprobada; por cuanto no hubo ni mala conducta, ni mucho menos comprobación de mala conducta.

SEGUNDO. Que es igualmente nula la providencia acusada, en el punto en que se relaciona con el actor, y según se ha puntualizado en la petición anterior, por cuanto al demandante no le dieron oportunidad de producir sus descargos, ni fué oído ni vencido en juicio.

TERCERO. Que es igualmente nula la providencia acusada, en la parte a que se refiere esta demanda, por cuanto se basa en una inexactitud como es el afirmar que la baja se produjo por mala conducta cuando no hubo expediente administrativo que le demonstrara al actor, la mala conducta que en la providencia acusada, determinó su retiro, llenando los requisitos legales y las exigencias de nuestra jurisprudencia.

CUARTO. Que en consecuencia de la nulidad declarada, el actor tiene derecho a que por el fallo que desate

esta demanda, se disponga que sea restablecido en el cargo del cual fue separado ilegalmente, con derecho al pago de los sueldos dejados de devengar desde el día de de su ilegal separación del servicio público hasta la fecha de su reintegro, sin que pueda considerarse interrumpido el tiempo de servicio para efecto de sus prestaciones sociales.

QUINTO. Que el actor, es igualmente acreedor a que por el Consejo de Estado, se formulen en su favor las declaraciones que lo favorezcan de acuerdo con las leyes vigentes y con los hechos que aparezcan demostrados en este debate».

Son hechos de la demanda:

«a) El actor, prestó servicios en el Ministerio de Guerra, durante muchos años; b) El actor, estaba desempeñando con consagración y eficiencia, el empleo del cual fué separado por la providencia acusada; c) Paisanos del demandante, vecinos del municipio de Choachí, se dirigieron al Gobierno por medio de cartas confidenciales, y con el envío de declaraciones extrajuicio, no ratificadas, comunicando que el demandante era deudor de la dueña de una casa que ocupó él con su familia o que su familia vivió; d) Malquerientes del actor, quizá desagradados por el hecho de que el Gobierno para no cometer una injusticia, no había separado al actor del servicio, se dirigieron al Gobierno, diciendo unos que el demandante había dispuesto de dineros en la construcción de caminos públicos en el vecindario de Choachí en el año de 1.917. A esta demanda, para demostrar lo infundado de la imputación, se acompaña el finiquito que en forma legal le fué extendido al demandante por el Tribunal de Cuentas; en otras de estas comunicaciones, se dijo al Ministerio de Guerra, que el demandante había sido dinamitero en Málaga (Santander); e) Las imputaciones anteriores se refieren a hechos que se supone acontecieron con mucha anterioridad a la fecha de retiro del demandante; f) El Ministerio de Guerra, en vista de estas comunicaciones y sin que le hubiera demostrado al demandante su mala conducta en ninguna investigación que le diera oportunidad de producir descargos, decretó la baja del actor en la forma que ha determinado la presentación de esta demanda; g) El actor, prestó servicios en el Ministerio de Guerra y al Gobierno Nacional desde el año de 1.911; en 1.918, formó parte de la Policía Nacional de Fronteras; y en los años de 1.925 a 26, del Cuerpo de Zapadores. Todos estos hechos los puso de presente el demandante al Ministerio en comunicación que en copia se acompaña y que le fué dirigida al Director del Servicio Territorial, concluyendo con la petición

encaminada a lograr que se le mantuviera en el empleo teniendo en cuenta la situación de desamparo en que al ser retirado, se encontrarían su señora y sus hijos».

Al señalar el doctor GOMEZ TAMARA las disposiciones superiores que estima fueron violadas por el acto que acusa y dar el concepto de su transgresión, dice:

«De acuerdo con el artículo 120 de la Constituciòn Nacional, que enumera las facultades que corresponden al Presidente de la Repùblica como suprema autoridad administrativa, numeral 5º), el Gobierno puede nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales, según las reglas de la misma Constitución o de leyes posteriores. Entre las leyes posteriores que señalan condiciones o requisitos para separar del servicio a funcionarios del Estado, figura la 165 de 1.938, denominada Ley de la Carrera Administrativa.

El demandante, no era empleado inscrito en la Carrera Administrativa. Podía ser separado del servicio de acuerdo con la facultad constitucional que se deja enumerada, libremente por el Gobierno. Pero esa libertad del Gobierno, no podía llegar al extremo de que sin estar obligado a motivar el retiro del actor, lo calificara inexactamente. Si el Ministerio, simplemente hubiera dado de baja al demandante por insubsistencia, no se hubiera podido presentar demanda. Pero, violando la ley, los principios generales del derecho y las nociones de la equidad y de la justicia, separó al demandante después de muchos años de servicios, por mala conducta comprobada, sin que se le hubiera comprobado esa mala conducta según los hechos que fundamentan esta demanda y que ya relataron las circunstancias que determinaron al Gobierno a proferir el acto acusado.

La violación de la ley es clara. El decreto 646 de 1.943, dispone lo siguiente: "El derecho de auxilio de que trata el numeral 5º) del artículo 2º de este decreto, se adquiere por el empleado al cumplir el tiempo de servicio requerido por la ley que se reglamenta y sòlo se pierde *si es retirado por mala conducta comprobada en investigaciòn administrativa, breve y sumaria*". Es decir, disposiciones vigentes, para el caso de los empleados civiles del Ministerio de Guerra, disponen que para calificar una baja de mala conducta, es menester una investigación administrativa breve y sumaria. En el caso de autos, no hubo esa investigación.

El artículo 26 de la Constitución Nacional, dispone que nadie podrá ser juzgado, sino conforme a leyes y ob-

servando la plenitud de las formas propias de cada juicio; y la cual en numerosas sentencias, entre otras, en la de fecha 18 de octubre de 1.937, Gaceta Judicial No. 1928, página 623 y s. s., ha admitido la universalidad de este principio, y su repercusión en materias que no pertenecen al ramo penal. Es decir, nadie, puede ser juzgado sin antes haber sido oído y vencido en juicio y en el presente caso, se juzgó por el Gobierno, que el demandante era deficiente en el ejercicio de las funciones inherentes a su empleo sin haberlo oído ni vencido en juicio. Esta violado pues por el acto acusado, por intermedio del suscrito mandatario, un principio constitucional que es al tiempo un principio universal de derecho.

El artículo 17 de la misma Constitución, proclama que el trabajo es una obligación social y gozará de la especial proteccion del Estado; y no es modelo de proteger a los servidores del Estado, precisamente el retirarlos de su empleo después de muchos años de servicios, calificandolos de haber incurrido en mala conducta, sin que se le demostrara la supuesta mala conducta, en una investigación que le diera ocasión de producir sus descargos.

Casos como éste han sido ya debatidos por el Consejo de Estado en muchas oportunidades, entre otras en la sentencia de fecha 9 de noviembre de 1.948, redactada por el H. Consejero Doctor Pedro Gómez Parra, que al declarar la nulidad de los actos acusados por el suscrito, que hicieron calificación similar para el retiro del empleado Julio César Montero, sentaron la siguiente doctrina: "La presunción de legalidad que ampara los actos administrativos y que les da su ejecutoriedad, se excluye y desvanece cuando se demuestra que no son ciertos los hechos en que el acto se funda, porque la legalidad es la antítesis de la falsedad. De ahí que los actos fundados en hechos mentirosos no sean legales, ni tengan validez alguna". (Sentencia de 26 agosto de 1.947, dictada en el juicio de Antonio M. Sepúlveda sobre nulidad del Decreto 0251 de 1.947, del Gobierno Nacional). "Pero sea de ello lo que fuere, no es necesario ahondar en estos aspectos de la cuestión, pues basta con que la Resolución acusada enuncie circunstancias a las cuales no se acomoda precisamente el traslado del empleado. Si tratándose del ejercicio de la facultad discrecional, el hecho de darse motivo para la decisión relativa a la remoción de un empleado la condiciona a la verdad de esos motivos, so pena de poder ser anulada, con mayor razón si se trata de una facultad reglada".

A este respecto, dice Gastòn Jeze en su obra "*Teoría de la Función Pùblica*": "El Jefe del servicio no tiene porque dar los motivos que lo han movido a pronunciar

la destitución; pero si los da sin estar obligado a ello, es necesario que ellos sean materialmente exactos y que ellos sean inspirados en el èxito del interés público". (Sentencia de 18 de abril de 1.944. *Anales del Consejo de Estado,* Tomo III, números 335 a 340, página 145).

..... El incumplimiento de las obligaciones inherentes a un cargo público constituye mala conducta porque la latitud de esta expresión implica la infracción de todos los deberes del empleado, y es obvio que quien así procede en el desempeño del empleo se comporta malamente. De manera que el acto acusado, al declarar insubsistente el nombramiento del demandante por ese motivo, implícitamente declaró la mala conducta del empleado, sin el lleno de los requisitos que para ello prescribe el artículo 3º. del Decreto 646 de 1.943.

.... No consta de la documentación enviada por el Ministerio con relación al Decreto cuestionado, que ese Despacho adelantara investigación alguna sobre incumplimiento de las obligaciones inherentes al cargo que servia el demandante en el Departamento de Aeronáutica Civil, pues no es dable considerar en derecho como investigación propiamente dicha la información oficiosa que algunos funcionarios de esa misma dependencia enviaron contra él, sin darle oportunidad de ser oído y presentar descargos, como lo preceptúan los procedimientos administrativos para casos análogos (Decreto Nº. 2091 de 1.939). Ninguna declaración distinta del Decreto impugnado profirió el Ministerio en relacion a tales informaciones, sino de plano procedió a destituir al demandante, coartàndole su derecho de defensa y violando los citados textos del Decreto No. 646 de 1.943».

El Fiscal colaborador pide en su Vista de fondo que se nieguen las peticiones demandadas; en el aparte que se transcribe condensa así su pensamiento al respecto:

«..... ..... el actor afirma que no se hizo investigación administrativa alguna para comprobar la causal de mala conducta que se alega como motivo de su *remoción*, no habiéndosele oído en sus descargos y que se halla amparado por el art. 6º. de la ley 43 de 1.942.

En sentir de este despacho la investigación administrativa breve y sumaria de que habla el art. 3º. del Decreto No. 646 de 1.943, sólo es pertinente cuando el empleado tiene un tiempo de servicio mayor de diez (10) años continuos y deba ser retirado por causal de mala conducta, para el sólo efecto de determinar la pérdida del dere-

cho al auxilio especial establecido en el art. 6º. de la ley 43 de 1.942, pero no para decretar su remoción cuando no reúne tales requisitos de 10 años continuos de servicio.

La remoción puede decretarse en cualquier momento tratándose de empleados civiles del Ministerio de Guerra, sin necesidad de investigación, y solo para el caso de que ésta deba producirse por "mala conducta" y el empleado haya prestado sus servicios por más de diez años en forma continua, se impone practicar la investigación administrativa breve y sumaria».

Como se halla agotado el procedimiento de la instancia y no se observa causal alguna de nulidad procesal, procede fallar la litis, lo que hace la Sala mediante el estudio de los dos siguientes aspectos jurídicos — el uno subjetivo y el otro objetivo — a que se contrae la contención:

a) Habiendo sido el demandante un empleado que no gozaba del privilegio de inamovilidad relativa, esto es, que era de libre nombramiento y remoción del Ministerio de Guerra, por no estar amparado por un período fijo ni por una Carrera, no empece a esta situación, para destituírsele del cargo que desempeñaba bajo la imputación de mala conducta tenia la Administración, al mandato de alguna norma legal, que practicarle una investigación, con su intervención y audiencia, con el fin de probarle este aserto?; y

b) El hecho de que el motivo expreso de una decisión administrativa no concuerde exactamente con la realidad conlleva SIEMPRE la nulidad del acto ?.

1. El demandante conceptúa que la Resolución acusada choca por el aspecto a que se refiere el cuestionario a) con los preceptos contenidos por los artículos 17 y 26 de la Carta Política, que disponen, en su orden, que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes y observando la plenitud de las formas propias de cada proceso, y que el trabajo goza de la especial protección del Estado, pues el artículo 3º. del Decreto 646 de 1.943, reglamentario del artículo 6º. de la ley 43 de 1.942, consagra un procedimiento para retirar a los empleados civiles del Ministerio de Guerra por mala conducta: una investigación breve y sumaria.

Basta una atenta lectura de las referidas disposiciones para llegar a la conclusión de que esos ordenamientos no tienen el alcance que les da el abogado GOMEZ TAMARA. Allí sólo se dice que para que tales empleados, cumplidos DIEZ AÑOS, PIERDAN la cesantía por mala conducta es necesario hacerles una investigación administrativa sumaria, en donde se les compruebe el hecho; pero no que el acto de su desinvestidura sea ilegal si no se procede de esta manera. Así: si a un empleado que se encuentre en esta situación de servicios se le da de baja sin la investigación, aún cuando hubiere incurrido en MALA CONDUCTA, si no se le hizo

anteladamente la investigación, en la forma expresada, tiene derecho al pago de la cesantía.

2. El Consejo, inicialmente, sostuvo en forma absoluta -fundándose en la teoría de la falsa motivación, concebida por doctrinantes extranjeros- que los actos de la Administración apoyados en hechos inexactos -cualquiera que fuera el grado de ésta- no tienen validez, con todas las consecuencias anexas, considerando que al demostrarse que no son ciertos los hechos en que ellos se basan se desvanece la presunción de legalidad que los ampara. Posteriormente, restringió el alcance de la jurisprudencia, en el sentido de qne no todo desacuerdo con la verdad debe sancionarse. Así, en sentencia de 8 de octubre de 1.951, dijo que la falsa motivación en el caso que se haya fingido una renuncia para encubrir la destitución de un funcionario público sólo comporta nulidad cuando lesiona el status del empleado inscrito en una Carrera o la estabilidad consagrada en favor de quien desempeñaba un cargo de período fijo y dentro del cual es inamovible (Anales T. LIX, Nos. 372 a 376, páginas 13 y siguientes).

De conformidad con la última tesis, que es la que actualmente prohija la mayoría de la Sala, y vertebrando más su contenido conceptual, puede resumirse la doctrina diciendo que la falsa motivación de una providencia únicamente enerva su legalidad cuando envuelve una imputación dañosa del patrimonio moral o económimico de una persona; y que como el restablecimiento de un derecho violado, no puede tener otra consecuencia que la de colocar al afectado, en lo posible, en la misma situación que tenía antes de su producción, se impone distinguir si la lesión incide en su acervo moral ó en su acervo económico, para que de esta manera la condigna reparación del perjuicio siga la resultante, consultando así el principio supralegal de la graduación de la sanción en concierto con la falta, pues no resulta conforme a las normas superiores de justicia, por ejemplo, castigar a la Administración con la condena máxima -pago de sueldos y restitución del empleado al cargo por todas las inexactitudes, aún por aquellas que no ocasionan daño alguno. Se explica: si se trata de la destitución de un trabajador público habrá que tener en cuenta las diversas situaciones posibles.

a) Si el empleado pertenece a una Carrera, la reparación pretendida deberá ser las asignaciones que pudiera haber recibido durante todo el tiempo transcurrido entre la cesantía y su reincorporación;

b) Si el empleado es de período fijo e inamovible, el restablecimiento del derecho se hará en igual forma, mas si el período ya se hallare extinguido la reparación del perjuicio será el pago de lo que también hubiera podido percibir por el mismo concepto desde la destitución hasta el vencimiento, porque precisamente en esta fecha ya era posible su retiro del servicio, por aplicación del efecto extintivo de la función temporaria por vencimiento del plazo

para el cual fué designado, es decir, del principio llamado por los tratadistas "de la desinvestidura automática", aceptado en sus lineamientos generales por esta entidad, al conceptuar que salvo disposición en contrario la investidura de un empleado -inamovible dentro del período- se torna precaria al vencimiento de éste, produciéndose de este modo la vacancia del cargo, mas sin que el funcionario pueda abandonarlo hasta tanto se presente su reemplazo (Vèanse sentencias de 31 de agosto de 1.954 -Anales T. LX, Nos. 377 a 381, pág. 83; y de 23 de septiembre del año en curso -Expediente 5547. Jorge Salazar Guzmàn contra el Municipio de Condoto;

cc) Si el empleado es de libre nombramiento y remoción y el acto de desinvestidura le imputa una falta que no ha cometido o se hace una consideración lesiva a su persona, como el perjuicio, en este supuesto, únicamente puede incidir en su patrimonio moral, el daño queda resarcido con la anulación de la providencia y su restablecimiento en el cargo. Y se dice que el perjuicio sólo es de esta naturaleza, no obstante quedar el empleado privado del sueldo que devengara, porque dado el hecho que él podía ser libremente removido, y también, que el perjuicio recibido como consecuencia del ejercicio de un derecho legítimo del que lo causa -tal como lo es el derecho de la Administración a cambiar a su albedrío a los empleados que no gozan de inamovilidad relativa- no es INDEMNIZABLE, el daño EFECTIVO que el empleado sufre, en este orden de ideas, no puede radicar sino en la falsa imputación que hiere su haber moral. Esta conclusión deriva, pues, del mismo principio que fundamenta el caso anteriormente contemplado -el del ordinal (bb)-, ya que si para aquellos trabajadores la indemnización pecuniaria queda limitada por el vencimiento del respectivo período, porque precisamente de esta fecha en adelante ya era posible su baja, a fortiori, no puede haber PERJUICIOS INDEMNIZABLES por esta causa para éstos, que son de libre nombramiento y remoción; y

dd) Si el empleado es de libre nombramiento y remoción y la imputación inexacta no ataca ni su patrimonio moral ni su patrimonio económico, como la razón de ser de toda indemnización es compensar un PERJUICIO INDEMNIZABLE, al no configurarse éste, carece de interés jurídico cualquiera reclamación sobre el particular, y como además, la nunlidad de un acto -en accción de plena jurisdicción- es apenas medio para obtener la reparación del derecho violado, si no hay reparación viable -como en este caso-, no procede hacer declaración sobre si la providencia que se acusa por tal motivo es o no nula.

De lo dicho anteriormente se desprende que el caso de los autos encuentra cobijo en el analizado en el aparte (cc). Resta, entonces, estudiar y resolver si procede en concreto la declaración de nulidad solicitada, con el respectivo restablecimiento del derecho allí previsto:

Es cierto que se le adelantó al señor GUEVARA una investigación -pero sin su audiencia-, la que sirvió de base al Ministerio de Guerra para fundamentar la causal de mala conducta del despido, actuación no necesaria para la legalidad del acto, tal como se ha explicado.

Mas, por otra parte, se trata de un cargo que enmarca un HECHO -QUE AUNQUE POSITIVO- la buena conducta, ES DE CARACRER INDEFINIDO, por lo que su comprobación en el proceso, dada su naturaleza, le correspondía a la Administración, según los principios que gobiernan la técnica probatoria. Pues cómo podía sin exigírsele una prueba diabólica, demostrar el demandante que observó buena conducta en el desempeño de su cargo?.

Y no se diga que se allegó al expediente (por el propio GUEVARA y para acreditar que no se le oyò) la copia autenticada de la referida investigación, ya que para que las declaraciones extrajuicio que a ella se llevaron pudieran perjudicarle hubiera habido necesidad de ratificarlas dentro de este proceso, al mandato del artículo 693 del Código Judicial, aplicable por disposición expresa del 282 del Contencioso Administrativo.

D E C I S I O N :

El Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo-, oído el concepto Fiscal y administrando justicia en nombre la República de Colombia y por autoridad de la ley, en razón de todo lo anteriormente considerado, falla:

Primero. Es nula la Resolución número 415, de 15 de febrero de 1.951, originaria del Ministerio de Guerra, en cuanto separa al señor PABLO LEOPOLDO GUEVARA, del cargo de Mecanógrafo 1º. Comandante de Circunscripción del Distrito Militar Nº. 33, por mala conducta comprobada.

Segundo. El Ministerio de Guerra tiene la obligación de dictar la medida o medidas necesarias para restablecer al señor GUEVARA en el empleo referido, u otro análogo, en la forma y términos del artículo 121 de la Ley 167 de 1.941.

Tercero. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Notifíquese, cópiese y archívese.

Josè Enrique Arboleda V., Ildefonso Méndez, Rafael Rueda Briceño, Rafael Marriaga, Daniel Anzola Escobar, Manuel Buenahora, Antonio Josè Prieto.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR RAFAEL RUEDA BRICEÑO

Bogotá, diciembre quince (15) de mil novecientos cincuenta y cinco (1.955).

No comparto las tesis sostenidas en el fallo que por mayoría de votos desató el litigio planteado por el doctor Adolfo Gómez Támara, como apoderado de Pablo Leopoldo Guevara, en cuanto modifica esencialmente la jurisprudencia sostenida por el Consejo durante muchos años sobre "falsa motivación" y entra a hacer algunos distingos sobre la materia, que recortan notoriamente el alcance de principios fundamentales en un Estado de Derecho.

En el fallo del cual me aparto se establece que cuando un funcionario de libre nombramiento y remoción es destituído por un acto de la Administración fundado en hechos falsos o afirmaciones inexactas, no hay lugar a indemnizaciones por no haber "PERJUICIOS INDEMNIZABLES". Considero que el sólo hecho de retirar a una persona del servicio, sin causa justificativa, le ocasiona un perjuicio de carácter patrimonial, por cuanto en la mayoría de los casos los individuos que están al frente de los cargos lo hacen por necesidad, vale decir, para derivar de su desempeño el sustento propio y el de sus allegados. Quien presta en forma competente y honesta sus servicios a la Administración tiene derecho a que se le mantenga en el cargo, como quiera que el rodaje administrativo en un estado organizado de manera correcta, debe inspirarse en el éxito de los servicios pùblicos, con prescindencia de todo criterio exclusivista en cuanto se refiere a las personas que tienen bajo su responsabilidad las diferentes funciones directivas.

La facultad discrecional de que goza la Administración pone en sus manos el poder retirar a un funcionario sin que para ello necesite dar explicaciones, conforme lo ha sostenido el Consejo en innumerables fallos, siguiendo a los tratadistas que de manera amplia han dilucidado la tesis. Pero es igualmente cierto que cuando la Administración expresa motivos para prescindir de los servicios de una persona, éstos deben estar inspirados en hechos verdaderos. Entre las varias razonez que existen para ello, hay una elemental: si la jurisdicción contencioso administrativa como parece haberse olvidado, es el control o freno de la Aministración, para evitar los excesos en que ella pueda incurrir, considera amparados

por la presuncion de legalidad todos sus actos, tiene el deber ineludible de pedirle también que sea verdadera en los motivos que invoque para tomar una determinación, pues de lo contrario no haría cosa distinta de colaborar en el relajamiento de esa Administraciòn. Si comienza por robustecer con su autoridad las mentiras de aquélla, abre una brecha cuyos resultados nocivos es difícil prever. Un agente público que funda sus actos en la mentira no puede tener en manera alguna la confianza de los administrados. Y al tolerarse, por esta jurisdicción, semejantes procederes, se aparta de los fines que le son propios y fomenta el desequilibrio democrático.

Estas breves consideraciones, que habrá necesidad de ampliar en busca del retorno a las tesis de esta Corporación, que hoy se abandonan, sugieren una interrogación fácil de contestar, teniendo en cuenta los resultados obtenidos: desde que el Consejo de Estado de Colombia ha venido sancionando con la nulidad y el consiguiente restablecimiento del derecho violado, los actos de la Administración, fundados en hechos o afirmaciones falsas, los agentes públicos no se han abstenido, a veces por recato y otras por no gravar el tesoro, de estampar inexactitudes en los actos que de ellos emanan y se han limitado a hacer uso de la facultad discrecional?

Y, finalmente, no estará más acorde con su categoría de Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que el Consejo de Estado, con toda la fuerza moral y jurídica que lo respaldan, les diga a los funcionarios de la Administradión que eliminen en forma general la mentira, en vez de equipararla en sus propias providencias con la verdad?

Rafael Rueda Briceño.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR ANTONIO JOSE PRIETO.

Diciembre catorce de mil novecientos cincuenta y cinco.

Referiencia: Expediente No. 2176. Resoluciones Ministeriales. Nulidad parcial de la Resolución No. 415 de 15 de febrero de 1.951, expedida por el Ministerio de Guerra.
Actor: Leopoldo Guevara.

Consejero sustanciador del fallo a que se contrae el salvamento de voto doctor ILDEFONSO MENDEZ.

* * *

Con fecha de hoy fue expedida la sentencia prenombrada a la que contraigo mi disentimiento por las razones que paso a expresar:

Primera. Se trata de que al actor se le destituyó de un puesto que era de libre nombramiento y remoción por parte de la Administración por no ser de los que gozan del status legal de la inamovilidad relativa y demás prerrogativas de derechos a ascensos, etc., que corresponde a los empleados escalafonados, pero en el acto de la destitución se empleó lo que en lenguaje forense se denomina "falsa motivación", asegurándose que el destituído había renuciado, siendo falso este aserto.

Segunda. La tesis jurídica de la "falsa motivación" cuando a ella se recurre, gozando la Administración del poder discrecional de nombrar y remover libremente los empleados, fue aceptada, sustentada y constitutiva de sana jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, hasta cuando se expidió el fallo de fecha octubre ocho de mil novecientos cincuenta y uno, que desató la litis de plena jurisdicción promovida por el doctor Oscar Duque a quien el Alcalde de Medellín, con la invocación falsa de que había renunciado, lo destituyó del cargo de Gerente de la Segunda Sección de Empresas Municipales, por haberse negado precisamente a que dineros de destinación especial para esas Empresas se tomaran para pago de navidad, prima móvil y sueldos atrasados de empleados municipales. Los dineros de que se quería disponer pertenecían a los fondos del empréstito del Acueducto y el Gerente estaba en la obligación de defenderlos. El Alcalde urgía el pago de lo dicho, alegando que no hacerlo ocasionaría desórdenes sociales. Uno y otro funcionario alegaron razones de "servicio público". El Alcalde

ante la negativa de Duque lo destituyó pretextando en el decreto de remoción que Duque había renunciado. Dicha sentencia fue motivo de salvamento de voto del por entonces Consejero, el distinguido jurisconsulto doctor Jesús Estrada Monsalve, el suscrito y otro, quienes manifestamos nuestra inconformidad. La sentencia censurada y el salvamento de voto corren publicados en el Tomo 59 do los "Anales del Consejo de Estado". Nº. 372 y 376 págs. 5 a 36.

Tercera. En dicho salvamento se exteriorizó el sentimiento de inquietud de que la jurisprudencia del Consejo sobre el particular recibía con aquel fallo un rudo golpe y que se abría la primera brecha para arruinar el edificio de esa espléndida jurisprudencia que inteligentes juristas habían construído. Ese fallo hizo carrera, porque la ruina de dicha jurisprudencia ha quedado totalmente consolidada con fallos posteriores expedidos por la Sala Contenciosa, entre otros, por el que hoy reclama mi inconformidad que expreso.

Cuarta. La tesis jurídica de que no es aceptable que la Administración Pública deba ni pueda fundar sus determinaciones en hechos mentirosos o falsos y que esta tesis es todavía más diáfana, cuando se trata de empleados de libre remoción y nombramiento, la desarrolló el Consejo de Estado colombiano a partir del fallo del 20 de febrero de 1.947 dictado en el juicio de plena jurisdicción contra la Nación, seguido por Julio César Delgado, relativo a la destitución del cargo de Inspector Seccional del Trabajo del Departamento del Huila, siguiendo a tratadistas extranjeros de tanta reputación cómo Gaston Jeze, Jean Appleton, Luis Rollanda y otros.

Quinta. En el citado salvamento de voto al fallo de Oscar Duque se precisó como Gaston Jeze contra lo que se afirmó como doctrina de este, éste autor no distingue entre "Motivos verdaderos" y motivos únicamente inspirados por la preocupación del interés público, sino que exige, para que el acto de la destitución sea regular, que coexistan ambos elementos: *verdad del motivo e inspiración del mismo en el interés público.*

Sexta. "El mejor servicio" es causa-presupuesto de nombramiento y remoción; pero no basta invocarla, y su falsedad puede probarse en el terreno objetivo, no el subjetivo, donde la causa no puede invocarse", ha dicho Bielsa (Vèase su obra de Derecho Administrativo Tomo II, pág. 140). Tal causa-presupuesto sí que ha sido llevada y traída por nuestra administración de todos los tiempos para nombrar y remover a sus pobres servidores. Cómo se ha abusado y se abusa de tal invocación.

Séptima. En dicho salvamento de voto al fallo de Oscar Duque se patentizó cuán grande es la diferencia entre eufemismo y falsa motivación. Allí se hizo notar que Jeze no confunde el significado de estos dos vocablos sino que resalta en autorizada opinión, que el eufemismo que es practicada por los agentes del servicio en Francia, no tiene lugar sino con relación a la medida disciplinaria para disimularla, porque esta es la que afecta la reputación del empleado, pero cuando no se trata de imponer medidas disciplinarias si-

no de destituír en ejercicio de la atribución discrecional no tiene cabida.

Octava. La atribución discrecional no es arbitrariedad, pero si de ella se abusa sí se incurre en lo último. Lo discrecional es legal en la materia que se trata cuando se ejercita normalmente, pero se desplaza a la arbitrariedad cuando su ejercicio es injusto e ilegal, v. gr. cuando objetiva y subjetivamente tal facultad discrecional se hace mentirosa encubriéndola con motivación falsa, y al propio tiempo se desatiende el requisito de obrar en función de asegurar el buen servicio público.

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

Décima. No es posible aceptar deformada la anterior doctrina con los esguinces que se le han inventado para hacerla fracasar, porque en países de tradición de vicios y corruptelas políticas tan arraigadas como las que en todos los tiempos se han profesado y cultivado en nuestro país por los partidos políticos, la doctrina tiene que ser rígida si se quiere que sea sana, noble y eficaz para defender el buen servicio a que está obligada toda Administración y la defensa de la dignidad, del buen nombre y de un mínimum de garantía y respeto a los buenos servidores del Estado, gocen o nó de status de Carrera Administrativa. Esta es la única manera de acabar con el concepto arraigado de nuestra enferma democracia de considerar por los partidos políticos, cualquiera que sea su color o ideología, de que los puestos públicos son el botín con que se recompensa y debe recompensarse a los adeptos políticos. Se sabe entre nosotros, que si efectúa un cambio de régimen político los servidores del Régimen cesante deben ser despedidos en masa

para ser sustituídos por personal del nuevo régimen, así sean mediocres, impreparados o faltos aún de idoneidad moral. Este ha sido vicio de ambos partidos tradicionales. Pero se ha llegado a peor, y es que ya no se contenta en un momento dado la Administración, con los servidores sean del mismo partido de gobierno sino que deben pertenecer al mismo círculo personalista del jefe del servicio, y si no lo son, son cambiados irremediablemente. Constituyen los puestos públicos botín de círculo. El Consejo de Estado de Colombia por su Sala Contenciosa que debe tener en cuenta estos aspectos sociológicos, está en la obligación de elevarse todos los días, nutriendo su mente y haciendo escuela con sus fallos de una moral ejemplar, renovadora, noble e idealista. De otra suerte sobra.

Undécima. Ahora se ha inventado el aspecto de que cuando se trata de empleados de libre nombramiento y remoción, no se debe anular el acto acusado, por falta de motivación, dizque por que no se causa detrimento patrimonial. Error magno. En toda destitución si es injusta se causan perjuicio moral y material. El hecho de que la destitución no esté amparada administrativamente para empleados de libre nombramiento y remoción no excluye ambos perjuicios. Una cosa es que para los amparados por el escalafón y estatuto de la Carrera Administrativa el perjuicio sea resarcible y plenamente, y otra que el resarcimiento no pueda alcanzarse en este grado. Las circunstancias del desamparo legal obliga, debe obligar a la Administración a ser *más* cautelosa, *más* cuidadosa en no despedir sin motivos a buenos servidores, y si por cobardía a la censura de la opinión pública -porque la opinión pública siempre se resiente cuando nota que se ha despedido a un meritorio y viejo servidor- y aún al mismo empleado, recurre a la falsa motivación, debe caer el acto de remoción y debe venir el resarcimiento pecuniario con el pago de los sueldos durante el tiempo de despido hecho en circunstancias anormales y el tiempo de restitución al empleo, del cual luego se le quitará con todas las de la Ley.

Los comentaristas extranjeros como los hermanos Mazeau en su extensa obra sobre "responsabilidad civil" demuestran cómo el perjuicio moral cuando se trata de empleados se confunde con el valor pecuniario de los sueldos y cómo el perjuicio moral hoy se acepta universalmente que tiene un precio. La legislación colombiana lo tiene aceptado y lo mismo la abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales ordinarios. El artículo 95 de la ley 95 de 1.936 o Código Penal actual ha fijado hasta la suma de dos mil pesos para que los Jueces puedan y deban regular pecuniariamente el daño moral para indemnizar al ofendido. Dicha disposición ha sido tomada como patrón por los jueces comunes dichos para avaluar y fijar la indemnización de responsabilidad civil extracontractual.

Sólo el Consejo de Estado Colombiano -Sala Contenciosa- no admite esos avances de la doctrina, de la jurisprudencia y de la legislación. Bendito sea Dios.

Antonio José Prieto, Consejero de la Sala Contenciosa Administrativa.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

STATUS QUE AMPARA EL PERSONAL QUE DESPUES DE RETIRADO DEL SERVICIO ACTIVO ENTRA A FORMAR PARTE DEL RAMO TERRITORIAL Y MOVILIZACION. SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES.

(Consejero Ponente: Dr. Guillermo Acosta Acosta).

Consejo de Estado —Sala de Negocios Generales— Bogotà, nueve de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco.

La Junta Directiva de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció por medio del Acuerdo Nº. 165 de 22 de julio de 1.953 a favor del señor Francisco Montoya Zapata una asignación de retiro en cuantía del 54% del sueldo de actividad que rija en todo tiempo para su grado de Sargento Segundo del Ejército, por servicios prestados a las Fuerzas Militares durante 11 años, 2 meses, 24 días, conforme a la hoja de servicios militares, debidamente aprobada, visible a folios 12 y 13 del expediente.

El Ministerio de Guerra, por Resolución número 0627 de 1.954 revocó aquella hoja de servicios militares, por considerar que el Departamento de Personal del Ministerio de Guerra al confeccionar dicho documento interpretó indebidamente las normas legales pertinentes, acumulando erradamente los servicios militares con los de carácter civil.

El apoderado del señor Montoya Zapata interpuso apelación contra la decisión ministerial en referencia, recurso que, una vez concedido, fue tramitado en el Consejo de Estado con arreglo a lo dispuesto por el Código Contencioso Administrativo y como es llegado el momento de decidir, a ello procede la Corporación, considerando:

Esta Sala, en consulta absuelta al señor Ministro de Guerra el 6 de junio del presente año, hizo el siguiente estudio sobre el *status* que ampara al personal que después de retirado del servicio activo, entra a formar parte del Ramo Territorial y Movilización:

> « El artículo 3o. de la Ley 3ª. de 1.937 a que se refiere la consulta en estudio es del siguiente tenor:
>
> "Artículo 3o. En la categoría de Suboficial se considerarán únicamente aquellos individuos que han ingresado

al Ejército como soldados y han sido ascendidos rigurosamente después de prestar el correspondiente servicio en filas en cada grado.

Parágrafo. No se considerarán como Suboficiales aquellos individuos que desempeñen puestos civiles, con asignación de Suboficiales, como los Escribientes de los Comandos, los empleados civiles del servicio territorial, los ecónomos, jefes de talleres, mecánicos, mayordomos de casinos etc., ni tampoco los civiles asimilados a Suboficiales, mientras no hayan prestado en tropas los servicios que se señalan adelante y no tengan su grado militar reconocido.

Los tambores mayores de los cuerpos de tropas podrán ascender hasta Sargentos Segundos, siempre que hayan prestado servicio militar obligatorio y ascender en filas a dicho grado".

De acuerdo con la interpretación exegética del artículo 3º. de la ley 3ª. de 1.937, cabe considerar como Suboficiales "unicamente aquellos individuos que han ingresado al Ejército como soldados y han sido ascendidos rigurosamente después de prestar el correspondiente servicio en filas en cada grado", y, mientras no cumplan este requisito y no tengan su grado militar reconocido, no adquieren la categoria de Suboficiales las personas o empleados que a continuación se expresan:

a) Los individuos que desempeñan puestos civiles con asignación de Suboficiales (Escribientes de los Comandos, empleados civiles del Ramo Territorial, ecónomos, jefes de talleres, mecánicos, mayordomos de casino etc.), y

b) Los civiles asimilados a Suboficiales.

Ahora bien, los Suboficiales asi reconocidos y siempre que conforme al artículo 13 de la precitada ley 3ª. de 1.937 "hayan servido siquiera cinco años en filas" quedaron facultados "para pasar al Servicio Territorial Militar" previa petición al Ministerio de Guerra con el apoyo de los Comandos.

De modo que a todos los Suboficiales que, en las condiciones anotadas, entraron al servicio del Ramo Territorial antes de la expedición de la precitada ley precisa computarles, como de actividad militar para la formación de su hoja de servicios, el tiempo servido en los cuadros de Servicio Territorial Militar, pues, de otra manera vendrían a quedar en situación de inferioridad en relación con los Suboficiales que ingresaron al mismo servicio y en idénticas condiciones, pero cumplidas con posterioridad a la fecha en que entró en vigencia la ley 3a. de 1.937.

La locución "siempre que hayan servido cinco años en filas", empleada por el artículo 13 de la ley 3a. de 1.937,

está indicando que comprende tambièn los servicios prestados con anterioridad a la vigencia de la ley pero siempre que lo hayan sido en las mismas condiciones contempladas en dicho estatuto, pues, si el legislador de 1.937, hubiera querido favorecer únicamente a quienes "se encontraban en filas y con su grado militar reconocido al tiemde entrar en vigencia la ley 3a. de 1.937", hubiera empleado la siguiente expresión: "siempre que sirvan o sirvieren siquiera cinco años en filas", u otra locución semejante que no dejara la menor duda acerca de la eficacia de la norma en cuanto al tiempo, presente o futuro, al cual habrian de extenderse los beneficios consagrados por la ley 3a. de 1.937 en favor de los Suboficiales que despues de cinco años de servicio en filas y con su grado militar reconocido pasaren al servicio Territorial Militar.

Es que como dice el profesor italiano Francesco Carnelutti "las leyes están hechas con palabras; pero estas palabras generan efectos maravillosos: de un sì o de un nó depende el destino de innumerables hombres; por un sí o por un nó se adquiere la riqueza como se pierde la libertad o la vida", y, de ahí por qué la inflexión verbal "hayan servido", empleada por el artículo 13 de la ley 3a. de 1.937, le dá a ésta un carácter retrospectivo en cuanto a la eficacia y aplicación de la ley a las mismas situaciones o condiciones cumplidas con anterioridad a la fecha de su vigencia.

El *status* o situación legal de esta clase de servidores del Ramo de Guerra, en los cuadros del Servicio Territorial, antes de entrar en vigencia la ley 3a. de 1.937, se encontraba contemplada en los siguientes textos legales, así como en los que los adicionan y reforman:

Ley 167 de 1.896 sobre servicio militar obligatorio;

Ley 40 de 1.909 sobre servicio militar;

Decreto 1144 del 13 de diciembre de 1.911 sobre servicio militar;

Decreto 2020 de 1.927 que reglamenta el servicio militar y el fondo o cuota de defensa nacional;

Decreto 2264 de 1.929 por el cual se aprueba el Reglamento No. 37 bis sobre Servicio Territorial Militar;

Decreto 2045 de 1.934 (octubre 27), según el cual la Dirección Superior del Servicio Militar Territorial y Reclutamiento, creada como Sección independiente del Ministerio de Guerra, por el Decreto No. 749 del 12 de Abril de 1.934, quedará sustituída por la Sección de Movilización y Servicio Territorial del Estado Mayor General;

Decreto No. 1163 del 11 de mayo de 1.936, modificado por

el Decreto No. 1877 de 1o. de agosto del mismo año, sobre reorganización del personal del Servicio Territorial Militar.

Por último, el sistema adoptado en este orden de ideas por la ley 3ª. de 1.937 y por la legislación anterior, fue substancialmente modificado por los Decretos números 1025 del 21 de abril, 1123 del 2 de mayo y 1570 del 1o. de julio de 1.942, pues, de acuerdo con estos textos legales, el servicio prestado en el Ramo Territorial Militar o en cargos administrativos en dependencias militares por los Suboficiales (artículo 43 del Decreto 1025) o por los Oficiales (artículo 68 del Decreto 1123) que se encuentren en situación de retiro, "no se cuenta como tiempo de actividad" y en consecuencia "dicho servicio no se liquida para efectos del sueldo de retiro, ni las asignaciones que devenguen en tales cargos están sujetas a descuentos para la Caja de Sueldos de Retiro". Este personal -dice el artículo 21 del Decreto 1570 de 1.942- "no se considera llamado al servicio activo.....pero sí tendrá las asignaciónes de su grado y el derecho al uniforme".

Actualmente, conforme al artículo 142 del Decreto No. 501 de 1.955 (marzo 4), "el tiempo que duren en ejercicio de sus funciones los Suboficiales retirados que se nombren en el Servicio Territorial, no se computará doble en ningún caso ni se tendrá en cuenta para efectos de ascensos o asignaciones de retiro».

Ahora bien, como el señor Francisco Montoya Zapata sirvió a las Fuerzas Militares, en filas, desde el 12 de diciembre de 1.920 en que ingresó como soldado al Batallón de Infantería "Girardot" número 8 en Barranquilla y Medellín, hasta el 1o. de enero de 1.933 en que fue retirado del servicio activo con el grado de Sargento Segundo y el 8 de mayo de 1.937 fue reincorporado al servicio Territorial, al cual prestó sus servicios hasta el 11 de febrero de 1.939 en que fue daclarado insubsistente su nombramiento, totalizando 11 años, 2 meses y 24 días, tiene derecho a asignación de retiro como Suboficial de las Fuerzas Militares, en el último grado alcanzado, que fue el de Sargento Segundo, como ya se dijo.

En cuanto a la revocatoria de la hoja de servicios porque optó el Ministerio de Guerra en la providencia recurrida, debe tenerse en cuenta lo dicho por la Sala en fallo de fecha 13 de abril de 1.955 en el caso del señor Julio Benavides Sosa. A dicha decisión pertenece lo siguiente:

«De manera, pues, que si en la hoja de servicios del Sargento 2o. Carlos Julio Benavides Sosa se liquidaron 14 años, 5 meses y 22 días de servicios militares, incluyendo el tiempo que sirvió como Comandante y Secretario de la Zona Territorial de Pamplona, entre el 5 de fe-

brero de 1.939 y el 1º. de abril de 1.946 no es oportuno ni mucho menos jurídico desatender la prueba que suministra ese documento auténtico -Hoja de Servicios- procediendo a descartar, como oficiosamente lo hizo el Ministerio de Guerra por medio de la providencia apelada, aquellos últimos servicios que se computaron como militares, con el argumento de ser específicamente civiles, ya que con tal procedimiento se rompe toda una tradición jurisprudencial como la antes citada y se desconoce unilateralmente la presunción de legalidad que conllevan todos los actos administrativos, mientras no sean invalidados o reformados por la jurisdicción contencioso-administrativa».

Con fundamento en lo anterior precisa revocar la providencia apelada y en su lugar confirmar en todas sus partes el Acuerdo Nº 165 de la Junta Directiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de que se ha hecho mèrito, por el cual se otorga a favor del señor Francisco Montoya Zapata asignación de retiro, reconociendo, además, a favor del mismo beneficiario la prestación unitaria consagrada por el artículo 22 de la ley 82 de 1.947, o sea una recompensa igual al valor de un mes de sueldo de actividad por cada año o fracción mayor de seis meses de servicio que exceda del tiempo señalado por la ley para merecer asignación de retiro.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Fiscal y de acuerdo con èl administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA en todas sus partes la Resolución apelada, de que se ha hecho mérito en la parte motiva de esta decisión y en su lugar RESUELVE:

PRIMERO. Confirmase en todas sus partes el Acuerdo No. 165 de la Junta de la Caja de Retiro de las Fuerzas Miltares, de que se ha hablado en la parte motiva de esta providencia, y

SEGUNDO. Reconócese a favor del Sargento Segundo del Ejèrcito, señor Francisco Montoya Zapata, una recompensa igual al valor de un mes de sueldo devengado por el citado Suboficial al servicio de las Fuerzas Militares, por un año de servicio que excede del tiempo requerido por la ley para merecer asignación de retiro.

Cópiese, notifíquese y devuèlvase.

Guillermo Acosta Acosta, Manuel A. Dangond Daza, José Urbano Múnera.- Alfonso Gómez Hernández, Secretario.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

NO TIENEN EL CARACTER DE PRESTACION SOCIAL LOS SUELDOS QUE DURANTE TRES MESES DESPUES DE SU RETIRO SIGUEN PAGANDOSE AL EX-EMPLEADO CIVIL DEL RAMO DE GUERRA. (ARTICULOS 67 DEL DECRETO 2332 DE 1.946 Y 66 DE LA LEY 2ª. DE 1.945).

(Consejero Ponente: Dr. Dangond Daza)

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales— Bogotá, D. E., seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco

Por medio de la Resolución número 2677 de 28 de octubre de 1.953 el señor Ministro de Guerra negó al señor ROBERTO RAMIREZ M., el reconocimiento de los sueldos correspondiente a los tres meses de alta posteriores a su retiro del servicio y lo hizo fundándose en las consideraciones que a continuación se transcriben:

> «Que, según la liquidación de servicios de la Sección de Personal del Comando del Ejercito, el señor ROBERTO RAMIREZ M. prestó en forma continua servicios civiles durante 10 años y 11 meses, circusntancia esta que le daría derecho al reconocimiento de los tres meses de alta, si su retiro no se hubiera causado por renuncia voluntaria, y esta renuncia al tenor del artículo 67 del Decreto 2332 de 1.946 y lo dispuesto por el Decreto 2036 de 1.949, hace perder el derecho a esta prestación, pues las disposiciones citadas consignan expresamente el mandato que la renuncia del cargo hace perder al empleado el derecho al reconocimiento de los tres meses de alta».

De la resolución ministerial apeló para ante el Consejo de Estado el interesado, y cumplida la tramitación propia del recurso, a desatarlo procede la Sala previas las consideraciones siguientes:

Al emitir su concepto al respecto, el señor Fiscal Primero de la Corporación se expresa así:

«..... ....»

> «Observa este Despacho que evidentemente el art. 67 del Decreto 2332 de 1.946 establece que al "quedar cesante un empleado civil del ramo de guerra por *causa distin-*

ta de la renuncia, tendrá derecho a continuar de alta por tres meses". Este estatuto legal empezó a regir desde el 6 de agosto de 1.946. Meses después el Congreso expidió la Ley 100 de 1.946 y en su art. 12 dispuso lo siguiente: "Los empleados civiles y los obreros del ramo de guerra al retirarse voluntariamente *del servicio* o ser retirados por el Gobierno, exceptuando la causal de mala conducta, tienen derecho a las prestaciones sociales que les corresponden de acuerdo con su tiempo de servicio. Si no fueren jubilados, a más de cesantia tienen derecho a retirar los aportes que hubieren hecho a la Caja de Previsión Social."

Esta ley empezó a regir desde el 30 de Diciembre de 1.946, es decir 5 meses después del Decreto 2332 de de 1.946, circunstancia por la cual debe considerarse derogado el art. 67 de este estatuto legal. De acuerdo con el artículo 12 de la ley 100 de 1.946 la única causal que inhabilita para recibir las prestaciones sociales es la "mala conducta". En cuanto al retiro "voluntario" según esta misma disposición, no conlleva la pérdida del derecho a disfrutar las prestaciones sociales que la ley establece a favor de los obreros y trabajadores del ramo de guerra. En el caso sub-judice el señor Roberto Ramírez, se retiró voluntariamente del servicio el 30 de mayo de 1.948 (fl. 4) es decir cuando estaba vigente el artículo 12 de la ley 100 de 1.946, el cual, como se ha visto, establece que el retiro voluntario del servicio, no inhabilita al trabajador para reclamar sus prestaciones sociales.

Por lo que se viene diciendo, la Fiscalía no está de acuerdo con el Ministerio de Guerra, cuando afirma que según el artículo 67 del Decreto 2332 de 1.946, el actor no tiene derecho a los tres meses de alta por haberse retirado voluntariamente del servicio, como quiera que esta disposición es inaplicable para el caso que se debate, por haber sido derogada por una norma posterior y superior como es la Ley 100 de 1.946, la cual empezó a regir 5 meses después del decreto en referencia. Por otra parte y de acuerdo con la certificación que obra al folio 4 del expediente, el señor Ramírez se retiró del servicio el 30 de mayo de 1.948, cuando estaba en pleno vigor el artículo 12 de la ley 100 de 1.946 el cual prescribe claramente que la renuncia voluntaria del cargo no inhabilita al trabajador o al obrero para reclamar sus prestaciones sociales al Ministerio de Guerra".

En relación con el artículo primero del decreto 2036 de 1.949 que volvió a establecer o revivir lo consagrado antes en el artículo 67 del decreto 2332 de 1.946, o sea que el retiro voluntario del servicio del personal civil del ramo de guerra hacía perder el derecho a reclamar los tres

meses de alta, considera la Fiscalía que no afecta la situación del actor, toda vez que el derecho de éste nació el 30 de mayo de 1.948, cuando aún estaba vigente el artículo 12 de la Ley 100 de 1.946, y además, como dice el H. Consejo en fallo de 15 de julio de 1.947: "estas nuevas disposiciones (Art. 1º. del Decreto 2036 de 1.949 en este caso) no pueden afectar al actual demandante, porque su derecho nació al amparo de disposiciones anteriores".

Como claramente se observa, el derecho del actor a reclamar los tres meses de alta, surgió cuando èste se separó definitivamente del servicio, lo cual ocurrió el 30 de mayo de 1.949, es decir, varios meses antes de que empezara a regir el decreto 2036 de 1.949.

En razón de lo expuesto *CONCEPTUO*, que las providencias apeladas deben ser revocadas y en su lugar debe accederse al reconocimiento y pago de los tres meses del alta reclamados por el señor Roberto Ramirez.»

Tuvieran los tres meses de alta el caracter de prestación social que le asigna el señor Fiscal, y sus razonamientos en relación con el hecho controvertido serían inobjetables. Pero no lo tienen. Ellos, cuando se reciben, se reciben como "sueldos" y nó como una prestación social.

Que no tienen el caracter de prestaciòn social los sueldos que durante tres meses después de su retiro siguen pagándose al ex-empleado civil del ramo de Guerra, claramente está diciéndolo la disposición legal que tal derecho consagra.

En efecto:

El artículo 67 del Decreto número 2332 de 1.946 es del tenor siguiente:

«Al quedar cesante un empleado civil del ramo de Guerra por causa distinta de la renuncia del cargo o del incumplimiento de las obligaciones inherentes a él, *tendrá derecho a continuar de alta en la Secciòn de Caja y Pagaduría de la respectiva repartición o dependencia por el término de tres meses para la formación de su hoja de servicios*. Este tiempo no se computará como de servicio y *los sueldos* pagados al empleado durante dicho lapso *se descontarán del valor total del auxilio de cesantía en los casos en que haya lugar a esta prestación, salvo cuando el empleado haya prestado servicios continuos por diez años o más, en cuyo caso no tendrá lugar el descuento en referencia.*» (Subraya la Sala)

Si se examinan las leyes y Decretos que sucesivamente han señalado las prestaciones sociales para los empleados civiles del ramo de Guerra, se verá cómo en ninguno de tales estatutos se in-

cluyen los sueldos correspondientes a los "tres meses de alta" que a dichos empleados se da para la formación de su hoja de servicios. Así ocurre con los decretos 646 de 1.943 y 2332 de 1.946 y la ley 2ª. de 1.945.

Si el artículo 67 del decreto número 2332 de 1.946 que acaba de citarse, consagra, en los términos ya vistos, el derecho al sueldo durante los tres meses de alta, lo hace en sección aparte de aquellas que enumeran las distintas prestaciones a que tales empleados son acreedores, pues que dicho artículo aparece incluìdo en la "SECCION DECIMA" que contiene las "Disposiciones Especiales".

Y el artículo 66 de la ley 2ª. de 1.945, que hace parte de las "Disposiciones Complementarias" materia de la "SECCIÓN V", distinta, desde luego, de la "IV", que trata, esta última, "De las prestaciones sociales para los empleados civiles y soldados de las Fuerzas Militares", es del tenor siguiente:

> «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 fín el Gobierno concede un plazo de tres meses, durante el cual el interesado *disfruta de su renta, primas y demàs prerrogativas de actividades*». (Subraya la Sala)

En mérito de las consideraciones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Fiscal y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la Resolución de que se ha hecho mérito en el curso de esta providencia.

Còpiese, notifíquese y devuèlvase.

Guillermo Acosta Acosta, Manuel Antonio Dangond Daza, José Urbano Mùnera.—Alfonso Gómez Hernández, Secretario.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.

(Consejero Ponente: Dr. Antonio José Prieto).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogótá, abril primero de mil novecientos cincuenta y cuatro.

Referencia: Resoluciones Ministeriales. Nulidad de las Resoluciones No 1943 ò 1993 de fecha 24 de agosto de 1.949 y 2708 de fecha 25 de noviembre del mismo año, originarias ambas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Los daños causados por Alemania o por sus súbditos a las propiedades de Colombia o de los ciudadanos colombianos, o a las personas de éstos deberán ser indemnizados o reparados por el Estado colombiano de los fondos que se hallen en fideicomiso en el Fondo de Estabilización. Se declaran nulos los actos acusados por cuanto por ellos se violaron los Arts. 1º y 9º de la Ley 39 de 1.945.
Actor: María Ignacia Pinzón v. de Suárez y otros. Drs. José Antonio Montalvo y Juan Francisco Mújica.

María Ignacia Pinzón v. de Suárez, Cecilia Suárez v. de Torres, Clara Suárez de Portocarrero, Manina y Leonor Suàrez Pinzón, Gonzalo, Luis y Cayetano Suárez Pinzón por medio de su apoderado el Dr. José Antonio Montalvo, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción ante esta Corporación demandaron la nulidad de las Resoluciones Nº. 1993 ó 1943 de agosto 24 de 1.949 y 2078 de noviembre 25 de 1.949, originarias ambas del Ministerio de Hacienda y Credito Público, y el restablecimiento de sus derechos civiles lesionados por los actos administrativos cuya nulidad pretenden, derechos que se concretan en la siguiente forma: "a) El pago de los precios de arrendamiento estipulados, vencidos e insolutos de la finca urbana Nº. 145 de la Rothenbaumchaussee, de la ciudad de Hamburgo, en Alemania, de propiedad del Gral. Luis Suárez Castillo, de quien los demandantes son herederos testamentarios, a razón de 450 marcos oro mensuales, al tipo comercial de cambio preciso que la entidad arrendataria dejò de pagar total o parcialmente, con motivo de los daños causados a la finca por los bombardeos aéreos habidos en esa ciudad durante la última guerra mundial. Esta suma la fijó en no menos de 16.000 marcos oro;

b) El pago del valor venal de la mencionada finca urbana, el cual primitivamente fué estimado en la cantidad de $180.000.00 colombianos, pero que hoy debido a las nuevas condiciones económicas tanto de nuestro país como de la zona occidental de alemania y también por razones de depreciación de nuestra moneda, variación del tipo de cambio, etc., estimo en la cantidad de $360.000.00 colombianos, o en la suma mayor que se fije por el medio probatorio que sea adecuado;

En subsidio de la pretensión que inmediatamente procede, suplicó:

c) El pago del valor de las reparaciones que haya necesidad de hacer en la finca para volverla al buen estado que tenía cuando fué arrendada, valor que estimo en no menos de 400.000 marcos oro, o su equivalente en moneda colombiana al tipo comercial del cambio del día del cumplimiento de la presentación".

Como hechos fundamentales de la demanda aparecen relacionados los que a continuación se transcriben:

«1º El General Luis Suárez Castillo murió testado (sic) en esta ciudad de Bogotá. Hoy conoce de su juicio de sucesiòn el Juzgado Segundo Civil de este Circuito. Por auto del 1º de agosto de 1.945 aquel Juzgado reconociò a "la señora María Ignacia Pinzón de Suárez, como cónyugue sobreviviente y heredera testamentaria, y a los señores Gonzalo, Luis, Cayetano, Clara, Manina, Leonor Suárez Pinzón y Cecilia Suárez de Torres, en su condición de herederos testamentarios del de cujus".

2º Doña María Ignacia Pinzón v. de Suárez, doña Cecilia Suárez de Torres, doña Clara, doña Manina y doña Leonor Suàrez Pinzón, don Gonzalo, don Luis y don Cayetano Suárez Pinzón, en su dicha condición de herederos testamentarios del General Luis Suárez Castillo, rectifican lo actuado por mí como apoderado de éste y me confieren poder para que realice las actuales gestiones.

3º El General Luis Suárez Castillo cuando era Cónsul General de Colombia en Hamburgo adquirió, a título de compra, del señor Carl Roessel Meyer el derecho de dominio de éste sobre la finca distinguida con el Nº. 145, la cual era una de las tres mejores del barrio residencial denominado Rothenbaumchaussee el más lujoso de la ciudad de Hamburgo en Alemania, finca cuya cabida era de 2.241,9 metros cuadrados.

El contrato de compraventa consta en la escritura Nº. 2515 del Registro Notarial de 1.922 llevado por el doctor Carl Gustav Ferdinand von Sydow, Notario de Hamburgo.

4º El precio de este contrato de compraventa fuè el de 800.000 marcos de los cuales el General pagó de

contado a su vendedor seiscientos sesenta y ocho mil marcos y el remanente, de acuerdo con lo estipulado, lo pagó el comprador, algún tiempo después a los distintos acreedores hipotecarios que en el título de adquisición de la finca se enumeran.

5º. Cuando el General Suárez Castillo solucionó los aludidos créditos hipotecarios, el marco ya estaba estabilizado, con lo cual el precio del inmueble en realidad vino siendo mucho mayor, máxime si se tiene en cuenta que el General nunca tuvo negocios lucrativos en Alemania y su capital lo adquirió y explotó en Colombia.

6º. Además, el General Suárez Castillo hizo al referido inmueble de su propiedad unas refacciones que le costaron en ese entonces, veintiseis mil dólares.

7º. El mencionado derecho de dominio sobre el inmueble dicho constituye parte integrante de los bienes relictos del General Luis Suárez Castillo.

8º. Bajo el régimen nazi el General Suárez Castillo fué obstaculizado en el ejercicio de su derecho de dominio sobre la finca, hasta el punto de que el Reich Alemán expropió de hecho el bien raíz a su dueño. En efecto: impidió al General vender la finca; no le permitió administrarla libremente; no le dejó percibir los frutos civiles de la misma, ni disfrutarlos.

9º. So pena de confiscación de la finca urbana a favor del Reich, el Gobierno nazi obligó al General Suárez Castillo arrendar el inmueble a la institución que el mismo Gobierno designó y por el precio que éste unilateralmente fijó.

En consecuencia, el General Suárez Castillo, representado por el abogado Herman Timn, quien le fue impuesto como su mandatario por el Gobierno nazi, dió en arrendamiento el inmueble, con fecha 15 de mayo de 1.940, a la Asociación de Hospicios Urbanos de la ciudad Hanseática de Hamburgo, por el precio de quinientos marcos nominales y de cuatrocientos cincuenta marcos efectivos mensuales pagaderos por anticipado el día 1º. de cada mes. El arrendamiento se pactó por diez años a partir del primero de mayo de 1.940, o sea con vencimiento al 30 de abril de 1.950.

10º. De los precios del arrendamiento dicho, tanto el General Suárez Castillo como sus herederos, no han percibido ninguno. El Gobierno nazi dispuso que el señor José Medina, por ser colombiano (extranjero) no podía figurar como agente del General Suárez Castillo, quien debía por lo tanto designar a un alemán, nazi además, para que administrara la finca de aquél. Tampoco se le per-

mitió al General transpasar a Medina los frutos civiles del inmueble, ni invertir en Alemania esos mismos frutos. Lo único que los nazis permitían al General era que él personalmente o un miembro de su familia viajara a consumir esos frutos civiles dentro de las fronteras alemanas.

11º. De acuerdo con el mencionado contrato de arrendamiento, el arrendatario podia con el consentimiento del arrendador, introducir cambios en la edificación, pero una vez vencido el plazo del arrendamiento la finca deberia ser entregada, si el arrendador así lo exigía en el mismo estado en que se encontraba en el momennto de empezar el contrato.

Ahora bien. Amigos del General Suárez Castillo a quien no se le pidió consentimiento, le informaron verbalmente que la Asociación de Hospicios Urbanos de la ciudad Hanseática de Hamburgo, institución oficial, había demolido el castillo y levantado en su lugar un edificio de seis pisos para hospicio, el cual, según parece fué destruído por la acción de los bombardeos aéreos habidos sobre esa ciudad.

12º. Desde cuando el Estado colombiano rompió relaciones diplómaticas con el Reich, tanto el General Suárez Castillo como sus herederos han ignorado si siquiera nominalmente continùa vigente el contrato de arrendamiento

13o. El arrendador, ni sus herederos han recibido hasta ahora, por concepto del contrato dicho, ninguno de los precios del arrendamiento estipulado.»

Como disposiciones violadas por los autos acusados en el escrito de demanda se señalaron los artículos 1o. y 9o. de la ley 39 de 1.945; art. 16 de la ley 128 de 1.941; art. 17 del Decreto 216 de 1.946; y arts. 1757, 1758, 1768 y 2341 del Código Civil.

Recibida la demanda fué sometida al reparto legal y en providencia de fecha 24 de julio de 1.950 fué admitida. Al juicio se le dió la tramitación legal correspondiente hasta ser puesto en estado de recibir sentencia, sin que del estudio del expediente se observe causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal 1o. de la Corporación al emitir su concepto de fondo en el presente juicio fue de parecer que se accediera, parcialmente, a las peticiones de la demanda fundándose para ello en las consideraciones que a continuación se transcriben:

«Los hechos fundamentales de la indemnización que se persigue, pueden reducirse a los siguientes:

1o. El inmueble No. 145 de la Rothenbaumchaussee de la ciudad de Hamburgo era de propiedad del General Luis Suárez Castillo, hoy de sus herederos;

2o. El Sr. Hermann Timn, administrador del General Suárez Castillo celebró a nombre de éste un contrato de arrendamiento sobre la referida finca con la Asociación de Hospicios Urbanos de la ciudad de Hamburgo, por el tèrmino de diez (10) años contados a partir del 1o. de mayo de 1.940, o sea hasta el 30 de abril de 1.950, con una renta mensual de 450 marcos oro, efectivo.

3º Por motivo de la guerra provocada por el Reich alemán, ni el General Suárez Castillo ni sus herederos han recibido el valor de los arrendamientos de la finca; y

4o. Con motivo de la guerra y por causa de los bombardeos aèreos sobre la ciudad de Hamburgo el inmueble en referencia sufrió serios desperfectos.

Está acreditado en autos:

1º. Que el General Suárez Castillo era dueño del inmuble Nº. 145 de la Rothenbaumchaussee de la ciudad de Hamburgo, por compra que hizo al señor Carl Roessel Meyer mediante escritura Nº 2515 de 2 de agosto de 1.922; inmueble que hoy pertenece a sus herederos;

2º. Que el Sr. Hermann Timn, como Administrador del General Suárez Castillo, celebró a nombre de éste un contrato de arrendamiento sobre el mencionado inmueble con la Asociación de Hospicios Urbanos de la ciudad de Hamburgo, en las condiciones referidas en el libelo, esto es: con renta mensual de 450 marcos oro efectivos, pagaderos por anticipado; y con un plazo de diez (10) años contados a partir del 1º. de mayo de 1.940;

3º. Que el Administrador Sr. Hermann Timn recibió parte de arrendamiento, lo que implica que el arrendatario pagó parte de ellos; y

4º. Que el inmueble 145 de la Rothenbaumchaussee de Hamburgo, sufrió daños de consideración con motivo de los bombardeos sobre la citada ciudad, en el año de 1.943.

Dadas las afirmaciones hechas en la demanda y las comprobaciones respectivas que obran en autos, y teniendo en cuenta el espíritu de la Ley 39 de 1.945, resulta:

Que la petición a) sobre pago de arrendamientos vencidos e insolutos del inmueble 145 de la Rothenbaunchau-

ssee de Hamburgo, debe prosperar en cuanto por motivo y con ocasión de la guerra provocada por el Reich Alemán, ni el General Suárez Castillo ni sus herederos han recibido el valor de la renta pactada, y si bien es cierto como aparece en el expediente, que el inmueble fuè desocupado por el inquilino en razón de los daños que sufrió con ocasión de los bombardeos, no es menos evidente que tal perjuicio es una consecuencia de la guerra provocada por el Reich Alemán y por esta razón se justifica que se ordene tal pago. Es de advertir que conforme a la declaraciòn del administrador Sr. Hermann Timn (Cdn. No. 1, Fls. 26, 27, y 28 cuya traducción oficial obra en el Cdn. No. 3, Fls. 12, 13 y 14) el arrendatario pagó parte de la renta, la cual fuè disminuída por no prestar el inmueble los servicios para que fué destinado, debido a los daños que sufrió en los bombardeos habidos sobre la ciudad de Hamburgo.

Respecto a la petición b) sobre pago del valor venal de la finca, en concepto de este despacho no puede prosperar por la sencilla razón de que el dominio del inmueble sigue radicado en cabeza de los demandantes y si se ordenara pagar tal valor se configuraría un enriquecimiento sin causa, pues por una parte recibirían éstos el valor del inmueble y por la otra èste seguiría siendo de su propiedad. Esta petición debe ser desechada.

En relación con la petición subsidiaria c), para que se ordene el pago del "detrimento" del inmueble, asiste la razón a los demandantes, pero se observa que el avalúo practicado por los arquitectos Andresen y Pinnau carece de pleno valor probatorio pues no fué puesto en conocimiento de la Fiscalía como lo ordena el artículo 719 del C. J., y además, no se cumplió lo estatuído en el art. 715 ibídem. Por esta sencilla razón el H. Consejo de Estado tendrá que entrar a fijar directamente el precio de la indemnización con base en los demás elementos que obran en el expediente.

La Fiscalía emite su concepto favorable a las pretensiones de los demandantes, porque se demostraron ante el Concejo los hechos fundamentales de la reclamación, esto es, que el General Suárez Castillo, hoy sus herederos, sufrió perjuicios en un bien de su propiedad sito, en la ciudad de Hamburgo con ocasión de la guerra provocada por el Reich Alemán y dentro del período comprendido entre el mes de septiembre de 1.939 y el mes de mayo de 1.945 (art. 1o. de la ley 118 de 1.948), de manera que procede decretar las indemnizaciones pedidas, en los numerales a) y b) de la parte petitoria del libelo, y de conformidad con los arts. 1o. y 9o. de la Ley 39 de 1.945.

Como los demandantes acreditaron su derecho habrá de declararse la nulidad de los actos acusados y como consecuencia acceder a las peticiones a que se hizo referencia».

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

La competencia por parte del Consejo para conocer de esta clase de demanda se deriva de lo dispuesto por el ordinal 10o. del art. 34 de la Ley 167 de 1.941, y muy especialmente del art. 9o. de la Ley 39 de 1.945, que contempla las indemnizaciones por daños y perjuicios causados a los colombianos en sus personas o en sus bienes con motivo de la Guerra Mundial última provocada por el Reich Alemán.

Los presupuestos procesales esenciales se cumplen.

En dos ocasiones manda la Ley y la jurisprudencia que se es tudien los presupuestos procesales: Al admitirse una demanda y al tiempo de pronunciar el fallo de fondo. En el presente caso la capacidad sustantiva o personalidad sustantiva de quienes han accionado como demandantes se encuentra establecida, porque a fols. 20 y 21 obra la prueba expedida por el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Bogotá, que acredita que allí se radicó el juicio de sucesión testamentaria del causante General Suárez Castillo, cuya muerte acaeció en esta ciudad de Bogotá. Y que al tenor de la cláusula segunda y quinta del testamento, se reconoció a la señora María Ignacia Pinzón de Suárez como cónyugue sobreviviente y heredera testamentaria y a los señores Gonzalo, Luis, Cayetano, Clara, Manina, Leonor Suárez Pinzón y Cecilia Suárez de Torres, su condición de herederos testamentarios del causante. Tal prueba se encuentra en el expediente contentivo de las diligencias adelantadas por las expresadas personas ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la reclamación formulada por ellas en busca de una indemnización.

Como las indicadas personas según la demanda formulada por el Mandatario doctor Juan Francisco Mújica accionaron ante el Ministerio dicho en nombre de la sucesión testamentaria del extinto Luis Suárez Castillo y para la misma sucesión, y como en la de manda incoada ante el Consejo de Estado por el apoderado doctor José Antonio Montalvo, o sea la acción que éste ejercitó sobre indemnización a nombre de las mismas personas anteriormente señaladas y en su calidad de herederos del mismo causante, es entendido que se ha demandado a nombre y para la sucesión testamentaria del General Luis Suárez Castillo. De donde se desprende que el interés jurídico como la capacidad sustantiva para accionar de tales herederos están plenamente comprobados lo mismo que el interés jurídico o capacidad sustantiva del causante, toda vez que éste fué el dueño del inmueble que se indica en la demanda como dañado o perjudicado a consecuencia o como resultado de

la guerra mundial desencadenada por el Reich Alemán. De donde se colige necesariamente que está establecida la legitimación en causa de la parte actora o legitimación activa para demandar, que a tanto equivale.

La legitimación en causa, pasivamente considerada, o sea frente a la parte demandada, tambièn se cumple, aunque tal aspecto viene en el fondo a conducir al estudio en lo activo y en lo pasivo del fondo del derecho que se ejercita y se reclama al propio tiempo.

Y en cuanto a la capacidad procesal o adjetiva para accionar por quienes han obrado como mandatarios de los actores, tambièn se encuentra acreditada en los autos como puede verse de los poderes respectivos visibles al folio 19 del cuaderno relativo a la gestión administrativa promovida por el doctor Mújica a nombre de los herederos mencionados, y antes a nombre del propio causante (vèase fol. 18, poder conferido por el General Luis Suárez Castillo ante el Ministerio de Hacienda), gestión que se desarrolló ante tal Ministerio y el Fondo de Estabilización. (Cua. No. 521).

Al fol. 31 del cuaderno principal obra el poder que los expresados herederos testamentarios otorgaron al doctor José Antonio Montalvo para formular la demanda contenciosa que se estudia y se falla.

A fols. 1 a 8 y 13 a 15 del mismo cuaderno 521 obra el título de propiedad del causante Luis Suárez Castillo del inmueble que es objeto de la demanda de indemnización, el cual consta de 8 folios cuyo texto está en idioma alemán, y lleva el No. 2515 del registro notarial de 1.922, que aparece traducido por las oficinas traductoras del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia, según así lo acredita la copia de la traducción que lleva la fecha de 22 de septiembre de 1.944, y que integra los folios 13, 14 y 15 del mismo expediente de la gestión que cursó ante el Ministerio de Hacienda y Crèdito Público.

Dicho título original, cuyo texto alemán, según la copia de tradución anotada, da cuenta de que en la ciudad de Hamburgo, el miércoles 2 de agosto de 1.922, ante el notario de allí, el General Luis Suárez Castillo, siendo Cónsul General de Colombia, domiciliado también en esa ciudad, compró al señor Carl Roessel Meyer su finca raíz, por el precio de 800.000 marcos, el cual inmueble está sito en Rothenbaumchaussee, 145, registrada en el libro de registro de propiedad raíz de Harvestehude, Tomo 3º. pàgina 131, a nombre de Maximilian Meyer, antecesor en el dominio del vendedor y padre de éste. En el cuaderno Nº. 2, de pruebas, obra un documento, cuyo texto está en aleman, el cual lleva fecha 2 de septiembre de 1.936, y corresponde al folio 11, y según la traducción al español visible al folio 12, da cuenta del registro inmobiliario del inmueble, hecho a favor del señor Suárez Castillo, en el tomo 41, folio No. 1.974, según la Resolución general del Ministro de Justicia del Reich, del 26 de marzo de 1.936 para esa inmatriculación inmobiliaria, documento ese que complementa el antes descrito, conten-

tivo del contrato de compra-venta del inmueble referido, y que ambos constituyen el título o prueba plena de propiedad del causante y de sus sucesores o causahabientes a título universal.

El inmueble adquirido por el General Luis Suárez Castillo consistió en un terreno con una casa de habitación para una familia, con cuadra o establo.

La Sala por anticipado acepta que el dominio sobre el inmueble objeto del quebranto está plenamente acreditado, primero porque el causante Luis Suárez Castillo adquirió por medio de una compraventa, cuyo contrato se sucedió ante el Notario Público que intervino para recogerle y porque la tradición se efectuó por la inscripción o registro de ese título en el registro catastral correspondiente a la ciudad del país extranjero donde se efectuó y conforme a la Legislación alemana que en materia de transferencia del dominio de inmuebles es una institución muy similar a la institución de la legislación colombiana relativa a que el dominio de inmuebles, uno de los modos de adquirirlo es la tradición, la cual consiste en la inscripción del título en la oficina de Registo de Instrumentos Públicos (Arts. 673 y 756 del C. C.).

Y porque dentro de la legislación colombiana el contrato de venta es un título que por su naturaleza sirve para transferir el dominio y no un modo de adquirirlo. Es decir, que como título, sirve de antecedente para la tradición, que es el modo adecuado para transferir el dominio por acto entre vivos (Arts. 673, 740, 745 y 765 del C. C. Co.) Y porque en nuestro Código se ha seguido la doctrina del derecho romano, que distinguía titulus ad acquirendum, del modus acquirendi, diversa de la doctrina del Código francés, en el cual el contrato transfiere el dominio, mientras que en la Legislación colombiana la venta confiere solamente un derecho personal para exigir la entrega o tradición, con la cual se transfiere el dominio.

Y en relación a los causahabientes a título universal que son los herederos del *de cujus* Luis Suárez Castillo, también aparece demostrado el dominio porque estos de conformidad al art. 1013 del C. C. en concordancia con los 673, 1008, 1010 y 1011, los demandantes son herederos testamentarios a quienes se les ha deferido la herencia desde el deceso de aquél y porque uno de los modos de adquirir el dominio es la sucesión por causa de muerte.

Para las conclusiones anteriores la Sala tiene en cuenta principios que no por elementales es de rigor observarlos respecto al valor probatorio asignante a hechos y documentos sucedidos en un país extranjero, dentro del derecho internacional y la legislación colombiana a la par que a lo que enseñan tratadistas de legislación comparada, o sea de la civil colombiana con la misma alemana, sobre el particular de que se viene tratando.

La prueba, por su naturaleza, es contemporánea del hecho que se debe probar, mientras que el procedimiento es esencialmente

posterior y está sometido a reglas dtferentes. En principio, hay por lo tanto, que atenerse respecto de pruebas, a la ley del tiempo y del lugar en que se cumpliò el hecho que se trata de probar; pero para el procedimiento, se debe tener en cuenta la ley vigente en el tiempo y lugar en que se presenta la prueba (Art. 40, Ley 153 de 1.887).

De la distinción entre los puntos que tocan al fondo del proceso y lo que afectan únicamente la forma, resulta que cuando se trata tan sólo de la admisibilidad de tal o cual modo de prueba, especialmente de la testimonial, no se debe tener en cuenta sino la época en que se cumplieron los hechos cuya existencia se trata de demostrar. Y de aqui el aforismo *Tempus regit actum.*

Es principio admitido que, respecto de las pruebas referentes al fondo del asunto, hay que seguir las reglas legales del país en donde las partes contrataron. Ya se consideren las reglas sobre la prueba como formalidades extrínsecas o intrínsecas, es a esa ley del país a la que se debe atender, mientras que las formalidades *habilitantes* se regulan por la ley del domicilio, y las formalidades de ejecución, por la ley del Tribunal ante el cual se alega.

Y en lo que concierne a la prueba literal, la forma de los actos se regula por las leyes del lugar en que se extienden y de aquí el aforismo *locus regit actum.* Así respecto de las actas auténticas o las extendidas en el extranjero ante funcionarios públicos de cada lugar, se consideran como escrituras públicas, porque lo que es auténtico en un país, debe serlo en todas las naciones.

También se rigen por la ley del lugar los documentos privados, sean naturales o extranjeros quienes los suscriben. (véase tratado de pruebas judiciales de José Vicente Concha).

Pero hay más: atrás se advirtió que en el cuaderno No. 4, de pruebas, al fol. 12 se encuentra la traducción de la nota de inscripción o de registro del inmueble que a la letra dice:

> «Carta No. 1. Juzgado ..... Hamburgo, 2 de Septiembre de 1.936. Notificación del traslado de una hoja del registro. La hoja del registro de la finca, inmatriculada en el registro inmobiliario de Harvestchude, tomo 3 folio No. 131., situada en la Rothenbaumchaussee 145, propietario: Luis Suáres Castillo, Bogotá, Colombia, S. A. Apartado 557, ha sido trasladada en 2 de Septiembre de 1.936 a la hoja de registro de Harvestchude, tomo 41 folio No. 1974, según la Resolución General del Ministerio de Justicia del Reich del 26 de Marzo de 1.936, habiendo recibido los derechos nuevos números correspondientes a su orden anterior.
>
> La primitiva hoja del registro ha sido cancelada.
>
> La nueva inmatriculación inmobiliaria se desprende de la copia adjunta de la hoja de registro.

El despacho.
(firma ilegible).
Inspector de Justicia».

Es decir que la inscripciòn en el registro de propiedad inmobiliaria Alemán se hizo con todas las ritualidades del caso, o sea cancelando la inscripción anterior en el dominio y dándole vigencia en su lugar con la inscripción al dominio del señor Luis Suárez Castillo.

Luego el título de propiedad es perfecto porque como lo anota el profesor Luis Claro Solar en su extensa obra de Derecho Civil Chileno y comparado, el sabio redactor del Código Civil Chileno, no teniendo en el antigüo derecho, ni en el Código Francés precedentes que poder seguir, y preocupado de la necesidad de constituír la propiedad inmueble sobre una base de publicidad que fuera sólida garantía del dominio y del régimen hipotecario, se inspiró en lo que a este respecto existía en aquélla época en varios estados de Alemania, lo cual quiere decir que la institución del registro para la propiedad inmueble tanto en el Código Civil chileno como en el Código Civil colombiano tiene sus raíces en la legislación alemana y en la legislación austriaca y que conforme a la evolución que la institución siguió en ambos países, en Alemania se ha ideado una completa correspondencia entre el catastro y el registro predial y de todos los derechos reales.

Estudiando la organización del registro, la legislación prusiana de 1.872 creó una Oficina conservadora en cada capital de distrito judicial. Cada oficina tiene un conservador, grundbuchrichter, elegido entre los jueces de distrito, y que actúa bajo el control del presidente del Tribunal. Ejerce una verdadera Magistratura. El conservador es asistido de un tenedor de libros y de un número dado de empleados.

La organización del grundbuch reposa en el catastro, y para asegurar la concordancia rigurosa y permanente entre ambos, la ley de 1.872 ordena que toda inscripción de propiedad sea notificada a la administración del catastro. Además, cada año, el servicio del catastro envía al grundbuchrichter un estado de los cambios materiales experimentados en los inmuebles de la circunscripción; y por su parte, el juez conservador dirige en el primer mes del año al servicio del catastro el estado de las mutaciones inscritas en el año precedente. De este modo se mantiene la correspondencia entre ambos servicios, y desaparecen, no sólo las contestaciones sobre el derecho de propiedad, sino las diferencias respecto de los deslindes de los predios.

He ahí, se quiera o nó, un resultado considerable que eleva al primer rango de los regímenes de publicidad modernos la obra del legislador prusiano, al decir del publicista referido señor Solar.

El Código Civil alemán, promulgado el 18 de agosto de 1.896 y que entró en vigor el 1º. de enero de 1.900, manteniendo los principios sancionados por la ley prusiana de 5 de mayo de 1.872,

dispuso en su artículo 783 que "para enajenar un inmueble o gravarlo con un derecho real, lo mismo que para enajenar o gravar un derecho real inmueble, es preciso el acuerdo de las voluntades del causahabiente y de la otra parte sobre la mutación, que va a realizarse, y la inscripción de esta mutación en el registro de bienes raíces, grundbuch, a menos que la ley no disponga otra cosa", y estableció otra serie de principios encaminados a asegurar que la institución del registro de la propiedad territorial constituya un título inatacable.

Aunque el Código alemán sólo principiaba a regir el 1º. de enero de 1.900, el registro de bienes raíces, organizado por las leyes prusianas de 1.872, fuè aplicado a todos los países que formaban el Imperio, por la Ley 24, de marzo de 1.897, salvo Alsacia Lorena.

El registro que esta legislación establece está regido por tres principios esenciales:

Primero. El principio de la publicidad absoluta.

Segundo. El principio de la necesidad de la Inscripción.

Tercero. El principio del consentimiento, Konsensprinsip.

Es decir, que la institución del registro de inmuebles de la legislación colombiana, *mutatis mutandis* es igual o similar, en su esencia a la institución del mismo en la legislación alemana.

En consecuencia, como el título del causante aparece que fué inscrito con todas las de la ley en el registro alemán, el título de propiedad de los demandantes aparece perfecto.

ORIGEN JURIDICO DE LA ACCION

En el derecho el apoderado de los demandantes doctor José Antonio Montalvo anclò la demanda en los artículos 1º. y 9º. de la Ley 39 de 1.945 y 17 de su decreto reglamentario de 1.946, 1757, 1758, 1768 y 2341 del Código Civil disposiciones éstas que estimó violadas por los actos administrativos acusados, que no son otros sino las Resoluciones Ministeriales 1993 o 1943 y 2708 de 1.949, procedentes ambas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Se trata del ejercicio de una acción de Plena Jurisdicción con miras a obtener una indemnizaciòn por daños sufridos por una propiedad inmueble situada en una ciudad de la nación alemana, en la ciudad de Hamburgo y perteneciente a un colombiano, daños que provinieron de la guerra internacional acaecida entre los años de 1.939 y 1.945, la cual fuè originada o desencadenada por el Reich alemán, lo que es del conocimiento del mundo entero, lo que constituye un conocimiento del dominio público universal, de que Alemania fué el país agresor.

En el terreno de la práctica el hecho fundamental de la demanda estriba, según la reclamación hecha por el doctor Mújica

ante el Ministerio de Hacienda, el que el règimen nazi obligó al General Suàrez Castillo a dar en arrendamiento su finca urbana, so pena de confiscación de la misma a favor del Estado alemán; que el arrendamiento se celebró el 15 de mayo de 1.940 entre la asociación de Hospicios Urbanos de la ciudad Hanseática de Hamburgo, por el precio de 500 marcos nominales mensuales y de 450 marcos efectivos mensuales, pagaderos por anticipado el día 1º. de cada mes. El arrendamiento se pactó por diez años a partir del 1º. de mayo de 1.940, o sea, con vencimiento al 30 de abril de 1.950 Que la institución Oficial o arrendadora dicha, demolió el castillo y levantó en su lugar un edificio de seis (6) pisos para hospicio, y posteriormente la edificación fuè destruída por un bombardeo aèreo sobre la ciudad de Hamburgo.

No dijo la demanda del doctor Mújica en què fecha hubiera sucedido el bombardeo y què potencias guerreras lo hubieran efectuado, pero del memorial de reposición que el mismo Mújica elevó al Ministerio de Hacienda con fecha 24 de septiembre de 1.949 fol. 36 y de los documentos visibles a fls. 34 y 35, todos tres (3) del cuaderno 521, aparece que el daño sufrido por el inmueble tuvo lugar el 13 de junio de 1.943, consistente en averías producidas por acción de bombas y minas. Y respecto a los autores del bombardeo se puede presumir con presunción de certidumbre plena que siendo Hamburgo ciudad alemana, el bombardeo lo hicieron potencias aliadas que invadieron a Europa para reconquistarla de las garras de Alemania, las cuales luego sitiaron a este país y mediante actos militares como los de los bombardeos aéreos de que se da cuenta la sojuzgaron e invadieron.

NATURALEZA DE LA ACCION. DISCRIMINACION SOBRE SU FUNDAMENTO LEGAL.

Anteriormente se señalaron como disposiciones cardinales de la acción los Arts. 1º. y 9º. de la Ley 39 de 1.945 y el Art. 17 del Decreto 216 de 1.946.

Las disposiciones anteriores son del tenor siguiente:

> «Artículo 1º. Sin perjuicio de la reclamación a que haya lugar ante el Estado alemán, o ante los gobiernos, personas o entidades que lo representen o sustituyan, las indemnizaciones o reparaciones por razón de los gastos que la situaciòn de guerra provocada por el Reich alemán impuso al Tesoro Público de la Naciòn, o por los daños causados, por Alemania o por sus súbditos a las propiedades de Colombia o de los ciudadanos colombianos, o a las personas de éstos, se harán efectivos en primer termino, de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 1º. del Decreto 2622 de 1.943 y 7º. del Decreto 1723 de 1.944, y en la forma como se establece en esta ley, sobre los siguientes bienes:

.....

"Artículo 9º. Los daños y perjuicios causados a los colombianos en sus personas o en sus bienes, con motivo de la guerra provocada por el Reich alemán, serán pagados por el Estado colombiano de los fondos que se hallen en fideicomiso en el Fondo de Estabilización en el momento de ser sancionada esta ley, y una vez deducido el monto de los perjuicios y daños sufridos por el propio Estado colombiano. Para tal efecto, los interesados presentarán, dentro del año siguiente a la sanción de esta ley, sus correspondientes solicitudes, acompañadas de las pruebas del caso, las cuales estudiará el Fondo de Estabilizaciòn que, asesorado por los peritos y técnicos que considere conveniente consultar, enviará su concepto al Ministerio de Hacienda y Crèdito Público, para que éste expida la correspondiente resolución de reconocimiento total o parcial, o de rechazo de la petición formulada. De esta providencia el interesado puede pedir reposición, o incoar contra ella ante el Consejo de Estado las demandas correspondientes a las acciones que establece el Código Contencioso-Administrativo respecto de las resoluciones que ponen tèrmino a una actuación administrativa. (Véase la Ley 49 de 1.946, la Ley 118 de 1.948 y el Decreto 740 de 1.947."

DECRETO NUMERO 216

«Artículo 17. El Fondo de Estabilización recibirá las peticiones a que se refiere el artículo 9º de la ley, acompañadas, de todos los documentos en que ellas se funden, y llevará un registro en que se anotará la fecha de su presentación para ser estudiadas, por turno riguroso, una vez terminada la liquidación de las cuotas que a la Nación correspondan. Las ya presentadas tendrán el turno que corresponda a su fecha.

Examinada una petición por el Fondo de Estabilización, la pasarà con el concepto respectivo al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que dicte la providencia a que haya lugar, pudiendo este Despacho ordenar, si lo encuentra necesario y a costa del interesado, la práctica de pruebas, rectificación de las presentadas, autenticación de documentos, etc.

En firme la providencia en que se reconozca una indemnización, el Fondo de Estabilización pagará la suma que en ella claramente debe señalarse como reconocimiento total de ésta, pago que debe hacerse de las sumas a que se refiere el artículo 12 de la Ley 39. (Véase la Ley 118 de 1.948).

No se dictarán resoluciones que reconozcan pagos parciales de indemnizaciones; en ellas deberá señalarse la suma que se estime corresponda a la totalidad de la indemnización demandada.

Si liquidado lo que corresponde a la Nación, no quedaren sumas con la destinación señalada en el artículo 12 de la Ley 39, el Fondo de Estabilización enviará al Ministerio de Relaciones Exteriores las peticiones presentadas, con los expedientes que de ellas se hayan formado, para efecto de las reclamaciones de que trata el artículo 1º de la ley citada. (Véase el Decreto 740 de 1.947)».

Los artículos 1757 y 1758 del C. C. se refieren a indicar qué es un instrumento público o auténtico y a la plena fé que èste hace.

El Art. 1768 del C. C. se refiere a indicar la división de las presunciones. Es decir, que las tres disposiciones anteriores que invoca la demanda se refieren es a pruebas.

Y el Art. 2341 del C. C. invocado por el actor, sí constituye un verdadero fundamento legal, de orden sustantivo de la acción.

Esta disposición preceptúa:

«El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido».

La anterior disposición constituye un principio universal de derecho consagrado por las principales legislaciones del mundo y se refiere a la responsabilidad civil extracontractual culposa, o sea la culpa aquiliana consagrada también por el antiguo derecho romano.

Constituye un principio de orden general y según la doctrina y la jurisprudencia colombiana sirve especialmente para configurar y deducir la responsabilidad por culpa directa.

Tal disposición es el fundamento básico de nuestro Código Civil del título 34, que trata de la responsabilidad común por los delitos y las culpas y al igual del artículo 1382 del Código Civil Francés establece el deber general de no perjudicar a tercero y lo subordina a la responsabilidad y la obligación de reparar el daño a la existencia de la culpa.

Por tanto, la culpa es el elemento capital de la responsabilidad civil. En general los códigos no la definen limitándose a expresar que está constituída no solamente por todo acto voluntario, sino asimismo por todo acto de negligencia o imprudencia (Art. 2356, inciso 1º). Los tratadistas franceses como Planiol y Riper y Rene Savatier están de acuerdo en que parece imposible formular una definición general conveniente en la práctica, porque se in-

curre en culpa cuando se actuó de modo diverso a como debió actuar. "Y los actos, cuidados y previsiones obligatorios varían según la materia a que se apliquen, y aún, en una misma materia según la época; una variación en los hechos, en las leyes, en las concepciones morales o sociales inclinará a los Tribunales a considerar culpable un acto que antes no era tenido como tal y viceversa".

La responsabilidad civil extracontractual se puede definir en tésis general como la obligación que puede incumbir a una persona para reparar el daño causado a otro por su hecho, o por el hecho de las personas o de las cosas dependientes de ella.

En todo caso, hay que poner de manifiesto un aspecto fundamental constante: la culpa, conducta desviada, supone un acto realizado por un sér dotado en el momento de ejecutarlo de una inteligencia y de una voluntad suficientes. La noción de culpa es inseparable de la de responsabilidad moral. Tal es la doctrina predominante, que ha descartado la responsabilidad del loco y del menor. Esa responsabilidad, cuya condición esencial se halla en la actividad del sujeto, ha sido denominada responsabilidad subjetiva (Véase tomo sexto, derecho civil francés de Planiol y Riper No. 477).

En todo caso siguiendo a Savatier hay posibilidad de definir la culpa sin partir de la noción de deber.

Dicho autor trata de definir la culpa así:

> «La culpa es la inejecución de un deber que la gente podía conocer y observar. Si él lo conocía efectivamente y deliberadamente lo ha violado, se incurre entonces en delito civil, o, en materia de contrato, en dolo contractual Si la violación del deber, pudiendo ser conocida y evitada, ha sido involuntaria, hay culpa simple; y, fuera de las materias contractuales, se le llama cuasi-delito.
>
> En todos los dominios, la culpa encierra dos elementos, el uno objetivo, el deber violado, el otro mas bien subjetivo, la imputabiblidad al agente.

La definición que de culpa se ha pretendido dar en el sentido de que implica la transgresión a la norma de conducta de un hombre diligente y avisado, es precisamente la que los autores más especializados sobre la materia, y entre ellos Rene Savatier, la combaten, por no poderse a través de ella abrazar o comprender todos los casos de ocurrencia posibles.

Al respecto Savatier ha dicho:

> "En realidad, la definición que determina la culpa por comparación con la conducta de un hombre diligente no es exacta si se supone la diligencia de este último inclinada hacia la observación de sus deberes. Y porque sería necesario desde luego comenzar por determinarlos".

Y de aquí que el citado autor concluya con que la noción de culpa tiene que descansar sobre la noción del deber. El deber en general de no perjudicar a otro, sea por comisión o por omisión. Y este deber en general puede ser de orden legal, de orden reglamentario, público o privado, o aun de orden moral determinado.

En la configuración de la responsabilidad civil extracontractual entran en juego por lo tanto, la culpa primeramente, un daño ocasionado a otro, segundamente, la imputabilidad a un agente dado terceramente y la causalidad, cuartamente, o sea el nexo, el vínculo entre la culpa y el daño.

En el dominio de la responsabilidad civil extracontractual los actos culposos pueden emanar de los individuos solamente por sus actos propios, por sus cosas o animales que les pertenezcan o por las personas o familiares que de ellos dependan, o pueden también según la naturaleza de tales actos comprometer la responsabilidad del Estado, tomando esta palabra en su sentido genérico.

Y en el dominio del derecho internacional las mismas nociones de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, anteriormente fijadas se han extendido para fijar la responsabilidad, a fin de deducir las reparaciones o indemizaciones consiguientes, cuando las violaciones de los altos deberes legales o morales se transgreden, de Estado a Estado, y especialmente cuando se rompen las relaciones de amistad y de comportamiento normal para alterar la paz, quebrantarla y lanzarse un Estado contra otro u otros en *casus belli*.

Es decir que las nociones de responsabilidad civil extracontractual, del derecho privado, sirven y han servido para tomarlos como fundamentos en el dominio del derecho internacional para deducir la misma responsabilidad civil, de indemnización o reparación cuando se incurre en la violación de un deber internacional, que en tratándose de una guerra o ataque bélico de un Estado a otro asume los caracteres de violación de obligaciones internacionales.

Cuando por el Congreso de Colombia se discutió la Ley 39 de 1.945, sobre indemnizaciones y reparaciones por causa de la guerra con Alemania, la comisiòn del Senado de la República pertinente para informar sobre tal ley cuando se discutía, en los considerandos del informe respectivo dijo:

> «Jurídica y moralmente tiene justificación el que Colombia se apropie de los bienes del Reich?
>
> Por su primer aspecto, este es un problema de responsabilidad internacional. La doctrina y la jurisprudencia aceptan que, transgredidas por un Estado las normas del Derecho de Gentes, la comunidad puede y debe obligarlo a dar las satisfacciones y a cubrir las reparaciones a que haya lugar, en forma proporcional y adecuada. Estas últimas, como en el derecho interno, bajo las formas, bien

de restitutio in integrum, bien en daños y perjuicios, sin que la primera excluya siempre los segundos.

Allí en donde la restitución no es posible o suficiente, tiene lugar la aplicación del sistema de daños y perjuicios en forma tal, que puede decirse que es esta una de las zonas de absoluta confluencia del Derecho Internacional con el Derecho Civil. Las normas de este último, de claro abolengo romano, han sido aplicadas, por su perfecta compatibilidad, en los más recientes casos internacionales. La Corte de Justicia Internacional de La Haya dijo en uno de sus últimos fallos:

"Restitución del cuerpo cierto, o, si ella no es posible, pago de una suma correspondiente al valor que tendría lo restituído; fijación, si hay lugar, de daños y perjuicios por las pérdidas sufridas y que no serían recompensadas por la devolución y por el pago subsidiario. Tales los principios en que debe inspirarse la fijación de indemnizaciones por causa de un hecho contrario al Derecho Internacional." (Receuil d'Arrets, número 17 página 47).

Al sostener que en materia de responsabilidad el Derecho Internacional corre parejas en su evolución con el Derecho Civil, el concepto debe ser complementado con la observación de que en el campo de la responsabilidad civil, más que una evolución, lo que se ha operado, como lo anota Josserand, es una revolución. Revolución que va de la antigua noción de falta, con sus presunciones correlativas, a la de "riesgo creado", con sus fecundas consecuencias. Cuán tentador sería proseguir y ampliar este paralelo con la aplicación de la "teoría del riesgo creado", a la responsabilidad que echó sobre sí el nazismo por razón de los riesgos a que sometió a la humanidad. »

Lo anterior corrobora que el legislador colombiano al expedir la Ley 39 de 1.945 sobre reparaciones por causas de la guerra internacional de 1.939 a 1.945, tuvo en cuenta los principios universales precedentemente esbozados, reguladores de la responsabilidad civil de orden contractual y extracontractual. Por lo tanto el fundamento en Derecho sustentado en el Art. 2341 del Código Civil es pertinente y la Sala lo halla bien traído.

Perjuicios directos y Perjuicios indirectos.

Siguiendo los tratadistas franceses, especialistas sobre la materia como Planiol y Ripert se llegan a la conclusión de que existe imposibilidad de formular una regla que permita afirmar en que caso el perjuicio es una consecuencia demasiado lejana del hecho generador de la responsabilidad para que se incurra en ésta.

La expresión de daños indirectos dicen esos autores se emplea sin embargo, a veces, en las sentencias y preceptos legales, y

es útil, en efecto, para designar el daño demasiado remoto para producir responsabilidad (No. 551 -tomo sexto del tratado práctico del Derecho Civil Francés).

En los perjuicios directos no es posible la duda ni la vaguedad para deducir la responsabilidad, por cuanto la relación de causalidad aparece y debe aparecer siempre tan estrechamente ligada entre la culpa y el daño, que aquella siempre es ostensible, siempre es tan manifiesta que el daño aparece fluyendo del acto culposo, y esto es tanto más cierto si se trata de culpa internacional.

Los casos de perjuicio indirecto son frecuentes en el campo de la competencia o concurrencia entre comerciantes, y los ejemplos de tales son muy abundantes, o cuando se trata de la misma competencia o concurrencia entre literatos y artistas o en el ejercicio de las profesiones liberales o las de médico-farmacéutico casos todos de competencia desleal en que por ser el daño demasiado remoto hay duda o vacilación de los Tribunales para deducir la responsabilidad, y de aqui que en Francia se hayan dictado leyes como la del 6 de mayo de 1.919, en que expresamente se tiene en cuenta el perjuicio indirecto para sancionarlo contra toda persona que pretenda una indicación de origen y en contra de los derechos en un producto natural o elaborado.

El factor previsibilidad como el factor imputabilidad desempeñan un gran papel en la apreciación de los hechos de orden culposo, para deducir la responsabilidad cuando se trata de perjuicios indirectos, en cuyos casos hay que tener en cuenta la complejidad de la actitud culposa, porque entonces al decir de Savatier, la violación del deber, y el daño, resultan no ya de una actividad o de una abstención aislada, sobrevenidas en un instante determinado, sino de toda una redecilla embrollada de actividades y de abstenciones humanas, mezcladas a sucesos naturales. En esta redecilla la actitud de la gente se presenta generalmente bajo un aspecto complejo. Por poco que la previsibilidad de la consecuencia ilícita haya durado en el agente un cierto tiempo, ha podido acumularse, durante este período, una serie de actividades y de abstenciones, en que las unas pueden ser dolosas, las otras nó, pero todas igualmente necesarias al cumplimiento de la causalidad de la consecuencia ilícita. La culpa es hecha de todo esto, puesto que descartando uno de estos actos o una de estas abstenciones, el agente hubiese evitado la violación de su deber. Es decir que en una culpa pueden entremezclarse el dolo, la imprudencia, la negligencia, el error y la torpeza. (Nº 168) - tomo primero, Responsabilite civile de Rene Savatier).

Luego, si en casos de culpa directa, en actos de comisión o de omisión la presentación de la culpa asume una gama de tantos caracteres, para generar el perjuicio directo, en tratándose de perjuicios indirectos cuánta mayor no será esa gama y cuánta mayor no será la dificultad para establecer la culpa compleja por parte de los Tribunales, para deducir la responsabilidad consiguiente en

el terreno de la indemnización, para lo cual habrá que tener en cuenta la gama o concurrencia de las llamadas concausas.

En el caso de autos se trata de un perjuicio indirecto, toda vez que el bombardeo que infirió el daño al inmueble de los actores no fué producido por un ataque directo de las fuerzas alemanas sobre él, sino originados por los ataques de contraofensiva de los aliados. Comprobado el bombardeo y el daño no es posible eximir de responsabilidad al Reich alemán, como no es posible negar la imputabilidad a tal Entidad de dicho daño, ni negar la causalidad indirecta entre la culpa y el daño en ese acto, y menos es posible negar que por ser indirecto el daño no pudiera sancionarse con la responsabilidad civil que el caso demanda, deduciendo, la indemnización que sea pertinente.

Pero es que aun cuando fuera difícil por lo complicado, o sea por tratarse de un perjuicio indirecto construír jurídicamente la configuración de responsabilidad civil extracontractual, ésta no podría dejarse de aplicar con el argumento de no estarse frente a un perjuicio directo, toda vez que en el texto de los artículos atrás transcritos 1o. y 9º. de la Ley 39 de 1.945, de modo expreso quedó en ellos establecido por el legislador, que "los daños causados por Alemania o por sus súbditos a las propiedades de Colombia *o de los ciudadanos colombianos, o a las personas de estos,* se harán efectivos en primer término, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1o. del Decreto 2622 de 1.943 y 7o. del Decreto 1723 de 1.944, y en la forma como se establece en esta ley,....." (art. 1º.), y "los daños y perjuicios causados a los colombianos *en sus personas o en sus bienes, con motivo de la guerra provocada por el Reich Alemán,* serán pagados por el Estado colombiano de los fondos que se hallen en fideicomiso en el Fondo de Estabilización en el momento de ser sancionada esta ley,....." (Art. 9º).

La parte transcrita del citado Artículo 9º. en concepto de la Sala estatuye la reparación de los perjuicios tanto directos como indirectos sufridos por los colombianos en sus personas o en sus propiedades, en forma muy explícita al decir perentoriamente "con motivo de la guerra provocada por el Reich Alemán". Esta frase quiere decir que todos los perjuicios directos o indirectos que se hayan ocasionado por culpa del Reich Alemán y con motivo de haber este *provocado la guerra,* deben repararse.

SUPLICAS PRINCIPALES DE LA DEMANDA. MONTO DEL VALOR PRETENDIDO COMO DAÑO EMERGENTE. FIJACION DEL MONTO DEL LUCRO CESANTE.

El 19 de octubre de 1.944 el doctor Mújica en ejercicio de poder que le confirió el propio General Luis Suárez Castillo reclamó del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a título de indemnización, y como valor del daño emergente sufrido por el inmueble,

"el valor venal de la finca....., la cual estima en $180.000.00 moneda colombiana, hoy". (fl. 16 del cua. 521).

Por demanda de 13 de abril de 1.946 el mismo doctor Mújica y por razón de la muerte del General Suárez Castillo, obrando a nombre de los herederos representativos de la sucesión de èste, reclamó de los miembros del Fondo de Estabilización la indemnización en cuestión, y dió por reproducida, "adicionándola, aclarándola, corrigiéndola y enmendándola la demanda" anterior que había presentado al Ministerio de Hacienda y Crèdito Público.

En las súplicas demandó: c) Del valor de la finca urbana dicha, el cual estimo en $ 180.000.00 pesos moneda colombiana".

La anterior sùplica es de orden principal.

En subsidio de élla suplicò: "Pido que se ponga a mis poderdantes en posesión material de la referida finca urbana y al mismo tiempo se pague a la sucesión del General Luis Suárez Castillo, representada por ellos en su condición de herederos, el valor del detrimento, cualquiera que éste sea, sufrido por el referido bien raíz, previo avalúo pericial". (Fol. 24 del cua. 521).

Por la demanda de acción de plena jurisdicciòn incoada por el doctor Josè Antonio Montalvo ante esta Corporación con fecha 31 de marzo de 1.950, y a modo de súplica principal la parte actora en relación con el daño emergente condensó su pretensión así:

> «2º. El pago del valor venal del inmueble, el cual fué primitivamente estimado en la cantidad de $ 180.000.00 pesos colombianos, pero que hoy debido a las nuevas condiciones económicas tanto de nuestro país como de la zona Occidental de Alemania y también por razones de depreciación de nuestra moneda, variación del tipo del cambio, etc. estimo en la suma de $ 360.000.00 pesos colombianos, o en la suma mayor que se fije por el medio probatorio que sea adecuado».

Subsidiariamente de la súplica anterior se suplicò lo siguiente:

> «El pago del valor de las reparaciones que haya necesidad de hacer a la finca para volverla al buen estado que tenía cuando fué arrendada, valor que estimo en nó menos de 400.000 marcos oro, o su equivalente en moneda colombiana al tipo comercial del cambio el día del cumplimiento de la prestación».

Con el objeto de fijar el valor de lo que podrían costar las reparaciones sufridas por la edificación del inmueble con motivo de los bombardeos referidos, se produjo un experticio por medio del cual se le asignó a la reparación íntegra del edificio o sea recostruírlo, o sea demolerlo y volverlo a hacer, en la suma de 444.027.17 marcos Occidentales.

Siendo así que la acción de plena jurisdicción que es la que se ha ejercitado tiene por objeto anular el acto administrativo denegatorio de las súplicas formuladas ante el Ministerio de Hacienda y el Fondo de Estabilización, lo cual equivale a que se revise tanto la acción planteada o pretensiones de hecho y de Derecho formuladas ante tales Entidades con la consiguiente concreción de valores de indemnización planteados en las mismas, para acceder a ellas, previa anulación de dichos actos o resoluciones, si se encontraren desajustados ante la ley, para en su lugar acceder al restablecimiento en Derecho, el cual no podrà ser otro en caso de prosperar la acción de plena jurisdicción ante el Consejo sino el restablecimiento del Derecho quebrantado y denegado, todo lo cual implica que no es posible en el campo Contencioso Administrativo ni en esta clase de acciones, que los litigantes actores puedan a su arbitrio cambiar fundamentalmente los lineamientos de lo planteado ante las autoridades administrativas u órganos administrativos, desquiciando en esa forma la finalidad de la revisión, porque esto sería contrario a Derecho, contrario a las normas procesales y a sus principios reguladores de la acción Contenciosa Administrativa de Plena Jurisdicción a la luz de los Artículos 82, 83, 84, 85 y 86 del C. de lo C. A., como al concepto jurídico que la ley y la Jurisprudencia tienen aceptado sobre qué es la litis contestación, o sea sobre que la relación Jurídico Procesal que ella implica, es justamente el lazo jurídico de instancia, que en el caso de autos viene a ser el lazo jurídico que se formó entre las Entidades Administrativas que pronunciaron las Resoluciones o actos acusados y el demandante, cuyos extremos están formados por el planteamiento jurídico procesal que las demandas ante tales Entidades formularan y las resoluciones mismas que decidieron, gravitando sobre tales demandas, y como uno de los elementos, como que implica a su vez la finalidad de resultado que las mismas demandas buscaban, de obtener determinadas prestaciones en dinero a título de indemnizaciòn, la cuantía máxima manifestada por los demandantes, y de modo reiterado sobre que el valor del daño emergente lo estimaban en la suma de $ 180.000.00 pesos colombianos, no es posible, se repite, jurídicamente, cambiar tal pretensión de orden esencial, duplicándolo, arbitrariamente, ante el Consejo de Estado, con los sólos argumentos de variaciones o alteraciones del cambio de monedas, porque este condicionamiento ha debido tenerse en cuenta y plantearse por el demandante, previsoramente, ante las Entidades Administrativas del Ministerio de Hacienda y del Fondo de Estabilización, porque tal pretensión de cuantía monetaria hacía parte de los presupuestos procesales indicativos de designar cuál debía ser el monto de la indemnización o lo que es lo mismo cuál era el objeto individualizado, de las gestiones administrativas. Por todo ello la Sala no puede tener en cuenta como monto máximo del valor del daño emergente si no la suma de $ 180.000 pesos colombianos que fué lo pretendido y alegado ante aquellas entidades y que constituye parte esencial e integral del plantamiento jurídico que se hi-

zo en la gestión gubernativa o en las demandas de la misma naturaleza que fundaron la relación jurídico procesal entre el Ministerio de Hacienda, el Fondo de Estabilización y los demandantes.

Pretensión sobre el máximo del valor del lucro cesante manifestado por los demandantes ante el Ministerio de Hacienda y el Fondo de Estabilización.

En la demanda del 13 de abril de 1.946, por la cual el doctor Mújica reprodujo, adicionó, aclaró, corrigió y enmendó (según los términos empleados por él) la demanda de fecha 19 de octubre de 1.944, en relación con el lucro cesante formuló sus pretensiones así:

> «a). De los precios de arrendamiento, estipulados y vencidos, de la finca urbana ....., a razón de 450 marcos oro mensuales, al tipo oficial de cambio en moneda colombiana desde el día 1o. de mayo de 1.940 hasta el día en que fué definitivamente vencido por la fuerza de las armas de los ejércitos aliados, el Reich Nazi Alemán, junto con los intereses legales al 6% anual sobre cada uno de los precios dichos del arrendamiento, desde cuando se hayan hecho exigibles hasta cuando se verifique su pago;
>
> b). De los frutos civiles de la referida finca que hubiere podido percibir su dueño con mediana inteligencia y actividad, teniendo el bien raíz en su poder, a partir del día en que fué definitivamente vencido por la fuerza de las armas de los ejércitos aliados el Reich Nazi alemán hasta cuando se verifique la entrega material del mencionado bien raíz a los sucesores ....., o el pago de los mismos de su valor venal, junto con los correspondientes intereses legales al 6 o/o anual;
>
> En subsidio de las súplicas principales a) y b) y sobre la base de la vigencia del contrato de arrendamiento solicito que se pague ..... los precios estipulados de arrendamiento de la finca ....., a razón de 450 marcos oro mensuales, al tipo oficial de cambio de moneda colombiana, desde el día 1o. de mayo de 1.940 hasta el día en que se verifique la entrega material de la finca a mis poderdantes, o el pago a los mismos de su valor venal, junto con sus intereses legales al 6 o/o anual sobre cada uno de tales precios desde cuando éstos se hayan hecho exigibles hasta cuando se verifique su pago».

En definitiva el actor ha pretendido el pago de lo acordado en el contrato de arrendamiento celebrado entre el causante de la sucesión demandante, por medio de su apoderado en Alemania, Hamburgo, el abogado Hermann Timn, y la Asociación de Hospicios Urbanos de la Ciudad Hanseática de Hamburgo, contrato informal visible a folios 9 y 10 del cua. 521, y el cual aunque no aparece

autenticado respecto a las firmas de los contratantes, en el documento que lo contiene, su celebración no puede ponerse en duda, en presencia de otras pruebas, aun de orden documental y notarial, que obran en el expediente y de las cuales se tratará oportunamente en el capítulo de pruebas del presente fallo, pero sólo en el sentido de que sí existe un contrato de arrendamiento.

En la demanda instaurada ante el Consejo, el Dr. Montalvo cristalizó su pretensión al respecto así:

> «Primero. El pago de los precios de arrendamiento estipulados, vencidos e insolutos, a razón de 450 marcos oro mensuales, al tipo comercial de cambio. Esta suma la fijo en no menos de 16.000 marcos oro».

La diferencia entre las dos pretensiones manifestadas por los dos abogados sobre lucro cesante está en que el Dr. Mújica divide los frutos civiles del inmueble en dos períodos: el uno, dentro del contrato de arrendamiento y con fundamento en la renta mensual estipulada de 450 marcos, desde la fecha del contrato o primero de mayo de 1.940, hasta el día de la terminación de la guerra, y el otro a partir de esta fecha en adelante hasta cuando se verifique la entrega del inmueble a los sucesores del General Luis Suárez Castillo. En cambio el Dr. Montalvo se coloca exclusivamente dentro del contrato de arrendamiento para cobrar los precios mensuales estipulados, vencidos e insolutos, a razón de 450 marcos oro mensuales y al tipo comercial de cambio. Y fijó la estimación de tales cánones vencidos e insolutos en el mínimo de 16.000 marcos.

Como el contrato de arrendamiento estipuló un plazo de 10 años y como no se ha demostrado que haya habido manifestación o resistencia de nó entrega del inmueble a los arrendadores a la expiración de él, o que haya habido entrega a causa de los deterioros por no ofrecer para el arrendatario el uso y goce pleno de èl, la Sala no puede tener otro fundamento para apreciar lo que el inmueble debiera haber producido como fruto civil, corrientemente, sino el contrato de arrendamiento que se afirma existe, con la estipulación de la renta o cánon fijado en él y para todo el tiempo que se pretende deducir por los actores, si conforme a las demandas y al conjunto de pruebas que obran en los autos sobre la forma como el arrendatario ha cumplido sus obligaciones hacen prosperable la acción al respecto.

Intereses de los cánones. La pretensión del abogado Dr. Mújica sobre que se ordene *pagar intereses* de los arrendamientos vencidos o insolutos o de los que el inmueble debiera producir con la administración de su dueño a base de mediana inteligencia y actividad, teniendo el bien raíz en su poder, la Sala desde luego se pronuncia en contra por cuanto se trata de definir la obligatoriedad de una obligación no predeterminada ni deducida con anterioridad a la demanda, o lo que es lo mismo por cuanto se trata precisamente de pronunciarse un fallo de orden declarativo, creador u originario de la misma obligación indefinida que se pretende.

Sabido es que las sentencias se clasifican: de condena, declarativas y constitutivas.

La sentencia declarativa o reconoscitiva, cuyo ámbito de aplicaciòn es bastante reducido, al decir de la Corte, se dirige únicamente al reconocimiento judicial de la existencia o inexistencia de una relación jurídica, o a la constatación de un hecho jurídicamente importante. Esta sentencia, pues, sólo constata, reconoce o declara lo que es derecho, pero no dispone que las cosas se coloquen en el mundo exterior, como sea derecho. (Por ejemplo, Arts. 76, 77, ss., 90, 92, 93, 95, 96, 346, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 407, 585, 586, 587, 588, 590, 591, 592, 593, ss., 597, 601, 942, 1303, 2008, 2189, 2534, etc., del C. Civil, y en general, las acciones de reconocimiento, legitimidad o ilegitimidad de un documento pùblico o privado, como también, por lo regular, las sentencias que desestiman una acción).

Sentencia de casación del 2 de Abril de 1.936- G. J. Nº. 1911, Pág. 757.

En el litigio que se decide, no se trata de condenar a la Entidad arrendataria al pago de los frutos civiles convenidos contractualmente, en cuyo caso sí habría que condenar a intereses moratorios de conformidad al Art. 1617 del C. Civil. Se trata es de un caso de indemnización en que para condenar a intereses sería preciso que la indemnización se hubiera liquidado por convención o sentencia previa. "No hay intereses de perjuicios, cuando el monto de éstos no se ha fijado y señalado la fecha del pago. No hay perjuicios de perjuicios", ha dicho la Corte, y ha agregado: "que mientras no se haya concretado la indemnización, en virtud de la sentencia debidamente ejecutoriada, en una cantidad fija y exigible, no se pueden pedir intereses, porque ello seria una petición antes de tiempo" (S. N. G. 2 diciembre de 1.936. G. J. Nº. 1920, Pág. 753).

Y en sentencia de casación del 18 de mayo de 1.938 (Veáse G. J. Nº. 1936 Pág. 521), al respecto ha dicho:

> «Sentadas las anteriores premisas, hay que llegar al extremo de que en este litigio se trata de establecer una indemnización compensatoria por el daño imputable a culpa del demandado, pero nó una indemnización moratoria como sería aquella que se deriva de la obligaciòn originaria de pagar una suma de dinero, sea esta determinada o indeterminada. Sólo en este ùltimo caso podía ser procedente la aplicación del Estatuto Peculiar sobre perjuicios consagrado en el Art. 1617 del C. Civil, que mira exclusivamente a las obligaciones de pagar una cantidad de dinero. Condenar en el caso de autos al pago de intereses legales equivaldría a acumular una indemnización moratoria sobre otra anterior compensatoria, lo que repugna a los principios que informan nuestro derecho privado en esta materia.»

Los intereses pretendidos se deberàn por Ministerio de la Ley cuando llegue el caso del Art. 1617 del C. C. o sea desde el vencimiento del término que se señale a la parte demandada para efectuar el pago, si ese pago se demorare; y esto, porque dicha parte solamente puede considerarse en mora en ese evento, y si por otro lado la acción que se estudia prosperare.

En consecuencia, el perjuicio de lucro cesante sólo podrá decretarse con fundamento en el contrato de arrendamiento atrás indicado y para los arrendamientos o precios de éstos estipulados, vencidos e insolutos, y si por otra parte dicho contrato apareciere legal y plenamente demostrado lo mismo que la renta mensual vencida e insoluta.

LA PROBANZA.- Pruebas solicitadas y pruebas producidas. Su examen para deducir su mérito probatorio.

En los capítulos anteriores se ha examinado la naturaleza de la acción. Se discriminó sobre su fundamento legal. Y se determinó el alcance de las súplicas principales y de las súplicas subsidiarias que contiene la demanda.

Se determinò el alcance de unas y otras. Y se examinó cuáles son valederas para su prosperidad y porqué lo son.

Ahora corresponde analizar la probanza o sea hacer un recuento de las pruebas solicitadas y practicadas para luego examinarlas a la luz de la ley a fin de deducir su mérito probatorio, frente a la acción, frente a la demanda para hacer las conclusiones sobre que se ha probado y qué no se ha probado y poder concluír lo que de todo ello resulte, dentro de la ley y en orden a la prosperidad de la acción.

La demanda persigue en definitiva el pago de los precios mensuales de arrendamientos vencidos e insolutos y el pago del valor venal del inmueble.

Los primeros porque cuando estalló la guerra el inmueble, aunque constreñidamente lo había arrendado su dueño a una autoridad pública u oficial Alemana y a causa de la guerra misma ésta Entidad arrendataria dejo de pagar los arrendamientos; y el valor venal del inmueble porque habiendo sido destruído, éste daño implica que se debe pagar el pago de su precio a título de reparación por daño emergente. Así condensa la Sala las súplicas de la demanda.

Las dos resoluciones acusadas fueron acompañadas a la demanda, o sea que vinieron al expediente legalmente (Art. 597 del C. J. numeral 1o.).

Por la primera de ellas o sea por la No. 1993 de agosto 24 de 1.949, se negó la indemnizaciòn porque no se adujo comprobación alguna relativa a la destrucción del edificio, ni que la destrucción hubiera sido efecto de un acto de guerra.

Y en cuanto a los cánones de arrendamiento insolutos, el Ministerio dijo: Está acreditado el contrato de arrendamiento pero nó

el que el peticionario haya dejado de percibir en los cánones debido a un acto de guerra. Por otra parte ni siquiera sabe el demandante cuánto sería el valor de los arrendamientos debidos, ya que en su memorial petitorio dice que "desde cuando el Estado colombiano rompió relaciones diplomáticas con el Reich, tanto el General Suárez Castillo como sus herederos han ignorado si siquiera nominalmente continùa vigente el contrato de arrendamiento."

Por la segunda o sea la resolución 2708 de noviembre 25 de 1.949 negó la revocación de la anterior con la siguiente motivación: "Como puede verse del texto de la providencia reclamada, el Ministerio negó la reclamación del Dr. Mújica por cuanto no se habían demostrado los hechos en que se fundamentó.

Puede ser cierto el hecho alegado por el peticionario, de que en la época en que presentó su reclamación era difícil conseguir las pruebas necesarias. Pero no es menos cierto que del año de 1.944 (fecha de la demanda) a julio de 1.949, cuando el Fondo de Estabilización rindió su concepto, transcurrió un tiempo más que suficiente para que el reclamante presentara siquiera un documento probatorio.

Por otra parte el Art. 9o. de la ley 39 de 1.945, dispuso que los interesados en esa clase de reclamaciones debieran presentar sus solicitudes "*acompañadas de las pruebas del caso*, dentro del año siguiente a la sanción de esta ley". Posteriormente este plazo fue ampliado hasta el 31 de diciembre de 1.947, por la ley 49 de 1.946. Ni en este lapso, ni posteriormente, como ya se dijo, el reclamante adujo las pruebas de su reclamación.

La única facultad conferida al Ministerio en lo que hace a la parte probatoria de las indemnizaciones por causa de la guerra con Alemania, es la que le dá el artículo 17 del Decreto 216 de 1.946. Conforme a esta disposición, una vez que el Fondo de Estabilización emita su concepto y envíe el expediente al Ministerio, este despacho puede ordenar la práctica de pruebas, rectificación de las presentadas, etc., antes de fallar y "si lo encuentra necesario".

La disposición de que se viene hablando ha sido aplicada por este Despacho cuando se ha echado de ver que las pruebas presentadas por los interesados por la demanda, o son incompletas o son insuficientes. Pero en todo caso autorizando a los reclamantes para que las traigan a los autos y no ordenándolas el Ministerio directa o específicamente. Además de lo dicho, el Ministerio no encuentra necesario -al tenor del Artículo 17 del Decreto 216 de 1.946- la práctica de las pruebas que ofrece el doctor Mújica porque ellas no serían suficientes para comprobar la indemnización pedida. En efecto, una de esas pruebas es la carta del señor Hermann Timn, administrador de la finca del General Suárez Castillo, carta en donde hace un cálculo sobre lo que costaría la reconstrucción de ella y en donde aclara el señor Timn que la ciudad de Hamburgo hizo gastos por un valor determinado en la propiedad del General Suárez. Esta carta, aun traducida legalmente, nó constituiría ple-

na prueba, como es obvio para reconocer en favor de los herederos del General Suárez Castillo los valores en ella contenidos.

Lo mismo puede decirse de las otras pruebas ofrecidas: con simples declaraciones de testigos no puede establecerse el valor de la finca destruída, ni el de la reparación de ella, ni la perdida del valor de los arrendamientos durante el tiempo de desocupación de la finca."

Con la segunda de las Resoluciones queda demostrado que el Ministerio de Hacienda aceptó en principio y en teoría que los daños alegados sí eran indemnizables como provenientes de guerra internacional, sufridos por colombianos y a la luz de los Artículos 1o. y 9o. de la ley 39 de 1.945, pero que tales daños no se habían demostrado.

Ya se hizo el examen juridico de estas dos disposiciones.

PRUEBAS PRODUCIDAS ANTE EL CONSEJO

Dentro de la secuela de instancia desarrollada ante este Consejo, los actores produjeron las siguientes pruebas: a) la del pedimento primero del memorial de pruebas conforme al cual se solicitó y obtuvo el envío del expediente 521, procedente del Ministerio de Hacienda y Crédito Pùblico, y que constituye los antecedentes para el reclamo de la indemnización que ante ese Ministerio hicieron, primero, el propio General Suárez Castillo y luego sus propios herederos.

En este expediente obran las pruebas que la Sala destacó anteriormente cuando se hizo el análisis o examen de los presupuestos procesales para saber si se cumplían o nó; y se hizo resaltar con toda la discriminación que el caso requiere que allí obra el título de propiedad del inmueble referente a la compra-venta por la cual adquirió el General Luis Suárez Castillo, el cual data del 2 de agosto de 1.922.

EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

A folios 9, 10, 11 y 12 obra escrito en papel común y a modo de un documento privado y en idioma alemán el contrato de arrendamiento, celebrado entre el señor Luis Suárez Castillo, representado por su apoderado el abogado Hermann Timn, de Hanburgo Gansemarkt, 35 y por mediación de la casa de Emil Strathus, con la traducción oficial respectiva hecha por el Ministerio de Relaciones Exteriores. El documento data del 15 de mayo de 1.940. Aparece allí que Timn arrendó el inmueble de que se trata a la Asociación de Hospicios Urbanos de la ciudad Hanseática de Hamburgo por un plazo de diez años que debía terminar el 30 de abril de 1.950. El cánon estipulado habría sido de 550 marcos mensuales o 450 marcos mensuales efectivos.

Dicho documento no contiene sello alguno que indique haber sido visado o tenido en cuenta por alguna Entidad Oficial Alemana, está en papel informal y no aparece que sea original. Es un documento privado.

No estando autenticadas las firmas de quienes los suscriben, y no habiendo obrado un reconocimiento expreso de él por parte de quien figura como arrendatario, y no siendo la parte arrendataria litigante en este juicio no se puede tener como reconocido tácitamente al tenor del artículo 645 del C. J. por haber obrado sin que hubiera sido tachado o redargüido de falso. Esto es tanto más cierto cuanto el apoderado de la parte actora, en Alemania, Hermann Timn, quien según el documento obró como arrendador, en declaraciones juramentadas que hizo por instrumento público que más adelante se examina, aseveró que el contrato de arrendamiento celebrado con la Asociación de Hospicios Urbanos de la ciudad Hanseática de Hamburgo, y que es el que se alega existir, se celebró por escritura pública.

Que existe un contrato de arrendamiento y con aquella Entidad es cosa sí que fluye de otras pruebas colaterales o indirectas que ulteriormente se discriminan, pero en ninguna parte se encuentra una declaración categórica o expresa sobre cual haya sido el plazo y la renta mensual pactados. El contrato de arrendamiento por lo tanto en sus dos bases principales anotadas no se han demostrado.

b). Las declaraciones de los señores José Vicente Castillo y Carlos Valderrama Ordoñez, visibles a folios 51 y 51 vuelta del cuaderno principal y que constituyen la prueba número 5 de la petición de pruebas.

Dichos dos testigos se refieren a que personalmente conocieron el inmueble de que se trata por haber estado ambos en Hamburgo Alemania, el primero en el año de 1.936, y el segundo, de agosto de 1.927 a marzo de 1.930. Castillo por haber sido amigo del señor Suárez Castillo y su familia, y Valderrama porque desempeñó el cargo de Cónsul de Colombia en Bremen, y por este motivo fué con frecuencia este último a visitar al dueño quien lo alojó en su casa. Ambos testifican que ésta era una mansión de tres pisos, hermosa y amplia y suntuosamente amueblada con jardines, cancha de tennis y elegante decoración interior.

Por el pedimento segundo del memorial de pruebas, se pidió se librara oficio al Ministerio de R.R. E.E. para que el traductor de allí cotejara las traducciones informales de los documentos en alemán que obran en el expediente, con el fin de que certificara si estaba o nó correcta esa traducción o la rectificara en las partes que no fuera así, lo mismo que el cotejo de las traducciones de los documentos aparejados a la demanda.

Para satisfacer la solicitud anterior se remitió al Ministerio íntegro el expediente, formado por cuatro cuadernos, porque en to-

dos ellos se encontraban documentos en lengua alemana lo mismo que traducciones informales.

Como el traductor oficial cumplió su cometido y no hizo rectificaciones, ni indicó que las traducciones informales estuvieran mal hechas, hay que presumir que las encontró correctas.

En consecuencia hay que tener por surtida la prueba designada bajo el número dos de la petición de pruebas, a la que se refieren los despachos del Consejero Sustanciador, números 0-904 y 1108, fols. 15, 16 y 17 cuad. 3.

El surtimiento de esta prueba está representado por todo el cuaderno 3.

c) Por el punto tercero del memorial de pruebas se solicitó que se tuvieran como tales las cartas anexas del arquitecto profesor César F. Pinnau escritas de Hamburgo el 11 de marzo, el 28 de abril y el 2 de mayo de 1.950, al señor Cayetano Suárez Pinzón y se ordene la traducción oficial de ellas por cuenta del traductor oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores, lo cual así se surtió.

Estas cartas se encuentran en el cuaderno principal o número 1, folios 42, 43, 44 y 45.

d) Por el punto cuarto del memorial de pruebas se solicitó se tuviera como tal el anexo de estudio completo y detallado sobre el costo y reparación de la finca elaborada por el mencionado señor Pinnau que presentó el memorialista en un cuaderno autenticado por el vice-cónsul en Hamburgo, estudio formado por 62 hojas, más ocho planos en copia de ferroprusiato y que se ordenara la tradución oficial de él, lo cual asi se ordenó habiéndose surtido esa prueba. Está representada o contenida en el cuaderno No. 2 del despacho No. 0905, el cual cuaderno lo integran 173 folios.

e) Por el punto sexto del pedimento de pruebas, el actor solicitó que por medio del Cónsul de Colombia de Hamburgo-Alemania, se realizara una inspección ocular para que con peritos técnicos que él designara, se dictaminara en cuanto posible fuera, el monto de los daños sufridos por el edificio con motivo de los bombardeos y de la de los demás ocasionados en la última guerra mundial, y el costo aproximado que haya implicado o impliquen las reparaciones.

Y que esta diligencia se practicara si fuera posible con la intervención del arquitecto profesor Cèsar F. Pinnau.

Para el surtimiento de las pruebas anteriores se libraron los despachos consiguientes y la prueba se surtió: Está integrada por el comunicado del Cónsul General de Colombia en Hamburgo por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores para el Consejo de Estado, en Colombia, el cual forma el folio 171 del referido cuaderno 2 y el dictamen pericial, es el que está integrado por los folios 149 a 168 del mismo cuaderno.

f) Por el pedimento séptimo del memorial de pruebas, el Dr.

Montalvo solicitó que se tuvieran como tales los documentos anexos a la demanda, lo cual así se decretó.

Dichos documentos son todos los que obran de folios 1 a 31 del cuaderno No. 1-0 cuaderno principal.

Y se deja demostrado que todas las pruebas que pidió el doctor Montalvo se surtieron.

DISCRIMINACION SOBRE LA PRUEBA:

Primer grupo de pruebas: (las acompañadas a la demanda, fols. 4 a 7). Primero. Lo integran el documento en alemán y la traducción respectiva al español, que se titula: "Exámenes de Construcción y merulio". "Resultado de la Inspeccion y Dictamen". En este documento aparece que el arquitecto consejero doctor Schuster en septiembre 9 de 1.948, en Hamburgo Wand Sbek es quien rinde el dictamen sobre los deterioros sufridos por la casa. Se trata de una copia cuya exactitud la certifica el Inspector Gubernamental "HARMSEN". Y esta firma la autentica el notario Kukuck de Hamburgo en octubre 29 de 1.949. La firma del notario está autenticada por el Cónsul General de Colombia en Hamburgo, y la de éste por el Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia. Se trata por lo tanto de un documento auténtico.

Segundo. A fols. 12 y 13, del mismo cuaderno 1o., cuaderno principal, está el documento de fecha 27 de octubre de 1.949 escrito en alemán y con su traducción y con las autenticaciones respectivas hechas por el notario Kukuck de Hamburgo y las Entidades consulares y Diplomáticas colombianas, el cual en relación con el inmueble Rotchenbaumchassee - 145, acredita que el Inspector Gubernamental de Hamburgo Emil Ludolf Harmsen le dirigió a Hermann Timn, de allí mismo, la misiva que contiene, y a solicitud de la autoridad Protectora de la Juventud, en su carácter esta Entidad de supervigiladora de la Sala-Cuna Municipal que funcionaba en el expresado inmueble, y a modo de confirmación. Allí se expone: que el edificio principal y el tramo lateral fueron gravemente dañados durante los ataques aèreos en el verano de 1.946, especialmente por una mina aérea caída cerca de la casa: Que "Toda la armadura del techo se desquició y el tejado quedo totalmente desentejado". "Todas las puertas y ventanas, así como los marcos fueron arrancados por la presión del aire. La manpostería presentaba y presenta aún hoy considerables daños. Todos los cielos rasos y gran parte de los tabiques fueron destruídos. Ambos edificios quedaron completamente inhabitables por muy largo tiempo y la casa de habitación no se pudo reparar sino someramente y con medios relativamente modestos. De nuevas inspecciones resultó que partes considerables han sido afectadas por un caso genuino de merulio y que varios techos perdieron su resistencia. Para conservar la casa y para volver a darle un estado de perfecta habitabilidad habrá aún necesidad de desembolsar sumas considerables.

Tercero.- A fols. 8 a 11 está en alemán y traducido al español, con las autenticaciones notarial y de las Entidades Consular y Diplomàtica de Colombia, el documento o mensaje dirigido al representante de la "Autoridad Protectora de la Juventud", Ernst Merckstr, con fecha 28 de marzo de 1.949, por el mismo Inspector Gubernamental Harmsen, en el cual se asevera que esta ENTIDAD efectuó una concienzuda inspección y revisión de la casa el 22 de marzo de 1.949 y se hicieron las comprobaciones de los daños allí enumerados".

Cuarto.- A fols. 14 y 15 en alemán y traducido al español y con las formalidades anotadas anteriormente para los documentos antes relacionados, está el documento de fecha 27 de mayo de 1.949, procedente del mismo Inspector Gubernamental de Hamburgo, dirigida a la misma "Autoridad Protectora de la Juventud", en la que se asevera que se practicó otra inspección el 25 de abril de 1.949 y se comprobó que se había hecho una reparación únicamente en la escalera interior, que otras aun no se habían emprendido. Y termina pidiendo inmediata contestación, "para saber si se van a ejecutar las demás reparaciones, pues de lo contrario habrá que efectuarse el cierre del Hogar Infantil" (Fdo.) Dr. Schwarke -Médico Consejero. Está autenticada la exactitud de la copia.

Quinto.- A fols. 11, 17, 18, 19 y 20 están los originales en alemán y sus traducciones respectivas que dan cuenta de los documentos sobre que la Autoridad Protectora de la Juventud se dirigió a Hermann Timn, en su condición éste de administrador del inmueble y en contestación a un oficio de éste mismo, de marzo 16 de 1.949, en los cuales documentos le dicen que le adjuntan copia del oficio que aquella entidad le había dirigido el 24 de abril de 1.946, "Que muestra los gastos de reparación acumulados hasta tal fecha y que ascieden a RM. 34.659,03. La relación de marzo 1º. de 1.948, se vuelve a acompañar a la presente".

El documento anexo a que se refiere el oficio anterior, el cual aparece firmado por el Inspector Gubernamental de la Autoridad Protectora de la Juventud, es una relación "De los gastos de reparación del edificio desembolsados por la Autoridad Protectora de la Juventud, Asociación de los Hogares Infantiles de la ciudad Hanseática de Hamburgo, Sociedad inscrita" en el inmueble de que se trato.

Allí estan especificados los gastos hechos en diciembre de 1.945, en 1.946, en 1.947 y en 1.948, con detalle de las fechas de los meses, de las clases de obras y de las personas que recibieron los pagos.

El otro oficio que es dirigido al mismo Hermann Timn, y dirigido por el mismo Harmsen como Inspector Municipal, dice: "La Oficina Nacional Pro-Juventud se refiere a la conversación celebrada hoy y le remite a continuación una relación de los costos adicionales de reparación en el inmueble que se han ocasionado entre tanto así: (aqui la relación) y termina; Las facturas originales están

a disposición para su revisión, si se desea. Convenimos en que Ud. trataría nuevamente ante la Autoridad de Constataciones de conseguir un arreglo lo más rápido posible de los daños, haciendo observar que el dueño del inmueble es colombiano" "(Fdo.) Harmsen, Inspector Municipal" Este documento obra al folio 20 del cuaderno principal.

Se observa que esta comunicación es de fecha abril 24 de 1.946 y aquél otro anterior es de 25 de marzo de 1.949.

Las dos cuentas anteriores arrojan un total de 62.126,46 marcos.

A fols. 21 y 22 obran el original en alemán y su tradución correspondiente de una comunicación dirigida el 17 de diciembre de 1.946, de Hamburgo, al señor Luis Suárez Castillo representado por Hermann Timn procedente de la "Administración Nacional de la ciudad Hanseática de Hamburgo y que está firmada por el presidente del Senado, doctor ..... (ilegible) en la cual se dice que como el destinatario "No tiene la nacionalidad alemana, se requiere una persona para la presentación de una solicitud, de acuerdo con el párrafo 13, inciso 2º. del Decreto sobre daños materiales de guerra, de noviembre 30 de 1.940. Y al reverso: "De conformidad con este mandato y en conexión con los párrafos 4 y 5 ..... la autoridad de Constataciones niega el permiso de presentar la solicitud".

Este documento comprueba que el propietario del inmueble quiso hacer una reclamación directamente ante las Entidades Estatales Alemanas en busca de la indemnización, "Por daños materiales de guerra" que sufrió, y que tales Entidades negaron el permiso de presentar el reclamo.

HERMANN TIMN.

Afirma el doctor Juan Francisco Mújica en sus demandas ante el Fondo de Estabilización y el Ministerio de Hacienda que el Gobierno Nazi obligó al General Suárez Castillo a arrendar el inmueble a la Institución que el mismo Gobierno designó y por el precio que èste unilateralmente fijó, y que el mismo Gobierno Nazi le impuso al abogado Herman Timn, como su mandatario, quien dió en arrendamiento el inmueble con fecha 15 de mayo de 1.940 a la Asociación de Hospicios Urbanos de la ciudad Hanseática de Hamburgo, por el precio de 500 marcos nominales mensuales, y de 450 marcos efectivos mensuales, pagaderos por anticipado el día 1º de cada mes. Y que el arrendamiento se pactó por diez años, o sea con vencimiento al 30 de abril de 1.950.

Se hace necesario destacar lo anterior a fin de tenerlo en cuenta en la discriminación que se viene haciendo del acervo probatorio a fin de captar si refleja o nó las afirmaciones resaltadas hechas por el apoderado doctor Mújica: o mejor, si aparecen probadas.

A fols. 26, 27, 28, 29 y 30 del mismo cua. principal o número 1, obra el documento original, en lengua alemana, constante de 3 folios, procedente del Notario Walther Kukuck, de Hamburgo, de octubre 29 de 1.949, el cual en relación con la firma del Notario, aparece en la autenticación hecha por el Consulado Nacional de Colombia en Hamburgo, y la del funcionario de este que intervino, autenticada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y en dos folios más la traducción oficial correspondiente.

De este documento aparece que el señor Hermann Timn, en su condición de representante del señor Luis Suárez Castillo, compareció ante aquél Notario e hizo las declaraciones contenidas en ese instrumento. Allí aparece: En su condición de administrador de finca raíz y domiciliado en Hamburgo, habia sido encargado desde el año de 1.936, por el señor Luis Suárez Castillo y hasta su muerte, de la administración del inmueble de que se trata, y después de su muerte continuó en tal administración por mandato de sus albacéas; que el inmueble fue bombardeado durante la última guerra 3 veces en el año de 1.943. Que los daños producidos por los bombardeos, a pesar de las reparaciones importantes ya efectuadas, son de tal magnitud que hasta la fecha no ha sido posible devolverle a la casa su estado anterior, pero ni siquiera en un estado de buena habitabilidad.

Por la cláusula tercera de ese instrumento público Timn expone: "El inmueble está arrendado, por medio de escritura pública, a la Vereinigung stadtischer Kinderheime der Hansestadt Hamburg e. V.", (Asociación de los Hogares infantiles Municipales de Hamburgo, sociedad inscrita), y se utiliza por esta organización como hogar infantil. Y refiriéndose el exponente a los documentos anteriormente relacionados, hace mérito de que el inquilino indicado, para reparar la casa ha hecho gastos por las sumas, en marcos, 62.126,46 y 167,09, cuya devolución la exige ahora al dueño o sus herederos; que la administración del Estado Hanseático de Hamburgo prohibió la presentación de una reclamación de indemnización por los daños de guerra ocasionados, debido a que el dueño no poseyó la nacionalidad alemana.

Que por una inspección posterior ordenada por las autoridades Municipales se obtuvo el resultado de que las reparaciones afectadas eran absolutamente insuficientes para salvaguardiar la seguridad como también la salubridad de los moradores de la casa; y que en ella se comprobó que el edificio está afectado por un caso genuino de merulio, que las vigas desmoronadas por ese merulio perdieron su resistencia y que además los suelos, también en los pisos superiores, se han hundido tanto que los cielos rasos amenazan con desplomarse. Que las autoridades sanitarias dictaminaron que para el caso de no hacerse las reparaciones, se procedería a declarar el inmueble oficialmente inhabitable por razones de salud. Que una disposición de esta naturaleza tendría como consecuencia que ya no se permitiere, en forma oficial, que el inmue-

ble ni se arrendase ni se habitase. Que según el dictamen presentado por expertos oficiales, una reparación inobjetable del inmueble, tal como la exigen las autoridades, requeriría un desembolso adicional de DM. 40.000.

Que además de los daños materiales o de daño emergente, el dueño ha sufrido hasta la fecha del instrumento que contiene la declaración jurada del señor Timn, debido a que el inquilino se vió obligado a desocupar la casa por ciertos intervalos y en consecuencia a sufrir la reducción del cánon de arrendamiento, los siguientes perjuicios:

Pérdida por arrendamiento o disminución de la renta o cánon.....RM 11.700,48.

La anterior suma la discrimina el exponente así:

En el año de 1.943 el inquilino no pagó 5 meses a 450 marcos o sea.....2.250.00 M

(Se comprende que por haber inhabitado el inmueble)

En el año de 1.944 no pagó 12 meses a 450 ms.....5.400.00 M

En 1.945 el inquilino pagó los 12 meses a 450 marcos.

En 1.946 se pagaron 6 meses, y por los otros 6 hu-
hubo reducción en el cánon a 168,77 lo que dió una dis-
minución de lucro de.....1.012.62

En 1.947 hubo una reducción en el cánon en los
12 meses, a 168,77, lo que dió una disminución total de.....2.025.24

En 1.948 en 6 meses se redujo el cánon, de 450 a
a 168,77 por mes, de Enero a Junio, o sea.....1.012.62

Y así totaliza las pérdidas del lucro en la suma
arriba anotada de ..... RM 11.700.48

Del segundo sementre del año de 1.948 a octu-
bre de 1.949, anota una deducción de 450 a 168.77
en el cánon o renta mensual, lo que da un total de.....2.700.32
o sea un gran total de RM 14.400.80

Se observa que el señor Timm en sus declaraciones anota por desvalorización de la moneda un PERJUICIO DE RM 4.746.58, pero esto no aparece demostrado. Se observa que como valor calculado por expertos para reparaciones adicionales asigna la suma de RM 40.000, pero esto tampoco aparece demostrado.

Totalizando estas dos últimas partidas con la asignada a lo invertido en reparaciones hechas por el propio inquilino de RM 62.126.46 más 167.09 RM con la de RM 14.400.80, imputada ésta a pérdida en el lucro, por disminución en el cánon de 450 marcos efectivos mensuales, ya por haberse pagado por el inquilino un cánon más bajo, ya por no haberse pagado ninguno en determinadas épocas, por haber sido inhabitado el inmueble, según la discriminación anterior, se tendría la suma de RM 121.440.93, como

monto hasta el 29 de octubre de 1.949, según la exposición notarial referida que el señor Timn termina así:

En esta cantidad correspondiente a perjuicios está incluída la reducción en el cánon de arrendamiento hasta fines de octubre de 1.949 y quedan pendientes los perjuicios adicionales que puedan resultar por reducción en el cànon de arrendamiento.

La Sala aplaza indicar cuál es la deducción que hace sobre el mérito probatorio del balance de cuentas hecho por el señor Timn en su condición de mandatario de los demandantes y de arrendador del inmueble objeto de los daños cuya reparación se busca.

Tercer grupo de pruebas. Este tercer grupo está integrado por todo el cuaderno número 3 que comprende 17 fols., y el cual no es otra cosa sino la traducción oficial, practicada dentro del tèrmino probatorio de la instancia surtida ante el Consejo por los traductores oficiales del Ministerio de RR. EE., de los documentos que el actor acompañò la demanda con traducciones informales, los cuales documentos son los que obran a fols. 4, 5, 8, 9, 12, 14, 16, 17, 21, 23, 26, 27 y 28 del cuaderno número 1, y que la Sala ya los examinó y discriminó ampliamente en el capítulo de éste fallo titulado: *Primer grupo de pruebas.* La traducción oficial se encuentra exacta a la informal que se anexa a la demanda. No hay más que agregar. El primer y el tercer grupo de pruebas se identifican y en verdad con unas mismas.

Cuarto grupo de pruebas. Está integrado por el cuaderno número 4, contentivo de 27 folios representados por correspondencia cruzada entre el señor Luis Suárez Castillo y el Banco Alemán Antioqueño de Bremen, Alemania, del mismo Banco en Bogotá, de Cables, misivas; de cartas entre el señor Luis Suárez Castillo y el señor José Medina y finalmente del oficio dirigido desde Hamburgo el 11 de enero de 1.939 por el Presidente de la Administración de Hacienda Hamburgo, Oficina de Control de Cambios, al mismo Suárez Castillo. Toda esta correspondencia se refiere a dificultades del dueño del inmueble en relación con su administración, a la congelación de fondos suyos en el Banco expresado en Alemania, por razón de la guerra ya que para la congelaciòn misma se tuvo en cuenta por la Policia "Encargada de la super-vigilancia de construcciones en Hamburgo....., que son indispensables extensos trabajos de reparaciòn y conservación a la mencionada finca", para lo cual "las autoridades pueden obligar por la fuerza a la ejecución de estos trabajos". (De la carta últimamente citada para Luis Suárez Castillo).

Se advierte que las traduciones de la correspondencia en alemán es informal y que los documentos originales no tienen autenticación alguna en relación con las personas que los suscriben y que no aparecen en forma alguna reconocidos.

Por otra parte tales documentos sólo se refieren, como ya se dijo, a las dificultades de la guerra de Alemania con las Naciones

Aliadas le ocasionó al General Luis Suárez Castillo para la Administración y goce de su inmueble.

Quinto grupo de pruebas. Está integrado por el cuaderno número 2 que se compone de 173 fols., los cualen comprenden el estudio o dictamen sobre los daños causados a la propiedad de los demandantes y al monto del valor de las reparaciones consiguientes, rendidos separadamente por el arquitecto-profesor César F. Pinnau y el arquitecto Hans Cristian Albert Andresen.

El dictamen-resumen del profesor Pinnau, obra al folio 1o. del cuaderno y tiene como fundamento el cómputo-resumen del texto alemán visible al fol. 65 (de la copia) y al folio 138 del texto alemán original.

El dictamen-resumen del arquitecto Andresen está visible a folio 149 vuelta y 150, en la versión española y su texto original en alemán corre al folio 2.

La traducción general obra del folio 149 al 168.

En un principio el apoderado de los demandantes presentó estudio sobre el cómputo general y detallado de la reparación del inmueble, de sus edificaciones, escrito en alemán, el cual por haberlo solicitado dicha parte se remitió para que se tuviera en cuenta en el momento de efectuarse la inspección ocular correspondiente y el dictamen pericial legalizado, y comprende el original y una copia.

Tal estudio es el visible a fols. 76 al 178, el cual se encuentra autenticado en abril 28 de 1.950 por el Notario Kuckuck de Hamburgo y la firma de éste también lo fué por el Cónsul General colombiano el 10 de mayo de 1.950.

El dictamen-resumen sobre el cómputo-presupuesto de las reparaciones está escrito en español y presentado en este idioma por el señor Pinnau al Cónsul General de Colombia en Hamburgo con fecha 8 de febrero de 1.951 y su firma fué autenticada por su notario Kukuck el 12 de mayo del mismo año, y la de este funcionario alemán lo fué por el Cónsul General Colombiano el 16 de los mismos mes y año, y la de éste autenticada por el Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia el 28 de marzo de 1.951. Dicho documento por lo tanto se encuentra en regla en su aspecto formal.

El dictamen-presupuesto del perito arquitecto Hans Crist. Andresen está visible al fol. 2 del dicho cuad. 2, en idioma alemán. La firma está autenticada por el notario de Hamburgo con fecha 12 de marzo de 1.951. El dictamen está dirigido al Cónsul General de Colombia. Este antenticó la firma del Notario el 16 de los mismos mes y año. Y el Ministro de R.R. E.E. de Colombia autenticó la firma del Cónsul el 28 de marzo de 1.951. También se encuentra en regla formalmente este documento.

La traducción oficial hecha por el Ministerio de RR. EE. de Colombia obra de fols. 149 a 169 del mismo cua. 2 de que se trata.

y se refiere al estudio y dictamen del profesor-arquitecto Pinnau. Este, por lo tanto, resulta que acogió su estudio anterior como dictamen y fundamento del mismo.

El perito-arquitecto Andresen resulta que acogió ese mismo estudio como fundamento de su resumen o dictamen porque se encuentra que se expresa así:

> «No presento un presupuesto específico y detallado porque èste ya ha sido elaborado.»

Y como quien presentó ese estudio especificado y detallado fué el Arquitecto-perito Pinnau, resulta que tácitamente acogió el estudio de éste. Así lo entiende la Sala.

Al fol. 171 obra la diligencia -oficio de la Inspección ocular practicada por el Cónsul General en Hamburgo y de conformidad a la prueba que al respecto ordenó el Consejero sustanciador redactor del presente fallo.

PRUEBA DE LA INSPECCION OCULAR PRACTICADA EN HAMBURGO PARA DEMOSTRAR LOS DAÑOS SUFRIDOS POR EL INMUEBLE Y FIJAR EL MONTO DEL VALOR DE LOS PERJUICIOS.

El señor Cònsul Rasch Isla se expresa así:

> «Yo, Alfonso Rasch Isla, en mi calidad de Cónsul Auxiliar de este Consulado General de Colombia en Hamburgo, República Federal Alemana, verifiqué una inspección ocular en la finca No. 145 de la Rothenbaumchaussee en compañía de los arquitectos señores profesor César Pinnau y Hans Chr. Andresen con el fin de dictaminar los daños causados en los edificios de la mencionada finca por los bombardeos en la última guerra mundial.
>
> Los señores profesores César Pinnau y Hans Chr. Andresen, quienes habían sido nombrados por mí, peritos en el presente asunto con anterioridad a la Inspección, rindieron el dictamen pericial que se adjunta al presente diligenciamiento y en constancia afirman conmigo la presente diligencia en esta ciudad de Hamburgo a los 12 días de marzo de 1.951».

Lo anterior constituye el acta o diligenciamiento de inspección ocular la cual no expresa captaciòn alguna hecha por el Cónsul colombiano que la practicó, lo cual acusa deficiencia grande, porque tal prueba tenía por objeto que quien obró como comisionado del Consejo de Estado hiciera las observaciones, por medio de lo que los sentidos registraran, en relación con los daños existentes en el inmueble como también a su extensión. Es verdad que el

señor apoderado no lo solicitó expresamente. Como tampoco a que se hubiera comisionado al mismo Cónsul para darle posesión a los peritos y haberles recibido el juramento del caso.

Conforme lo transcrito se aprecia que el señor Cónsul se limitó a decir que había verificado una inspección ocular, esto es que visitò y vió el inmueble en compañía de los dos arquitectos Pinnau y Andresen a quienes designó peritos, y dejó a estos encomendados para que rindieran el dictamen.

En consecuencia, la prueba única que queda en relación con tal inspección ocular es el dictamen o sea la cuenta que los dos peritos dan en relación con lo que ellos captaron en la vista practicada al inmueble y sus conceptos sobre la extensión de los daños y la estimación que hacen sobre el costo en dinero de las reparaciones.

Fundamento-resumen del experticio del arquitecto profesor César Pinnau.

Al folio 1o. del cuaderno 2o. se lee:

> «Junto con la presente tengo el honor de enviar a Uds., el cómputo-presupuesto de las reparaciones que habrían de ejecutarse para restablecer la propiedad Rothebaum-chaussee 145 de esta ciudad, perteneciente a ciudadanos colombianos, en el estado que estaba antes de sufrir los daños ocasionados por los bombardeos en la última guerra mundial.
>
> Debo advertir que los daños causados en la citada propiedad son de tal magnitud, que el valor de las reparaciones equivaldría prácticamente al valor de una nueva construcción con las características de la actual.
>
> Para no incurrir en mayores gastos no se ha traducido el texto del cómputo presupuesto al español, cuyo resumen, tomado de la página número 62 (Consejero sustanciador observa que parece que es el número 65), es el siguiente:

1.-Edificio principal:			
Demolición	DM 22.751.60		
Reparación	„ 311.279.00	DM	334. 030.60
2.- Edificio accesorio:			
Demolición	DM 7.114.00		
Reparación	„ 42.961.60	DM	50.075.60
3.- Jardín ....,		DM	10.336.00
4.- Honorarios para el arquitecto, para el ingeniero y otros derechos		DM	49.545.07
Suma total de las reparaciones		DM	444.017.27»

A fols. 149 y 150 corre el dictamen-resumen del arquitecto Hans Chr. Andresen, quien se expresa así:

> «En forma independiente y basàndome en precios de 1.914, he calculado la reconstrucción de las edificaciones a su estado anterior en la suma de 130.000 RM aproximadamente. Con base en los precios actuales hay que calcular el precio de la reconstrucción en la suma de 400.000 DM».

El mismo arquitecto Andresen como fundamento resumen del anterior dictamen se expresa así:

> «Por encargo del administrador apoderado de la propiedad arriba indicada, Sr. Hermann Timn he hecho un cálculo de los daños causados por acciones de guerra en el año de 1.943 y he observado que tanto la antes señorial residencia como el edificio anexo auxiliar del personal de servicio y garajes han sufrido graves daños, que son efectos de acciones de guerra. Las bombas y minas aéreas que cayeron en las inmediaciones de las edificaciones hicieron vibrar a estas de tal manera que es prácticamente imposible rehacer la estabilidad inicial de las edificaciones. Unicamente debido a que las edificaciones fueron construídas en principio en forma sòlida y de dimensiones extraordinarias en el grueso de las paredes, existe una posibilidad de reacondicionarlas en su estado anterior.
>
> La reconstrucción de las edificaciones a su anterior estado representativo ocasionan gastos que igualan los de una nueva construcción. El edificio principal ha sido acondicionado provisoriamente, y presta alguna utilidad para oficinas. No se puede utilizar el piso superior de la edificación anexa porque èste está en peligro de derrumbarse completamente. Los edificios han sido expuestos durante varios años a los efectos del clima, porque las corrientes aéreas causadas por las mismas destruyeron los tejados y parte de los cielos-rasos. Los daños que datan de ésta ëpoca son considerables. En algunos accesorios de madera de la casa principal he observado la destrucción de los mismos por presencia de hongos. Algunas vigas de madera deben ser reemplazadas por placas de concreto».

El arquitecto Pinnau a su turno y a modo de resumen del fundamento de su propio dictamen, dice: (al folio 151).

> «Las edificaciones fueron usadas inicialmente y desde principios de la cuarta década por diferentes médicos como clínica-particular y posteriormente por la ciudad de Hamburgo como casa de reposo. Para niños. La edificación principal consta de tres pisos y sòtano, (En toda la ex-

tensión de la construcción), abriga 4.228,40 metros cúbicos, y la superficie construída de 366,10 metros cuadrados. La edificación anexa es de dos pisos -sin sótano-, abriga 705,80 metros cúbicos con 102 metros cuadrados de superficie construída. La extensión total de la propiedad es de 2.241,90 metros cuadrados. En el año de 1.942 pared del sótano se adaptó para defensa y protección anti-aérea. Durante los ataques aéreos de 1.944 bombas demoledoras cayeron sobre el jardín y causaron daños en la edificaciòn principal y en la anexa (residencia de enfermeras y garaje). Se presentaron grietas en las paredes y techos, así como daños considerables en las partes exteriores de los tejados, en las escaleras, en ventanas y puertas, siendo mayores los daños en la edificación anexa que en la principal. Una vez conocidos los daños, las edificaciones fueron desocúpadas y permanecieron desocupadas durante los siguientes dos años, siendo expuestas sin ninguna defensa al rigor del clima. La humedad que seguía penetrando facilitó la extensión de los daños. Las edificaciones fueron adaptadas provisionalmente durante los años de 1.945/46, primera en el marco de la acción de reconstrucción de la ciudad de Hamburgo y seguidamente por una dependencia Municipal pro-Juventud para ser nuevamente casa de reposo para niños. Los conductos para suministro de gas, agua, electricidad, así como los de calefacción y agua caliente estaban en condición de prestar servicios en ambas edificaciones pero se encuentran en un estado de desgaste que hacen necesarias frecuentemente las reparaciones de tuberías y líneas eléctricas. Hasta 1.948 se presentaron frecuentemente daños en la edificación principal, especialmente en el tejado, que nuevamente dieron paso a la humedad. Estos defectos pudieron ser eliminados después de efectuada la reforma de la moneda, pero no en forma terminante o satisfactoria. Trabajos de pintura se efectuaron después de la adaptación provisional, pero en muy pequeña escala.

En la edificación anexa, que nuevamente ha sido destinada para residencia de enfermeras, y considerando los medios disponibles, los daños pudieron ser arreglados únicamente en escala muy reducida. Como ésta edificación, la que más sufrió los daños de la guerra, ha seguido expuesta a las influencias atmosféricas, y se hace aquí indispensable una extensa demolición. En el jardín posterior se eliminaron cráteres de bombas explosivas y se prestó el terreno para un pequeño jardìn decorativo. Por lo general, ambas edificaciones se encuentran en mal estado, debido a que todas las reparaciones efectuadas han de considerarse como provisionales y al uso intenso a que están sometidas y a pesar de los grandes esfuerzos de la

Direcciòn para observarlas limpias y en orden. En los exteriores, también la edificación principal muestra los efectos de las bombas y fuertes huellas de la acción del tiempo, que deben atribuírse a la falta de cuidado y conservación necesarias. La construcción de las edificaciones y del jardín, a su estado anterior, exigen trabajos muy extensos y complicados que son objeto de la descripción y cálculos siguientes».

Al folio 158 agregó finalmente:

«El presupuesto de la reconstrucción de las edificaciones y demás instalaciones auxiliares de la propiedad Hamburgo-Harvestehude, calle Rothenbaumchaussee 145, es un estado técnicamente inobjetable y correspondiente al uso que anteriormente se le daba como residencia de refinado acabado decorativo requiere la suma de 444.017,27 Deutsche Mark (Marcos alemanes occidentales) 105.718,40 U. S. A. Dóllares.

B. Presupuesto. Iniciación: Para los cálculos de los diversos trabajos de reconstrucción de las edificaciones se anticipan las más altas exigencias del propietario de la obra, tanto personales como representativas y los cálculos se basan en la exigencia de primerísimos acabados, lo que equivale a una reposición del estado que las edificaciones presentaban cuando todavía eran ocupadas por su propietario. Los precios indicados incluyen los andamios necesarios, equipos indispensables, instalaciones de seguridad, el retiro de los residuos del material de construcción, los gastos del transporte del material y el costo de los trabajos auxiliares. Los precios corresponden al promedio actualmente vigente en Hamburgo, promedio que ha sido elaborado con base en cálculos parecidos a trabajos efectuados en la actualidad, respectivamente».

Los peritos aseveran que los ataques aéreos en 1.943 a la ciudad de Hamburgo por haber caído bombas demoledoras sobre el jardín del inmueble causaron daños en la edificación principal y en la anexa (residencias de enfermeras y garaje), que se presentaron grietas en las paredes y techos así como daños considerables en las partes exteriores de los tejados, en las escaleras, en ventanas y puertas, siendo mayores los daños en la edificación anexa que en la principal. Así comenta la Sala lo que se desentraña del dictamen pericial en relación con el daño emergente.

«Una vez conocidos los daños, sigue diciendo el experticio, las edificaciones fueron desocupadas y permanecieron desocupadas durante los siguientes dos años, siendo expuestas sin ninguna defensa al rigor del clima. La humedad que seguía penetrando facilitó la extensión de los daños.»

La anterior aseveración que hace relación al perjuicio en el lucro cesante del inmueble no puede aceptarse, porque está en contradicción a la confesión hecha por el apoderado y representante del dueño del inmueble en el instrumento público de 29 de octubre, porque allí confesó que en el año de 1.943 sólo se dejaron de pagar los meses de agosto a diciembre, y que en el año de 1.944 tampoco se pagaron, pero sí se pagaron los 12 meses en 1.945 y al cánon que se dice estipulado en 450 marcos mensuales. Luego si en los daños de 1.943 y 1.944 hubo detrimento en el lucro porque el inmueble lo hubiera inhabitado el inquilino, serian 17 meses los afectados y no los dos años. Y así en ese orden habría que analizar lo relativo al detrimento que se pretende sufrido en relación con el lucro en los años posteriores, porque conforme a la confesión del señor Timn en todos esos años siempre se percibieron frutos civiles o cánon de arrendamiento, aunque reducido.

Sobre el valor o monto de la reconstrucción de la edificación del inmueble averiado o dañado por los bombardeos aèreos se ve que los dos peritos discrepan en la suma de DM. 44.017,27.

En efecto: el perito Pinnau asigna como monto, la suma de DM 444.017.27. Y el perito Andresen asigna la suma de DM 400.000.00. *Diferencia DM 44.017,27.*

Como no hubo perito tercero, y el dictamen de cada perito es explicado y debidamente fundamentado, no es el caso de desecharlo, y como se trata de un avalúo, hay que proceder para dirimir el desacuerdo, de conformidad al mandato legal contenido en el Art. 721 del C. J., ya que la diferencia entre los dos extremos no excede de un 50% de la cantidad menor. En consecuencia, el medio aritmético viene a arrojar la cantidad de DM 422.008.63. Esta sería la cantidad a que habría que condenar si se aceptara que el perjuicio del daño energente o de los deterioros materiales sufridos por la edificación del inmueble, por su naturaleza y por su magnitud, implicaran rehacer, restaurar o volver a hacer como nuevas en su totalidad las edificaciones como lo dan a entender ambos peritos en sus exposiciones resúmenes, y si esa reconstrucción absoluta se hiciera con miras a restaurar o reproducir la primitiva edificación que adquiriera el General Luis Suárez Castillo por medio de la compra-venta que contiene el título de propiedad, pues allí se da cuenta de un edificio de tres pisos y que es el mismo a que se refieren las fotografías que obran en los autos, porque el título de compra-venta habla de que el edificio es apropiado para una sola familia y que el terreno en que está edificado tiene una cabida de 2.241,9 metros; y como los demandantes han afirmado que las Entidades Oficiales de la ciudad de Hamburgo obligaron al señor Luis Suárez Castillo a arrendarles primero y luego a que la primitiva edificación fuera demolida para substituírla por otra de seis (6) pisos con la destinación que ha tenido de Hospicios para niños, destinación ésta que hace presumir que el primitivo edificio no era adecuado para estas necesidades; y si todo esto ocurrió por razón

de la guerra, por sus necesidades y por el imperio de la fuerza o medidas coercitivas que impusiera el Reich Alemán, los puntos de vista de los peritos arquitectos encajarían a las pretensiones de los demandantes y estos tendrían en fundamento aceptable pleno de los mismos acontecimientos provocados y ocasionados por el estado de guerra sucedido en Alemania de 1.939 a 1.945.

PERJUICIO PATRIMONIAL DE DAÑO EMERGENTE.

Pero es preciso antes investigar si el perjuicio patrimonial de daño emergente aparece demostrado.

Sobre los daños que los bombardeos aèreos en el año de 1.943 y a mediados, ocasionaron al inmueble que es fundamento de la litis, existe abundante elemento probatorio. Son todos los documentos discriminados en el estudio de las pruebas, en los capítulos que anteceden del presente fallo, documentos que encierran intervenciones oficiales de las autoridades municipales de Hamburgo y que por esto asumen el carácter de plenas pruebas.

El dictamen pericial practicado por el arquitecto consejero doctor Schuster como resultante del examen que practicó del edificio, y en relación especialmente a los deterioros producidos especialmente por el merulio u hongo pudridor causado por la infiltración de la humedad en los materiales de construcción del edificio, con las comprobaciones de la Sección de Inspección de Construcciones de Hamburgo, hechas por el Inspector Gubernamental Harmsen y con lo mismo que al respecto aseveran los dos peritos arquitectos que lo inspeccionaron en asocio del Cónsul General de Colombia, se acredita plenamente el daño o averías graves sufridas por el inmueble con sus consecuencias que tales arquitectos detallan en sus dictámenes.

Para ser más precisos la Sala indica que las pruebas concretas relativas a acreditar el deterioro sufrido por la edificación está estudiado en los capitulos que anteceden, sobre el estudio de las pruebas, denominadas "Primer grupo de pruebas" y "Tercer grupo de pruebas". Allí se señala que los documentos oficiales de las autoridades alemanas de Hamburgo, cuya autenticidad aparece en regla, obran en los cuadernos números 1 y 3 del expediente, y allí se señalan los folios en los cuales se encuentran tanto el dictamen del arquitecto consejero doctor Schuster como las comprobaciones que respalda el Inspector Gubernamental Harmsen.

QUANTUM DEL PERJUICIO O DAÑO EMERGENTE.

Se trata ahora de establecer la extensión del daño, o su valor, pero en cifras estimativas de dinero, o sea para fijar el quantum o valor pecuniario para la indemnización, por razón del perjuicio de daño emergente.

En el capítulo del presente fallo, que obra de folios 26 en adelante a fol. 29, denominado "Súplicas principales de la demanda -monto del valor pretendido como daño emergente-. Fijación del monto del lucro cesante", se estudió y se dejó planteado cómo en la demanda y en los presupuestos procesales que por ella planteó el doctor Juan Francisco Mújica en la gestión administrativa que incoó ante el Fondo de Estabilización y el Ministerio de Hacienda, dicho apoderado tanto en su primitiva demanda como en la segunda de corrección y adición etc., manifestó como pretensión del valor del daño emergente, en las súplicas principales correspondientes, en el monto o total de 180.000 pesos colombianos, como valor de la finca urbana; y se dejó estudiado que la situación planteada por dicho apoderado al respecto quiso modificarla el mandatario doctor José Antonio Montalvo en su demanda ante este Consejo, duplicando ese valor con el argumento de depreciación de la moneda colombiana, variación del tipo de cambio, nuevas condiciones económicas tanto colombianas como de la zona occidental de Alemania y que tal valor duplicado, el señor apoderado doctor Montalvo lo fijó como "El pago del valor venal del inmueble".

En dicho capítulo la Sala dejó sentada la tesis jurídica de que tal modificación de las súplicas de la demanda, ante el Consejo, en lo tocante al valor pretendido como reparación del daño emergente no podía aceptarse porque implicaba modificar situación que se les planteo a aquéllas entidades del Fondo de Estabilización y del Ministerio de Hacienda y sobre cuyo planteamiento fué que rodó la litis gubernativa y sobre cuya base las mismas entidades pronunciaron las resoluciones acusadas y que son objeto de la acción a que se pone fin con el presente fallo.

Es conveniente discriminar que conforme a las súplicas tanto principales como subsidiarias de las demandas del doctor Mújica y a las principales de la demanda del doctor Montalvo, ambos coinciden en que el valor del dicho daño emergente es o debe ser equivalente al valor total del inmueble, esto es, casa o edificio y terreno en que éstos estaban circunscritos por la linderación general del inmueble.

En efecto: el doctor Mújica en la súplica principal c) dijo: "Del valor de la finca urbana dicha, el cual estimo en $ 180.000 pesos moneda colombiana" y en la súplica subsidiaria a la anterior solicitó que se pusiera a sus poderdantes "En posesión de la referida finca urbana .....". Y ya vimos que el doctor Montalvo en la súplica principal número 2 solicitó "el pago del valor venal del inmueble".

Conforme al diccionario de la Legislación y Jurisprudencia de Scriche, finca, heredad, e inmueble son sinónimos. *Finca* es: "La heredad o posesión en que alguno tiene derecho de cobrar su renta o alguna cantidad determinada. *Heredad.* "Porción de terreno cultivado y antiguamente hacienda de campo, bienes raices o posesiones, como también herencia". *Inmuebles.* "Los bienes que no pueden ser transportados de un lugar a otro como los edificios y he-

redades". *Posesión.* "Se toma frecuentemente por la misma cosa poseida". *Bienes Raíces.* "Los que consisten en haciendas de campo como viñas, tierras, olivares, etc. o en casas y otras cosas que no se pueden transportar de un lugar a otro".

Luego al decir uno y otro apoderado que se paguen como valor de daño emergente, el valor de finca urbana, o el valor venal del inmueble, es porque en la mente de uno y otro estuvo el pensamiento y lo manifestaron expresamente por el lenguaje empleado por ambos en las súplicas de sus demandas, que se pague el valor de toda la heredad, de todo el inmueble, esto es, el valor de las edificaciones junto con el valor de los 2.241.9 metros cuadrados, que es la cabida del terreno que comprende la finca y que la circunda y comprende las edificaciones.

El avalúo pericial de los expertos Pinnau y Andresen se refieren exclusivamente al valor del costo de la demolición de los edificios averiados para obtener la hechura de un nuevo edificio calzado en las dimensiones y características del edificio que comprara el señor Luis Suárez Castillo, pero no computaron el valor del terreno en la cabida anteriormente expresada.

Luego habría que solicitar el avalúo de dicho terreno para deducirlo de la cantidad de los 180.000 pesos que como monto máximo o aspiración máxima manifestaron los actores.

Los expertos o peritos arquitectos Pinnau y Andresen en el avalúo que fijaron, corresponde la construcción de un edificio o mansión absolutamente nueva, de un decorado perfecto, en que todo sería muy bueno, muy acabado y de calidad perfecta. Pero como la edificación primitiva que fuè adquirida por el General Luis Suárez Castillo en el año de 1.922, no debía ser absolutamente nueva, y cuando los bombardeos del año de 1.943, en el supuesto de que no hubiera sido antes demolida y reemplazada por el edificio que en ese año sufrió los impactos de la guerra venía a traer más de veinte (20) años en poder de los actores; es evidente que en sólo cuatro lustros un inmueble, cualquiera que sea su hechura, por el sólo uso y goce normales sufre un deterioro natural que demerita su valor. Tal demérito debe ser valorado para deducirse del valor asignado como monto máximo o sea de los 180.000 pesos colombianos fijados por la demanda del doctor Mújica, a fin de que la indemnización, si por un lado debe ser plena, por otro lado debe corresponder a la equidad, y a la realidad.

Los expertos dichos no tuvieron en cuenta dicho demérito para haberlo restado.

Suponiendo por lo tanto que lo valorado corresponde al valor fijado como aspiración máxima por la demanda que se revisa, por haberle negado, necesario sería restar del precio o valor de los $180.000 pesos colombianos tanto el valor del terreno, porque este tiene que seguir en propiedad, use y goce de los demandantes y no se ha demostrado que lo hayan perdido porque el Reich Alemán o las autoridades alemanas de Hamburgo hubieran resuelto no devol-

verlo o expropiarlo, por una parte y por la otra, hay necesidad también de restar el valor del porcentaje en que se valore el demérito del edificio o mansión que adquirió el señor Luis Suárez Castillo en el año de 1.922 y hecha consideración de ese demérito en el año de 1.943.

En consecuencia, no es posible por los defectos intrínsecos como por las omisiones que se registran en que incurrió el experticio, hacer una condenación en concreto sobre el perjuicio de daño emergente, y porque la prueba de la inspección ocular resulta tambien fallida al tenor de los arts. 724 y 730 del C. J.

PERJUICIO DEL LUCRO CESANTE - ANALISIS DE LA PRUEBA

En el capítulo en que se estudiaron las súplicas de la demanda en el sentido de fijar la pretensión de los actores o su alcance en relación con el valor máximo del daño emergente y la fijación del lucro cesante, capítulo que se integra parte del folio 26, folios 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, se dejó sentado que para lo primero, la demanda persigue el pago del valor venal del inmueble y para lo segundo el pago de los precios mensuales de arrendamiento vencidos o insolutos.

El valor venal del inmueble, significa el valor que el inmueble hubiera podido alcanzar como precio corriente en el mercado, en venta de libre concurrencia, y de ahí que en el capítulo anterior en el cual se dejó estudiado la forma como la Sala enfoca el perjuicio de daño emergente y el modo de deducir su valor, se tuviera en cuenta el demérito del inmueble en determinado lapso.

En el capítulo en que se estudió el contrato de arrendamiento como en el que se estudiaron las declaraciones juramentadas hechas por el mandatario de los demandantes, en Hamburgo-Alemania, Hermann Timn, capítulos precedentes, visibles a fols. 36, parte final, 37 (el del contrato de arrendamiento) y 41, 42 y 43 se sentó que el contrato de arrendamiento que es el fundamento en que los demandantes apoyan su demanda de lucro cesante, no se había demostrado con el documento informal que se allegó, como elemento probatorio. Que la existencia de un contrato de arredamiento entre la Asociación de Hospicios Urbanos de la ciudad Hanseática de Hamburgo sí aparecería demostrado por documentos oficiales procedentes de varias Entidades Municipales de tal ciudad, pero ocurre sentar que en ninguna parte de tales documentos se encuentra una declaración categórica o reconocimiento ni sobre plazo o tiempo del contrato, ni sobre que la suma indicada como cánon de arrendamiento fuera la convenida. Todavía más: Hermann Timn en las declaraciones juramentadas que consignó en el instrumento público sucedido ante el notario Kukuck con fecha 29 de octubre de 1.940, y cuyo original en alemán con sus traducciones correspondientes obra en el cuaderno principal o número 1 de folios 26

a 30, categóricamente expresa que el contrato de arrendamiento que el celebró con la expresada Sociedad de Hospicios Urbanos fuè hecho por escritura pública, luego es inexplicable que no se hubiera allegado, en cuyo caso se habría demostrado cual era el precio de arrendamiento mensual, y cual el plazo o tiempo de duración del contrato.

Las solas afirmaciones al respecto, hechas en forma unilateral por el señor Timn, sobre que ese precio fué el de R. M. 450 marcos mensuales efectivos o 500 marcos nominales y que el plazo de duración pactado fué el de 10 años a partir del 1o. de mayo de 1.940 al 30 de abril de 1.950, y que se consideraría tácitamente prorrogado por un año más si no se cancelaba antes de los seis meses de la fecha de la terminación, carecen de valor legal probatorio y no pueden aceptarse porque proceden de la misma parte actora, ya que lo que afirma o niega un mandatario se entiende como afirmado o negado por el mandante. Tampoco se encuentra que se hubiera allegado la prueba correlativa a establecer que las sumas indicadas por el mismo apoderado de la parte actora en Alemania, señor Timn, en el balance que consignó en sus declaraciones unilaterales ante el notario de Hamburgo, como sumas pagadas por el inquilino, año por año, fueran exactas para ser tenidas en cuenta como comprobante del perjuicio en el lucro, ya porque esto no fuera pagado en determinados lapsos, ya porque lo pagado fuera disminuído en la proporción indicada por el apoderado Timn.

FORMA COMO ENFOCA LA DEMANDA EL PERJUICIO DE LUCRO CESANTE

El demandante o su apoderado doctor Montalvo condensó su pretensión al respecto en el número a) de la parte petitoria de su demanda ante el Consejo en la siguiente forma:

> « a) El pago de los precios de arrendamiento estipulados, vencidos e insolutos de la finca Urbana Nº. 145 de la Rothenbaumchaussee, de la ciudad de Hamburgo, en Alemania, de propiedad del General Luis Suárez Castillo, de quien los demandantes son herederos testamentarios, a razón de 450 marcos oro mensuales, al tipo comercial de cambio, precios que la Entidad arrendataria dejó de pagar total o parcialmente, con motivo de los daños causados a la finca por los bombardeos aéreos habidos en esa ciudad durante la última guerra mundial. Esta suma la fijo en no menos de 16.000 marcos oro».

La anterior súplica tiene como fundamento en el hecho el que a causa de los deterioros que sufrió el inmueble por los bombardeos aéreos la casa se hizo inhabitable, en varios lapsos, y en forma intermitente, de un lado, y de otro, en que durante los lapsos

en que sí fué habitada por el inquilino, el cánon de arrendamiento pactado fué disminuído o demeritado, a causa de los mismos deterioros del inmueble; y en relación a la prueba tocante a su valor estimativo en dinero, señala el actor las declaraciones hechas por el abogado apoderado del señor Luis Suárez Castillo en Alemania-Hamburgo, Hermann Timn, que hizo ante el notario Kukuck de allí en el instrumento público discriminado en el capitulo respectivo del presente fallo (ya se advirtió que obra ese capítulo de fols. 41 a 43 del presente fallo).

Se arguye como fundamento para dar por probadas las declaraciones del expresado señor Timn, los documentos emanados de las autoridades alemanas que intervinieron en diferentes épocas para examinar el inmueble, y dar cuenta de los deterioros sufridos como consecuencia de la guerra mundial, y poner de presente las reparaciones urgentes que había que hacer y apremiadas por las Entidades Municipales de Higiene.

Tambièn respalda dicha pretensión el oficio contentivo de las cuentas sobre gastos y desembolsos respectivos hechos por la Autoridad Protectora de la Juventud o sea que la Entidad Representativa del inquilino, oficio que es de fecha marzo 25 de 1.949 y que contiene las cuentas totalizadas de 62.126,46 RM. y 167,09 DM.

Adelante se examinan y analizan estos guarismos para saber si probatoriamente son aceptables como una realidad o nó.

El mismo Timn incluye o quiere incluir a la suma anterior de 62.126,46 RM la de 40.000 marcos más, como valor de gastos adicionales que fueron calculados, "según el dictamen presentado por expertos oficiales que tengo a la vista, una reparación inobjetable del inmueble, tal como lo exigen las autoridades, requeriría un desembolso adicional de DM. 40.000"; así expresa este cálculo el señor Timn en su declaración del instrumento público tantas veces dicho, pero es lo cierto que habiéndose revisado minuciosa y escrupulosamente documento por documento, todos los de origen oficial de las entidades de la ciudad de Hamburgo, no se encuentra en ninguno de ellos que se hubiera hecho tal cálculo para reparaciones adicionales, distintos a los relativos a la fijación de aquéllas sumas de 62.126,47 RM. y 167,09 DM. como sumas erogadas e invertidas en las reparaciones por la Autoridad Protectora de la Juventud.

Tampoco tiene respaldo alguno en los autos la suma que el señor Timn, asigna a título de depreciación en la moneda y que asciende a RM 4.746,58, y en relación al valor asignado como reducción en el cànon de arrendamiento por ciertos lapsos, y a nò pago en otros desde agosto de 1.943 hasta octubre de 1.949, tambièn hay que desecharlas como las anteriores o darlas por no probadas, porque la declaración del señor Timn al respecto carece en absoluto en los autos de todo respaldo de valor probatorio.

Son declaraciones unilaterales, se repite, hechas por el señor

Timn como abogado representante de los demandantes en la administración del inmueble y en el contrato de arrendamiento que asevera haber celebrado por escritura pública con la Entidad de la ciudad de Hamburgo tantas veces referida.

Los únicos documentos probatorios relativos a que debiera sucederse una reducción en el precio de arrendamiento, es el visible al fol. 10 del cua. Nº. 3, procedente de la Autoridad de la Economía y Tráfico de Hamburgo, dirigida al señor Timn y que data del 30 de septiembre de 1.949.

Allí se dice que la Inspección Municipal de Eimsbuttel "Estima que por el mal estado de la casa, la rebaja en el cánon de arrendamiento en un 20% es suficiente".

La revisión ha dado como resultado que se debe tener en cuenta una rebaja en el cánon de arrendamiento del 40 o/o.

Anteriormente se anotó, como el señor Timn en el balance que incluyó en sus declaraciones escriturarias, en relación con el fruto civil de que se trata, confesó los arrendamientos que se habían pagado, y que había recibido, por determinados lapsos al precio de 450 marcos mensuales. Pero aquèllos documentos no demuestran en definitiva que se hubiera causado la rebaja al 40%, ni por qué tiempo, ni sobre que base de precio de renta o cánon mensual de arrendamiento y menos que el estipulado fuera de 450 marcos oro mensuales.

Tampoco expresa el referido documento que la Autoridad de la Economía y Tráfico de Hamburgo si la rebaja iba a ser para el futuro o si iba a comprender tiempo pretérito.

Se encuentra una contradicción muy marcada entre lo que dice la demanda y lo que dicen los mismos documentos procedentes del señor Timn al folio 34 del cuaderno de pruebas 521, contentivo de la gestión ante el Ministerio de Hacienda y el Fondo de Estabilización, está la copia del documento original visible al folio 35 y siguiente, denominado "Cálculo por daños", emanada de Hermann Timn de fecha 15 de agosto de 1.949, en cuyo documento Timn estimó los daños en la suma de 80.164,13 marcos DM y Marcos RM, suma ésta que distribuye así:

«1).- Los gastos hechos por la ciudad de Hamburgo ..... RM 47.914,13

2) Pérdida del valor de los arrendamientos por el tiempo en que la casa estuvo desocupada 2.250,00

3) Valor de la reparaciòn definitiva por acometer 30.000,00

Total 80.164,13

En cambio, en las declaraciones que consignó en el instrumento público sucedido el 29 de octubre de 1.949, es decir, a los dos meses y medio, el mismo Timn hace otros cálculos enteramente distintos y de un valor muy subido, porque las reparaciones hechas

por el inquilino las fija como ya atrás se examinó en las sumas de RM 62.126,46 y DM 167,09, y afirma que el inquilino exige al dueño la devolución de las cantidades desembolsadas por él, pero ocurre que en toda la documentación que figura en el informativo, procedente de las autoridades de Hamburgo, no se encuentra cobro alguno, y la duda al respecto sube de punto, desde luego que en el documento referido de agosto 15 de 1.949, del señor Timn, se encuentra este concepto:

> «Las ruinas permanecieron en este estado hasta septiembre de 1.945 sin techo, hasta que el Landes-jugendant, obligada por escasez de habitaciones, reparó someramente el edificio principal, para habitarlo nuevamente, gastando, en primer lugar, para ello RM 47.914,13 los que se le exigen actualmente al dueño y por los que se le retiene el valor de los arrendamientos.»

Y en relación a la reparación definitiva dijo:

> «La reparación definitiva de la casa, costaría, según avalúo de Baubhorde (Oficinas de Construciones del Municipio) MD 30.000. Pero haciendo el cotejo con el balance posterior se encuentra que según las confesiones de Timn sólo se dejaron de pagar cinco (5) meses del año de 1.943, el año de 1.947, que el año de 1.945 fué cubierto íntegramente el cánon que se dice pactado, de 450 marcos, fuera de los pagos hechos en los años posteriores.

En el balance ulterior y apenas con una diferencia de dos meses y medio como se ha observado la cifra total de 80.000 marcos RM y DM sube a 121.440,93 marcos RM y DM.

Hay por lo tanto, se repite, una contradicción muy grande entre lo manifestado por el mismo Timn, primero por el criterio asumido para dar esas cifras y luego por el grande aumento o variación, no explicable en todo el transcurso o diferencia de tiempo de dos meses y medio en que se dieron los balances o cálculos de daños, en una y otra fecha.

El hecho de que el apoderado Timn en el balance de cuentas relativas a la percepción de rentas o cánones, dá a entender que estos fueron pagados pero con deducciones de un porcentaje por demérito del inmueble, lleva a la duda de que el inquilino haya cobrado las reparaciones, o las esté cobrando, porque lo más lógico habría sido que se hubiera negado el pago alegando la retención mientras se le reembolsaba el valor de la inversión o alegando una compensación.

Las anotaciones anteriores, con las dudas consiguientes que implican, hace que la Sala dé por sentado que las reparaciones provisionales como hechas a costo de los actores o con obligación de pagarlas al inquilino no aparecen demostradas, y porque si la ciudad

de Hamburgo las hizo, el valor del costo pretendido no está plenamente demostrado, porque el único costo de reparación provisional desembolsado por la Autoridad Protectora de la Juventud, Asociación de los Hogares Infantiles de la ciudad Hanseàtica de Hamburgo, son aquéllas sumas dichas de RM. 62.126,46 y DM 167,09, conforme a la traducción oficial visible a folio 8 del cuaderno 3, o sea la cuenta que al señor Timm le pasó la misma ciudad Hanseática de Hamburgo.

Estas son las sumas demostradas como valor del costo o inversión hecha por las Entidades Municipales de Hamburgo.

Y la duda respecto a que Landes Jugendant cobre y retenga arrendamientos o cánones también es palpable, porque mientras en el balance o cálculos de daños de Timm, de fecha 15 de agosto de 1.949, asevera aquéllo, en el balance o cálculo de los mismos que contiene el instrumento público de octubre 29 de 1.949, Timn expresa y confiesa, año por año y meses por meses lo pagado y recibido, queda la duda finalmente, si por la escasez de habitaciones ocasionadas por la guerra el Landes Jugendant, con criterio de necesidad social por los azares de la guerra hechó sobre sí el hacer reparaciones como las que se hicieron en el edificio de los actores, para solucionarse la ciudad provisionalmente en esa escasez, y esto a título enteramente gratuito o no reembolsable.

Este punto muy importante para la prosperidad de la acción en relación al punto o cuestión que se estudia debió haberse aclarado suficientemente. Es decir, si el Landesjugendant efectivamente cobra unas reparaciones provisionales hechas en el inmueble de Suárez Castillo. En todo caso, la retención y no pago, aunque disminuído, de renta o cánones de arrendamiento no aparece demostrado, porque según las confesiones del mandatario Timn aparecería todo al contrario, esto es, que ni se han retenido, ni cobrado aquéllas porque el fruto civil sí se ha estado pagando.

Y si hubo disminución en el cánon ha debido demostrarse de modo pleno e inequívoco.

ANALISIS JURIDICO DE LA PRUEBA DE LA INSPECCION OCULAR PRACTICADA POR EL CONSUL COLOMBIANO EN HAMBURGO.

La prueba de la inspección ocular practicada por el Cónsul Auxiliar del Consulado General de Colombia en Hamburgo el 12 de Marzo de 1.951, sobre el inmueble de que se trata, como se hizo anotar ya en el capítulo respectivo de este fallo, visible al final del folio 44 y folio 45 siguiente, el Cónsul no sólo no levantò acta de la diligencia de la inspecciòn que él personalmente y en asocio de los arquitectos que él designó como peritos sino que si la inspección ocular efectivamente la practicò, tal prueba no aparece y resulta completamente fallida a la luz de los Arts. 724

y 730 del C. J., porque no aparece ninguna narración o recuento de lo que el Cónsul Inspector hubiera examinado sobre el inmueble, examen de propio visú, que es de rigor verificar anotando la apreciación y reconocimiento que el Juez de la cosa litigiosa o el comisionado en su caso hace del estado de ella, existente en la actualidad, y el concepto que el Juez en la diligencia respectiva debe dejar, ya directamente, ya aprobando el dictamen pericial cuando la inspección se realiza con expertos. (Vèase sentencia de casación de quince de diciembre de mil novecientos veintiocho, No. 4307 de la codificación jurisprudencial de la Corte de Orozco Ochoa. Tomo V., pág. 212).

En la inspección ocular concurren dos pruebas, la del acta de la inspección que debe contener los hechos y circunstancias observados por el juez, y que si los contiene, constituye plena prueba; y en experticio en sí, que para que tenga fuerza probatoria debe intrínsecamente reunir los requisitos que la Ley exige. El experticio que se produjo y que tan ampliamente se ha analizado en capítulos anteriores, aislado, desvinculado de la prueba inexistente de la inspección ocular carece de juego, no puede apreciarse debida y legalmente por la omisión que se anota y en que se incurrió tan gravemente.

De todo lo anterior se colige que aparece demostrado que se ocasionó un perjuicio de daño patrimonial, consistente en daño emergente y tambièn en lucro cesante, parcialmente este último, pero falta la prueba de la extensión de ambos perjuicios y de consiguiente la fijación neta, real, precisa y conduncente del valor en dinero de uno y otro perjuicio.

La prueba de la inspección ocular resulta por lo tanto fallida y como estaba enderezada a constituír el piso, el fundamento del experticio mismo, sucede que no comprueba junto con èste, por omisión, el valor, concretamente de los daños patrimoniales sufridos por la parte actora (vèanse sentencias de 7 de Feb. de 1.947 y 31 de Octubre de 1.947, G. J. LXI, 726, pág. y G. J. LXIII, pág. 512, respectivamente).

Corresponde por lo tanto hacerse una condenación en abstracto en relación tanto al perjuicio de daño emergente como al de lucro cesante y ordenar que por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Fondo de Estabilización o la Entidad que la subrogue o la haya subrogado y previa la anulación que corresponde decretarse en el presente fallo de las Resoluciones acusadas, emanadas de aquella primera entidad, dentro del incidente que se ha de tramitar señalado por el Art. 553 del C. J., se haga la liquidación con miras a fijar el quantum o monto definitivo del valor de ambos perjuicios y de conformidad a las directrices que de modo especial se fijan en el capítulo siguiente:

DIRECTRICES BASICAS PARA LIQUIDAR EL QUANTUM DEL DAÑO EMERGENTE.

1º Se practicará una inspección ocular con intervención de peritos nombrados por las partes en la forma legal, en la ciudad de Hamburgo - Alemania, sobre el inmueble de que trata la demanda, por mediación y con encargo que se hará al CONSUL General de Colombia en esa ciudad o al funcionario o entidad que en su defecto se designe con el fin de que se establezca lo siguiente:

a) Qué edificios dentro del terreno del inmueble existen actualmente.

Si el edificio o mansiòn comprada por el señor Luis Suárez Castillo en el año de 1.922 existe en todo o en parte. Caso de existir en todo o parte, detallar los daños que hubiera sufrido por razón de los bombardeos aéreos ocurridos en el año de 1.943, durante la guerra mundial, indicando la extensión de tales daños.

b) Si ese antiguo edificio o mansión fue destruído en todo o en parte para sustituírlo por otro construído por las autoridades alemanas de la ciudad de Hamburgo; en qué fecha se hizo esa construcción y detallarla. Si fue destruída en todo o en parte por los mismos bombardeos y detallar la extensión del daño.

c) Determinar por los peritos el valor comercial de lo que exista de la antigua mansión comprada por Luis Suárez Castillo, y determinar el valor comercial de las otras edificaciones existentes, construídas por las autoridades alemanas u otras entidades alemanas; valorar el precio comercial de arrendamiento de una y otras edificaciones, teniendo en cuenta el deterioro sufrido.

d) Determinar en lo posible el valor comercial que en el año de 1.943, año de los bombardeos aéreos, tuviera el edificio o mansión del señor Luis Suárez Castillo.

e) Determinar en lo posible o conceptuar los peritos si el edificio o mansión del señor Luis Suárez Castillo, habida consideración del tiempo corrido entre 1.922 y mediados del año de 1.943, sufrió demérito o desvalorización comercial por razón del deterioro natural y de otros factores de orden comercial y valorar, en caso positivo ese demèrito.

f) Determinar el valor comercial actual de los dos mil doscientos cuarenta y un metros cuadrados, nueve decímetros de metro cuadrado (mtrs. 2.241,92) del lote de terreno comprado por Luis Suárez Castillo y en el que se asientan las edificaciones de que se trata, para restar ese valor del precio de $ 180.000 pesos colombianos fijado por el demandante doctor Juan Francisco Mújica, como precio venal de todo el inmueble, en la demanda que promovió ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Fondo de Estabilización, si fuere el caso, y restar tambièn si fuere el caso de esa misma cantidad los demás valores que se proveen en los numerales anteriores.

DIRECTRICES BASICAS PARA LIQUIDAR EL QUANTUM DEL DAÑO PATRIMONIAL DE LUCRO CESANTE.

Ante todo hay que advertir que el màximo de pretensión manifestado por el actor como patrón mensual de cánon de arrendamiento ò renta de la edificación de que se trata, es la suma de 550 marcos o 450 marcos efectivos mensuales al tipo de cambio de la moneda colombiana, lo cual quiere decir que no se puede sobrepasar esta cantidad (como el Dr. Montalvo habla de marco alemán oro, esta moneda no existe según la respuesta que al Consejero Ponente dió el Banco de la Repùblica por medio de su oficio 11958 de 25 de Junio del presente año, visible a fols. 72 a 74 del cua. 1, ni se ha demostrado que exista, ni cuál sea el tipo de cambio en moneda colombiana observa el Consejo. Se trata por lo tanto del marco alemán corriente.

a) Los peritos fijarán el valor mensual del arrendamiento del edificio o edificios actualmente existentes, con fundamento en el contrato de arrendamiento, o lo que convencionalmente haya estado pagando y pague la Asociación de Hospicios Urbanos de la ciudad Hanseática de Hamburgo desde el 15 de Mayo de 1.940 en adelante hasta el 30 de abril de 1.950.

b) Que se descuenten las sumas que en el juicio aparecen recibidas por el apoderado de la sucesiòn del señor Luis Suárez Castillo en Hamburgo - Alemania, Hermann Timn, según sus propias confesiones como las demás que haya recibido imputables a arrendamiento del lapso de 15 de Mayo de 1.940 hasta el 30 de abril de 1.950.

c) Que se acredite mediante solicitud directa de parte del Consejo de Estado y por cuenta del actor, para que la Asociación de Hospicios Urbanos de la ciudad Hanseática de Hamburgo informe què sumas en total por concepto de arrendamientos ha pagado al apoderado expresado Timn o a otros representantes de la sucesión de Luis Suárez Castillo, o a estos directamente, de los edificios de que se trata, con indicación, desde qué fecha y por cuánto tiempo, todo lo cual se tendrá en cuenta para deducirlo y fijar el monto líquido del valor del lucro cesante.

Los peritos deben ser posesionados bajo juramento por el Cónsul a quien se comisione para la práctica de inspección ocular y tal funcionario por sí dejara constancias personales de sus apreciaciones directas para que tal diligencia subsane los defectos de la anterior.

Con fundamento en todo lo anteriormente dilucidado, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo y oído el concepto de su colaborador el Fiscal 1º Dr. Justo Franco, y

administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA:

Primero. Declárase la nulidad de las resoluciones acusadas números 1993 o 1943 de agosto 24 de 1.949 y 2708 de noviembre 25 de 1.949, ambas expedidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Segundo. Consecuencialmente, el Fondo de Estabilización del Banco de la República o la entidad que la subrogue o la haya subrogado estàn obligados a indemnizar los perjuicios a la sucesión testada de Luis Suárez Castillo, representada por sus herederos testamentarios María Ignacia Pinzón v. de Suárez, Cecilia Suárez v. de Torres, Clara Suárez de Portocarrero, Manina y Leonor Suárez Pinzón, Gonzalo, Luis y Cayetano Suárez Pinzón, por razòn de los daños materiales sufridos por el inmueble de propiedad del causante dicho, situado en la ciudad de Hamburgo Alemania en la Rothenbaumchaussee 145, con motivo de los deterioros ocasionados por los bombardeos aéreos en el año de 1.943 en la guerra mundial desatada por el Reich alemàn, en la casa, edificación o mansión que existió dentro de él.

Tercero. Consecuencialmente, condènase al pago en dinero efectivo a favor de la sucesión expresada en el numeral anterior al Fondo de Estabilización del Banco de la República o la entidad que la subrogue o la haya subrogado, condenación que se hace en abstracto.

Cuarto. El pago que se ordena en el numeral anterior se hará una vez ejecutoriada la providencia que ponga fin a la actuación del Art. 553 del C. J. y dentro del término señalado por el Art. 121 del C. de lo C. A.

Quinto. Para fijar el quantum o monto total del valor en dinero efectivo de los perjuicios patrimoniales de daño emergente, se hará la liquidación correspondiente conforme al trámite que se seguirá de acuerdo con el Art. 553 del C. J. sobre las directrices básicas indicadas en la parte motiva de esta sentencia, sin pasar de los 180.000 pesos colombianos señalados en la demanda promovida por el Dr. Juan Francisco Mújica ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Fondo de Estabilización del Banco de la República.

Sexto. Para fijar el quantum o monto total del valor en dinero efectivo colombiano del perjuicio patrimonial de lucro cesante, se hará la liquidación respectiva conforme al trámite que se seguirá de acuerdo con el Art. 553 del C. J., sobre las directrices básicas prefijadas en la parte motiva de esta sentencia, sin que se exceda del patrón mensual de cánon o renta de arrendamiento de 550 marcos alemanes ó 450 marcos mensuales efectivos, fijado por el

demandante, como precio convencional de arrendamiento, a partir del 1º de mayo de 1.943 hasta el 30 de abril de 1.950, y con las deducciones de las sumas recibidas por Hermann Timn que se ordenan hacer conforme a lo expuesto en las mismas directrices o bases que se dan en la exposición motiva que antecede.

Séptimo. En la liquidación del perjuicio patrimonial de daño emergente se harán también las deducciones que sean del caso, conforme a lo previsto en el capítulo de directrices básicas para liquidar esta clase de perjuicio netamente.

Octavo. Niéganse las demás súplicas o peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, revalídese el papel comùn empleado en la actuación, dése cuenta al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y devuélvase el expediente No. 521 perteneciente al Departamento Jurídico de ese Ministerio, archívese el expediente y cùmplase.

Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño, Ildefonso Méndez, Manuel Buenahora, Baudilio Galán Rodríguez, Eduardo Piñeros y Piñeros, Daniel Anzola Escobar.- Guillermo Novoa R., Secretario.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

SANCION -MULTA- IMPUESTA POR TRANSGRESION DE LAS DISPOSICIONES SOBRE CAMPAÑA ANTIAFTOSA

(Consejero Ponente: Dr. Antonio José Prieto)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, agosto veintidos de mil novecientos cincuenta y cinco.

Ref.: Expediente 4226. -Nulidad de la resolución número 9 de 1o. de agosto de 1.952, expedida por el señor Director Tècnico de la Campaña Antiaftosa.

El doctor Luis Carlos Vásquez R. como apoderado especial del señor Josè Marìa Iregui M. en demanda presentada en la Secretaría de esta Corporación con fecha 20 de enero de 1.953, solicita lo siguiente:

«*Primero.* Que se declaren nulas por ser violatorias de las leyes vigentes y lesivas de los derechos civiles de propiedad y libertad de industria de mi poderdante, las resoluciones números 9 de 1.952 (1º. de agosto), por medio de la cual el señor Director Tècnico de la Campaña Anti-Aftosa resolvió, entre otras sanciones, multar con la suma de cinco mil pesos ($5.000) al señor José María Iregui M., y la resolución sin número de fecha 12 de noviembre de 1.952, por medio de la cual el señor Ministro de Agricultura no accedió a revocar en grado de apelación la primera de esas resoluciones y solamente redujo a cuatro mil pesos ($4.000) la multa impuesta a Iregui por el art. 3º. de la primera resolución citada.

«*Segundo.* Que como consecuencia de la nulidad que se decrete de esos actos de administración pública, o de la reforma, modificación o sustentación que de los mismos se haga dentro del presente juicio, por sentencia, se ordene restituir a mi poderdante Iregui, representado por el suscrito, la suma de cuatro mil pesos ($4.000.00) que éste depositó en el Banco de la República para cumplir la resolución del Ministerio últimamente citada, o, en subsidio,

la parte de esa cantidad cuya rebaja se ordene en vuestro fallo definitivo.»

A la demanda se le dió el trámite legal correspondiente, y no observándose causal de nulidad alguna que invalide lo actuado se procede a fallar, previos los siguientes fundamentos:

Los hechos de la demanda los sustenta así el libelo:

«1o. El señor José María Iregui M., fue dueño o poseedor inscrito, hasta el 8 de abril de 1.952 inclusive, de un terreno denominado "Golconda" situado en la fracción de Purnio, Municipio de La Dorada, Departamento de Caldas.

2o. Por escritura pública número 137 de 7 de abril del mismo año, otorgada en la Notaría de la Dorada, debidamente registrada en la misma fecha en el libro primero de ese Circuito, Iregui transfirió a Rubén Ruiz el dominio y la posesión que tenía sobre aquella finca rural.

3o. Desde la fecha de este contrato Ruiz asumió directa y personalmente la administración de la referida finca "Golconda", como su dueño.

4o. Iregui (Josè María) ejerce la industria de ganadería y negocia en semovientes entre varias plazas del país;

5o. En el ejercicio de esa actividad lícita Iregui movilizó, en el mes de junio de 1.952, un lote de novillos en número menor de treinta, desde la estación del Ferrocarril de La Mesa, Cundinamarca, hasta la estación de Purnio en el Ferrocarril de La Dorada, en el Departamento de Caldas.

6o. El señor José María Iregui M., al entregar esos ganados a la Empresa Transportadora del Ferrocarril en la estación de La Mesa, cumplió a cabalidad los requisitos sanitarios del caso, como se deduce del sólo hecho de haberse verificado el embarque y la conducción de los animales sin tropiezo legal ninguno. De lo contrario la Empresa Transportadora no hubiera verificado el traslado de esos semovientes, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo del art. 34 del decreto 1254 de 1.949;

7º. Además, en la fecha de la movilizaciòn del ganado no existía para la región de la Mesa, lugar de procedencia del mismo, ninguna declaración oficial de epizootia, en los términos de los artículos 27 y ss. del referido decreto 1254, pues de lo contrario el respectivo inspector sanitario no hubiera autorizado la movilización ni el Jefe de Estación hubiera recibido ni embarcado los semovientes.

8o. En la resolución de 12 de noviembre del presente año, el Ministerio dice a *posteriori* que por resolución ministerial número 396 de 4 de mayo de 1.951, se deter-

minó como Zona de vacunación obligatoria por infección de fiebre aftosa, la formada por un círculo de 40 kilómetros, con centro en la ciudad de *Facatativá* (se subraya) y afirma que dentro de tal círculo imaginario se encuentra comprendido el municipio de la Mesa, de lo que deduce: " Por virtud de esa declaración oficial la movilización de ganados de esa zona para cualquiera otra, quedó sometida tanto a la modalidad sanitaria de la vacunación como al requisito de la autorizaciòn expresa de los veterinarios del servicio de la Campaña Anti-Aftosa para poderse efectuar, según se desprende de las disposiciones del art. 34 del decreto número 1254 de 1.949 y art. 1º. del decreto ley número 1795 de 1.950";

9º. Si tal declaración oficial existía y comprendía el municipio de la Mesa, es cuestión no solamente ignorada por el señor Iregui sino por el veterinario de la Mesa que autorizò la movilización del ganado. En todo caso, del hecho mismo de esa autorización se induce rectamente la presunción de que el ganado estaba vacunado y en condiciones sanitarias satisfactorias;

10º. La Empresa o Empresas del Ferrocarril verificaron la conducción del ganado desde la Mesa hasta la Dorada. Al desembarcar el ganado en la estación de "Purnio" del ferrocarril de "La Dorada", según informe de la administración General de ese Ferrocarril dirigida al Ministerio de Agricultura, el ganado fué desembarcado antes de que el Veterinario del lugar diera las instrucciones del caso; pero, otra cosa se demuestra con las declaraciones de Rubén Ruiz, Norberto Pérez y Luis Navarro, recibidas ante el señor Juez del Circuitò de la Dorada. Parece que el fondo de verdad en este incidente consistió en que mientras el señor Iregui fue al centro de la población de la Dorada en busca del Veterinario, los peones bajaron el ganado para darle de beber;

11º. En todo caso, en La Dorada se cumplió el término de cuarentena ordenado luego por el Veterinario y, según los datos, el referido lote de novillos de levante creció y engordó enteramente sano en los buenos pastos de la finca "Golconda", ya de propiedad de Rubèn Ruiz;

12º. En el numeral 6 de la resolución nùmero 9 de 1.952, dictada por el señor Director Técnico de la Campaña Anti-Aftosa y que será materia del presente juicio, se hace también la grave imputación de que los ganados infectados del señor José María Iregui han contaminado de aftosa las ganaderías vecinas. Debo afirmar, por exacto, que en el expediente original que sirvió de base a dicha resolución y que examiné personalmente en el Minis-

terio de Agricultura, no hallé documento ni demostración alguna de ese aserto;

13o. Contra la precitada resolución número 9 de fecha (12) doce de noviembre de 1.952, se agotaron los recursos legales pertinentes en vía administrativa y contra la resolución Ministerial de fecha 12 de noviembre de 1.952 no procede recurso por vía gubernativa, según la declaración final de este acto administrativo.

14o. La resolución Ministerial que acuso de fecha 12 de noviembre de 1.952 fue notificada legalmente el 26 de noviembre del mismo año, por lo cual se está dentro del término hábil de 4 meses previsto en el art. 83 de la ley 167 de 1.941 para iniciar la presente acción;

15o. El multado señor José María Iregui consignó en el Banco de la República, cuenta de la Tesorería General, a la orden del Ministerio de Agricultura, la cantidad de cuatro mil pesos ($ 4.000.oo) m/cte. por concepto de la multa impuesta conforme a las resoluciones a que se refiere esa demanda;

16o. Al Ministerio de Agricultura y Ganadería solicitamos con mi representado Iregui una copia íntegra o completa del informativo correspondiente, en papel común y otra copia en papel sellado de las resoluciones a que se refiere este libelo, con sus modificaciones y constancias de cumplimiento por parte del sancionado señor Iregui. Unicamente se nos expidió copia de las Resoluciones y de su notificación y copia simple de algunas piezas del expediente, allegadas por nosotros;

17o. De diferentes fuentes he obtenido la información de que no ha sido costumbre siquiera en el Despacho gubernamental citado, la de imponer por la primera vez sanciones de la gravedad y cuantía máxima con que se sancionó a mi mandante Iregui»

Los fundamentos de derecho los analiza en libelo el apoderado de la parte actora como sigue:

«El artículo 39 de la carta consagra a favor del ciudadano colombiano la libre facultad de escoger profesión u oficio; y si bien es cierto que las autoridades pueden inspeccionar y vigilar el ejercicio de las profesiones y oficios en lo relativo a la "Salubridad Pública" y sancionar a los infractores, es obvio que ello debe cumplirse con acatamiento estricto al principio fundamental de la misma carta que enseña: "nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute. . . .»

Para el caso que se plantea en esta demanda, el grupo impersonal de ganaderos de colombia está sometido y se ampara bajo

una institución especial y abstracta de derecho público que debe observarse tanto por las autoridades administrativas como por todos y cada uno de los colombianos que se dedican licitamente a esa industria. Tal régimen de derecho especial sólo puede darlo el legislador o quien jurídicamente haga sus veces. Nunca puede crearlo el agente de la Administración para un caso concreto y determinado.

A este propósito se encuentra que el legislador colombiano fijó los principios y sanciones en materia de sanidad agro-pecuaria, por medio de las leyes 74 de 1.926 y 203 de 1.938; y los ha venido desarrollando y reglamentando por medio de decretos legislativos como son los siguientes: número 1254 de 1.949, número 1795 de 1.950 y número 0133 de 1951.

Pues bien: los artículos 29, 30 y 31 del decreto 1254 de 1.949 reglamentan minuciosamente lo concerniente a la visita previa de inspección medico-veterinaria, al diagnostico científico y preciso y demás diligencias que deben preceder a toda declaración oficial de epizootia que trae consigo la aplicación de las correspondientes medidas sanitarias de carácter general y especial.

La H. Sala dirá, con examen al expediente original, si es cierto y está demostrado que la región o Zona del Municipio de la Mesa estaba afectada con esa medida de Sanidad preventiva que impusiera a los ganaderos la observancia de medidas o precauciones especiales para ejercer su oficio. Dirá también si está probabo que en la región de la Dorada se reconoció, diagnosticó y declaró oficialmente la presencia de alguna de las epizootias enumeradas en este decreto, en la finca "Golconda", a raíz de que a ella entraron los semovientes trasladados por Iregui, de la Mesa.

De otra parte, la H. Sala decidirá en derecho en su fallo, si es ilegal y contrario a todo principio de derecho en materia punitiva, sancionar la primera infracción aplicando al presunto responsable el máximun de la pena, cuando el respectivo estatuto legal la ordena escalonada o sucesiva, o sea, empezando por la pena más leve hasta llegar a la más elevada, en caso de reincidencia, como así ocurrió en las resoluciones que acuso. Al efecto, repito aquí lo que expuse ante el Ministerio, al anotar que las leyes 74 de 1.926 y 203 de 1.938 fijaban la cuantía de las multas sucesivas de $10.00 a $500.00, sin pasar de esta última cantidad; y que los decretos 1795 de 1.950 y 0133 de 1.951 elevaron el máximun de las multas hasta cinco mil pesos ($ 5.000), pero conservando intacto el principio legal de que su imposición sería sucesiva o escalonada, principio este de simple equidad que se violó clara e inconsideradamente en las resoluciones sub-lite.

RELACION DE PRUEBAS

Junto con la demanda el apoderado acompañó los siguientes documentos:

Copias debidamente autenticadas de las resoluciones acusadas; certificado sobre propiedad de la finca denominada la "Golconda", del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de la Dorada; copia simple de las declaraciones rendidas ante el Juez del Circuito de La Dorada, de los señores Rubén Ruiz, Norberto Pérez y Luis Navarro.

Al folio 44 obra el certificado expedido por el Alcalde Civil y Militar de la Dorada en el cual se hace constar que por resolución número 2 de 1o. de septiembre de 1.952, el señor Médico Veterinario de dicha ciudad obrando a nombre del Ministerio de Agricultura como encargado de la Campaña Anti-Aftosa, sancionó al señor José María Iregui con una multa por la suma de un mil pesos ($ 1.000), por violación de las medidas de sanidad relacionadas con la campaña, resolución que fué confirmada por el Ministerio de Agricultura, y pagó el interesado el día 9 de marzo de 1.953.

Al folio 58 certifica el Director Técnico de la Campaña Anti-Aftosa del Ministerio de Agricultura que el señor José María Iregui cuando fué sancionado por la resolución número 9 de 1o. de agosto de 1.955, no era reincidente, pues con anterioridad a dicha fecha no se le había sancionado.

Aparece asimismo una certificación del Secretario General del Ministerio de Agricultura, sobre relación de las personas multadas por violación sobre las medidas tomadas por el Gobierno en la Campaña Anti-Aftosa, multas cuya cuantía tan sólo ascendió para la Compañía de Transportes Aéreos "Sam" a la suma de dos mil pesos, fluctuando las demás entre sesenta y mil pesos. (folio 67 v.).

A los folios 75 a 78 se encuentran las declaraciones ratificadas de los señores Luis Navarro, Efraín González y Norberto Pérez, en las cuales consta que el veterinario del municipio de la Dorada, examinó el ganado al desembarcarlo en el Ferrocarril de la Dorada estación de Purnio, encontrándolo en buenas condiciones de sanidad autorizando llevar los semovientes a la hacienda de la "Golconda" donde permaneció algunos meses en perfecto estado de salud.

El señor Fiscal Primero del Consejo concluye en una vista de fondo que estando comprobado por parte de la Dirección de la Campaña Anti-Aftosa la violación de normas sobre Sanidad Agropecuaria, violación imputable al señor José María Iregui, y no siendo del caso rebajar más la sanción que le fué impuesta, por la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000), ya que no aparece como norma obligatoria que el funcionario que imponga las multas deba imponer por la primera vez el mínimo de la multa, conceptúa que deben negarse las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Del estudio del caudal probatorio que arroja el expediente y de la confrontación de las normas sobre Sanidad Agro-pecuaria y lucha contra la Fiebre Aftosa, no hay duda alguna que el señor Jo-

sè María Iregui violó algunas de dichas normas, con el sólo hecho de transportar ganados de su propiedad de la región de la Mesa, a la Hacienda de la "GOLCONDA" de que era asimismo propietario, situada en el Municipio de la Dorada, sin previa autorización de los funcionarios de la Jefatura Nacional de lucha contra la Fiebre Aftosa.

Sobre éste particular no puede haber controversia de ninguna índole, porque es un hecho aceptado por el propio demandante y corroborado ampliamente con numerosas pruebas dentro del expediente.

Lo que puede ser materia de revisión y estudio por parte de la Sala, es si ese traslado de semovientes verificado por el señor Josè M. Iregui en las condiciones como él lo justifica y se llevó a efecto, conforme a las pruebas mismas que al negocio fueron traidas, era de tal gravedad que obligaba al Ministerio a imponer la multa de cuatro mil pesos ($ 4.000.00), o si por el contrario, hay circunstancias que atenùan la violación para imponer una pena o multa menor con la que fue sancionado el señor Iregui.

De los antecedentes que respaldan las resoluciones acusadas recogidas por el informativo levantado al efecto, como de las otras pruebas allegadas dentro del término del juicio, y de modo especial la que hace relación oficial de las multas impuestas en el año de 1.952 a diferentes personas ganaderas, que dan cuenta de que sòlo a la Empresa Sam o sociedad se le impuso multa de dos mil pesos ($ 2.000.00), siendo esta la más alta que antes se había impuesto y el único máximo que se registra, se desprende que las autoridades que sancionaron al señor Iregui no tuvieron en cuenta las circunstancias atenuantes a favor del multado, y como de aquellos antecedentes no fluyen circunstancias agravantes graves y en concurrencia en cúmulo total que justifiquen la imposición de la pena de cuatro mil pesos ($ 4.000.00), o sea en grado muy alto, porque es indiscutible que esta sanción fué la primera que se le impuso, o sea, que no era reincidente, que el ganado que movilizó era de pocas reses; estos aspectos son suficientes para que la Sala se incline a atemperar, la multa impuesta por el Ministerio a los preceptos que consigna el código penal sustantivo vigente en sus artículos 36, 37, 38 y 39, sobre aplicación de la sanción, en lo que respecta a deducir la graduación de la pena, teniendo en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en la comisión de un delito o de una transgresión de la ley penal, de acuerdo con el art. 7º. de la ley 0133 de 1.951.

Lo antedicho es suficiente para que la Sala estime que ha de rebajarse la sanciòn impuesta por el Ministerio de Agricultura y Ganadería a la suma de mil pesos ($ 1.000.00).

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, oìdo el concepto del señor Fiscal, y administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1o. Refórmase la resolución de fecha 12 de noviembre de 1.952 expedida por el señor Ministro de Agricultura y Ganadería que confirmó la resolución número 9 de 1o. de agosto del mismo año, expedida por el Director Técnico de la Campaña Anti-Aftosa y señaló la cuantía de la multa en la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00), en el sentido de rebajar la multa allí impuesta al señor Iregui, a la suma de un mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente.

2o. Como consecuencia de lo anterior, ordénase devolver al señor José María Iregui, o a quien legalmente lo represente y de modo suficiente, la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00), excedente del depósito constituído en el Banco de la República por el dicho interesado con el objeto de dar cumplimiento a la resolución proferida por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, que por medio de este fallo se reforma.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el informativo de que se ha hecho mérito procedente del Ministerio de Agricultura y archívese el presente negocio.

José Enrique Arboleda V., Antonio José Prieto, Manuel Buenahora, Ildefonso Méndez, Rafael Rueda Briceño, Daniel Anzola Escobar, Rafael Marriaga.-Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

ESCALAFON DE PROFESORES DE SEGUNDA ENSEÑANZA Y RETIRO DEL CARGO DE DIRECTOR DE GRUPO.

(Consejero Ponente: Dr. Rafael Rueda Briceño)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo.—Bogotá, siete de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco.

Referencia: Expediente No. 1167.
Actor: David Aponte G.
Naturaleza: Resoluciones Ministeriales. (Nulidad de la Resol. No. 174 de 1.950, del Ministerio de Educación Nacional).

El Dr. Delfín Giraldo Urueña, como personero del Sr. David Aponte G., según poder legalmente conferido, demandó ante este Consejo lo siguiente:

«*Primero.* Que es nula la Resolución Nº. 174, de fecha 9 de febrero de 1.950, del Gobierno Nacional (Ministerio de Educación Nacional), en el punto en que se nombra al Sr. Luciano Mora O., en reemplazo de mi poderdante señor David Aponte G., como Profesor, Director de Grupo del Liceo Nacional de Varones de Zipaquirá; por cuanto el señor Mora O., nombrado, no estaba inscrito en la fecha de su nombramiento en el Escalafón de Profesores de Segunda Enseñanza, en ninguna de sus categorías, en tanto que mi citado poderdante señor Aponte sí lo estaba, en la 4ª. categoría, según lo compruebo con el certificado respectivo, que acompaño, expedido por la Junta Central de Escalafón de Enseñanza Secundaria.

Segundo. Que es igualmente nula la mencionada Resolución Nº. 174 de 1.950, en el punto en que, consecuencialmente, destituye al señor David Aponte G., Profesor, Director de Grupo del Liceo Nacional de Varones de Zipaquirá, para reemplazarlo por persona que no forma parte del Escalafón de Profesores de Segunda Enseñanza, por cuanto correspondía mantenerlo en el citado puesto mientras no hubiera causa legal para separarlo, o

no se produjera un ascenso o promoción a otro cargo de igual categoría dentro del respectivo ramo.

Tercero. Que es igualmente nula tal Resolución No. 174, de fecha 9 de febrero de 1.950, del Gobierno Nacional (Ministerio de Educación Nacional), por cuanto no proveyó al nombramiento de mi poderdante señor David Aponte G., en un cargo de igual o mayor categoría, motivo por el cual debe ser restituído al puesto de Profesor, Director de Grupo, del Liceo Nacional de Varones de Zipaquirá; organismo educacional dependiente del Ministerio de Educación Nacional.

Cuarto. Que el Sr. David Aponte G., mi poderdante, tiene innegable y claro derecho a que se le reconozca y paguen los sueldos dejados de devengar (incluídas las partidas de alimentación y alojamiento; las primas de navidad, etc.), desde el día en que se produjo la separación del referido puesto (el 9 de febrero de 1.950),de Profesor, Director de Grupo del Liceo Nacional de Varones, de Zipaquirá, hasta el día en que se le restituya de acuerdo con los términos de la sentencia que profiera el H. Consejo.

Quinto. Que no puede considerarse interrumpido el tiempo de servicios, para efectos de pensiones de jubilación, vacaciones remuneradas, primas de navidad u otras de carácter estable; y demás prestaciones reconocidas por las Leyes y Decretos que rijan la materia».

Desde ahora y en orden a desarrollar cuidadosamente el análisis del proceso, conviene hacer de presente que lo acusado es solamente un acto administrativo: la Resolusión No. 174 de 9 de febrero de 1.950 (Ministerio de Educación Nacional) y que los empleos sobre que recae la acción, son dos: Profesor de Algebra y Director de Grupo del Liceo de Varones de Zipaquirá.

El juicio recibió la tramitación normal hasta hallarse en estado de ser proferido el fallo que decida la acción, a lo cual se procede bajo las siguientes consideraciones, sin hallar causal alguna de nulidad que lo impida.

El Sr. Fiscal 2º. de la Corporación expresa su parecer en concordancia con las súplicas de la demanda, pero de él disiente la Sala conforme a lo que se anota a continuación.

A fl. 4 vto. aparece copia del acta de posesión del actor Sr. Aponte G. del cargo de "Director de Internos" del Liceo Nacional de Varones de Zipaquirá, según designación hecha por Decreto No. 455 de 10 de febrero de 1.947, documento que no fué traído al expediente, y al fl. 6 la certificación siguiente:

«JUNTA CENTRAL DE ESCALAFON DE ENSEÑANZA SECUNDARIA.

El suscrito Secretario de la Junta Central, en atención a lo solicitado anteriormente, C E R T I F I C A: 1º. Que el día 9 de febrero del presente año el señor GERSAN DAVID APONTE, se hallaba inscrito en el Escalafón, en la Cuarta Categoría, según Resolución Nº. 816 de 15 de julio de 1.948. 2º. Que contra el escalafonamiento del señor Aponte no se ha presentado, hasta la fecha, ninguna queja o demanda tendiente a obtener su exclusión del escalafón. 3º. Que el día 9 de febrero de 1.950 no figuraba inscrito en el Escalafón Secundario, en ninguna de sus categorías, el señor LUCIANO MORA.

Dado en Bogotá, a los veinticuatro días del mes de mayo de mil novecientos cincuenta. (Firmado) Jorge Mac Douall».

También obran a fls. 1º. y 2º. copia de la Resolucion demandada y un certificado del Director del Departamento de Personal del Ministerio del Ramo.

Con las anteriores piezas se comprueba que el Sr. Aponte fué reemplazado en el cargo de "Director de Grupo" que desempeñaba en el Liceo Nacional de Zipaquirá, por el Sr. Luciano Mora O., quien, como reza el certificado copiado, no figura inscrito en el Escalafón de Secundaria.

Debe ahora examinarse si un Director de Grugo está o nó amparado por el Escalafón de Enseñanza Secundaria. Para esto es suficiente transcribir lo que al respecto dejó aclarado la Sala en la sentencia de veintitrés de septiembre próximo pasado en el juicio adelantado por el Sr. José Enrique Castillo P., de este tenor:

«Dice el artículo 1º. de la Ley 43 de 17 de diciembre de 1.945: "Con el fin de organizar y fomentar la carrera del profesorado, créase el Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria, para los profesores de bachillerato y de escuelas normales, industriales y de comercio, que deseen inscribirse en él" y el artículo 1º. del Decreto 30 de 12 de enero de 1.945 define como profesorado de enseñanza secundaria *el ejercicio activo de cátedras* en Colegios de Bachillerato, escuelas normales, industriales o de comercio. Es decir, los que están amparados por el mencionado escalafón son los profesores, o sea, quienes se dedican al ejercicio activo de cátedras. Y el artículo 9º. de la misma Ley 43 de 1.945 dice que "*ningún profesor escalafonado* en el desempeño de funciones docentes oficiales, podrá ser destituído de su cargo sin antes haber

sido excluído del escalafón....." lo que corrobora la tesis anterior.

Lo que determina, pues, la relativa inamovilidad de los profesores escalafonados es su inscripción como profesores y no su nombramiento en cargos administrativos o de disciplina. Por eso el Decreto 30 de 1.948 en su artículo 2º clasifica el profesorado de enseñanza secundaria en grupos y especialidades científicas y técnicas y el 4º. lo distribuye en cuatro categorías.

Ahora bien: Cuál era la posición del señor Castillo en el Escalafón de Enseñanza Secundaria?. Al folio 2 de los autos aparece la copia de la Resolución número 1680 de 1.949, cuyo artículo único reza: "Confírmase la Resolución número 31 de 30 de agosto de 1.949, expedida por la Junta Seccional del Atlántico y, en consecuencia, inscribe definitivamente en la SEGUNDA categoría del Escalafón de Enseñanza Secundaria, al señor José H. Castillo, a quien se incluye en el grupo A, especialidad, de LENGUAS". Por tanto, el actor se halla amparado como profesor de Lenguas; pero no como Director de Grupo que no es ni especialidad científica o técnica, ni pertenece a ninguna categoría del Escalafón de Enseñanza Secundaria. Y como vimos que la Resolución por la cual el actor fué privado del cargo de Profesor de Idiomas, no fué acusada la demanda resulta sustantivamente inepta.

El Director de Grupo, como tal, no está amparado por el Escalafón de Enseñanza Secundaria. Lo está en cuanto a las cátedras que dicte en tal calidad dentro de su especialidad y categoría del Escalafón, de donde se deduce que para que pueda prosperar una demanda de tal clase es preciso demandar el acto por el cual, arbitrariamente, se privó al profesor del ejercicio activo de las mismas.

Ahora bien: El Decreto acusado privó al señor Castillo del ejercicio del profesorado al no designarlo como Director de Grupo?. Indudablemente sí, pues es obligación del Director de Grupo dictar de 16 a 20 horas semanales de clase, conforme a la Resolución 331 de 1.952. Sobre este particular no hay más prueba precisa en los autos que el certificado del Rector y Secretario del Liceo Celedón de Santa Marta, según el cual el señor Castillo dictaba 20 horas de clase, dentro de su especialidad, como Director de Grupo y 8 horas como profesor externo de idiomas, certificado traído al juicio después de ejecutoriado el auto de citación para sentencia, lo que impide apreciarlo como prueba. No obstante, considera la Sala que es suficiente la obligación legal impuesta al Director de Grupo de dictar determinado número de horas de clase

para que acepte que el Decreto por el cual privó al señor Castillo de tal cargo, lo retiró también del profesorado inherente al mismo.

Cosa distinta es que haya necesidad de individualizar las clases que dictaba el profesor Director de Grupo y el correspondiente número de horas semanales para efectos del restablecimiento del destituído, aspecto por el cual fallaría la demanda. .....»

En circunstancias iguales a las de que da cuenta lo que se acaba de transcribir, se halla el actor en el presente juicio por cuanto es verdad que está escalafonado y fué retirado del cargo de Director de Grupo, reemplazándosele por persona ajena al escalafón, pero la demanda no contemplò lo relativo a las càtedras que correspondían al señor Aponte, es decir, se omitió demandar el acto que violó el vínculo existente entre el profesor y el Estado, nacido no del cargo dicho que es de simple carácter administrativo, sino de su misión y deberes culturales para con el plantel a que estaba asignado.

Esa falta de haber identificado las clases y horas que correspondían al demandante en el Liceo de Zipaquirá en su condición de Director de Grupo, viene a hacer inepta la acción incoada para obtener la reparación por la violación del fuero con que está amparado y de los perjuicios consiguientes, sin que ello obste para que el actor tenga derecho a ser reintegrado a un empleo que corresponda a su escalafón.

Y en cuanto al cargo de profesor de Algebra de la Sección femenina del mismo establecimiento, cabe anotar que en el libelo fué confundido con el de Director de Grupo. En efecto, como se advirtió al principio de esta sentencia, se trata de dos posiciones distintas, como con claridad aparece demostrado con las distintas piezas allegadas, o sea las ya citadas; la Resolución de Nombramiento visible al folio 18, que lleva el No. 302 de 1.949 (marzo 1º) y la respectiva acta de posesión.

Por otra parte, a folio 36 obra una certificación expedida por el Secretario-Habilitado del precitado plantel, en el cual se lee lo siguiente refiriéndose al actor: "Del cargo de Profesor de Algebra fué reemplazado por el señor Baudilio León", testificación que aparece plenamente confirmada con la Resolución No. 0434 de 10 de marzo de 1.950, cuya copia forma el folio 31, mediante el cual se proveyó a la remoción del Sr. Aponte del cargo aludido.

Por manera que es evidente que eran dos cargos distintos los que don David Aponte desempeñaba, a saber: Director de Grupo del Liceo Nacional para Varones de Zipaquirá y Profesor de Algebra curso 3º, de la Sección Femenina del mismo Liceo; la designación para cada uno de ellos fué hecha por actos diferentes, así como la destitución de ambos, pues para la primera, se expidió

la Resolución 174 de 9 de febrero de 1.950 que es la demandada, y para la segunda, la Resolución Nº. 0434 de 10 de marzo del mismo año, que ni siquiera se menciona en el libelo; en el primer caso, el demandante fuè reemplazado por Luciano Mora O. y en el segundo, por Baudilio León.

Y, como antes se dice, la Resolución Nº. 0434 de 1.950 relacionada directa y exclusivamente con la separación del demandante como Profesor de Algebra curso 3º, no ha sido materia de la acción que se ejercitó por medio de este juicio, es natural que los pedimentos que atañen a tal cargo, están desprovistos de la fuerza legal requerida para su prosperidad y deben desecharse en la decisión.

Como corolario de todo lo antes expuesto, resulta sin lugar a duda alguna, que la demanda es sustantivamente inepta en su integridad, y que solamente puede hacerse la declaración de que al actor le asiste el derecho para que sea restablecido en un cargo que corresponda en su escalafón.

* * * * * *

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA QUE LA DEMANDA INSTAURADA EN EL PRESENTE NEGOCIO ES SUSTANTIVAMENTE INEPTA.

El Sr. David Aponte G. tiene derecho a solicitar y obtener del Ministerio de Educación Nacional que sea nombrado como Profesor de Enseñanza Secundaria dentro de la especialidad y categoría a que pertenece en el Escalafón respectivo.

Cópiese, notifíquese, y archívese.

Rafael Rueda Briceño, Daniel Anzola E., Ildefonso Méndez, Manuel Buenahora, Antonio José Prieto, José Enrique Arboleda V, Rafael Marriaga. - *Guillermo Novoa Rodríguez*, Secretario.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

CESANTIA ADICIONAL DE LOS NOTARIOS. ES NECESARIA LA AFILIACION CORRESPONDIENTE PARA TENER DERECHO A GOZAR DE LAS PRESTACIONES RESPECTIVAS.

(Consejero Ponente: Dr. José Enrique Arboleda V.)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotà, D. E., dieciséis de febrero de mil novecientos cincuenta y seis.

Referencia: Expediente 5276. RESOLUCIONES MINISTERIALES. Acción de plena jurisdicción incoada por Vicente Casas Castañeda contra las Resoluciones 2840 de 30 de diciembre de 1.950 y 0064 de 12 de enero de 1.953, del Ministerio de Hacienda y Crédito Pùblico.

El señor Vicente Casas Castañeda, por medio de apoderado, solicitó del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el reconocimiento y pago de la suma de $ 39.159.95 por concepto de auxilio de cesantía en 10 años, 2 meses y 15 días de tiempo de servicio excedente sobre los 20 años correspondientes a la pensión de jubilación que le fue decretada.

El mencionado Ministerio negó el reconocimiento de dicha cesantía adicional mediante la Resolución número 3840 de 30 de diciembre de 1.950, negativa que confirmó por la número 0064 de 12 de enero de 1.953, al resolver sobre el recurso de reposición intentado por el señor Casas C. contra la primera.

Tales actos son el objeto de este juicio en que el actor pretende además de la nulidad de ellos, el que el Consejo ordene el reconocimiento y pago del ya indicado auxilio de cesantía.

Los hechos de la demanda son los que, en síntesis encabezan este fallo, y como disposiciones violadas presenta el actor las siguientes: artículo 17, ordinal c) de la ley 6ª. de 1.945; artículo 9º. de la ley 64 de 1.946; artículo 3º. de la ley 65 del mismo año; Decreto 1600 de 1.945; artículo 18 de la ley 6ª. de 1.945 y artículos 26 a 30 del C.C. El concepto de la violación de esos preceptos los expone ampliamente en la misma.

El asunto ha recibido la tramitación que le es propia y como

no existe vicio que la invalide procede la Sala a dictar la sentencia que le compete con base en las siguientes consideraciones:

El señor Fiscal de la Corporación emite concepto desfavorable a las peticiones de la demanda, basado en la sentencia de la misma de 18 de enero de 1.951, recaida en el juicio promovido por el Dr. Julio C. Gaitán y en la cual dijo esta Sala:

> «Establecido, pues, que la cesantía se considera como una contraprestación que se va consolidando cada día como parte del salario mismo, pago que se defiere a la terminación del contrato de trabajo, cualquiera que sea su causa o el término de la prestación de servicios cuando se trata de trabajo, conviene ahora estudiar en què forma los Notarios perciben sus derechos por los trabajos prestados al público.
>
> Ante todo hay que observar que el Notario no devenga un sueldo pagadero por el Tesoro Público, sino que son directamente los otorgantes o los interesados los que retribuyen los servicios notariales, conforme a una tarifa establecida por la ley.
>
> Los derechos notariales son cosa muy distinta del sueldo o salario que percibe un empleado por sus servicios al Estado. Se ha dicho y con razón, que salario es la remuneración que recibe un trabajador que habitualmente presta sus servicios a otra persona o entidad y como compensación por tales servicios. El Notario se halla desvinculado, en cuanto a su remuneración, del Tesoro Pùblico y son los particulares quienes mediante una tarifa legal pagan los derechos notariales. Es tal la desvinculación que existe entre el Estado y los Notarios, en lo referente a su remuneración, que ninguno de ellos, a más de no recibir sueldo, es afiliado forzoso a la Caja Nacional de Previsión, ni ayudan a su sostenimiento.
>
> Ahora bien. Si como se ha visto atrás, la cesantía se considera como una parte del sueldo o salario devengado por el empleado día a día y cuyo pago se defiere al término de la prestación del servicio, y si los Notarios Públicos no tienen vinculación económica directa con el Estado, por concepto de su trabajo, sino que son los propios otorgantes e interesados quienes les cancelan sus derechos notariales, entonces se tiene lógicamente, que no devengando sueldo dichos funcionarios, el Estado no ha tenido la oportunidad de retenerles parte alguna por concepto de salarios, y en estas circunstancias mal pueden los Notarios reclamar un patrimonio al cual nunca han tenido derecho. No sucede lo mismo con la pensión de jubilación, porque ésta sí se da a todos los funcionarios pú-

blicos que le han servido al Estado, después de cierto lapso de trabajo y que han llegado a determinada edad.

Pretender que el Estado reconozca y pague cesantía a los Notarios, sin que éstos hayan devengado sueldo, es olvidar que la cesantía tiene como extremo para su otorgamiento el sueldo reconocido y pagado por el Tesoro Público. También es preciso tener en cuenta el *status* especial y *suigeneris* de los Notarios, que en todo caso es distinto al de la generalidad de los empleados públicos».

Contra la doctrina anterior presenta el apoderado del demandante en el libelo de demanda dos argumentos, es a saber: Que el auxilio de cesantía es una prestación social y no parte del salario o un salario que se consolida día a día y cuyo pago se defiere a la terminación del contrato de trabajo, y que los Notarios sí tienen vinculación económica con el Estado, pues aun cuando no sean pagados directamente por el Tesoro Público "obran como delegados del Estado para cobrar las tasas o contribuciones destinadas al sostenimiento del servicio público notarial, y si hay delegación, existe el vínculo económico". Dice además: "Es la ley la que determina la cuantía de las tasas que pueden percibir los Notarios por los servicios que prestan a los particulares y la tarifa determinada por la ley es obligatoria para quienes la aplican, pudiendo ser modificada en cualquier momento por el legislador, inclusive para establecer un sueldo fijo para los Notarios, por cuanto el sistema vigente es únicamente un sistema de retribución o pago de sueldo especial, susceptible de modificación unilateral por parte del Estado patrono. Los notarios reciben retribución de los particulares por ser funcionarios públicos, por ministerio de la ley, y no como profesionales que ejercen su profesión particularmente".

A estos respectos, la Sala acepta que pueda ser discutible la tesis de que la cesantía sea parte del salario o un salario que se consolide día a día y cuyo pago se defiere a la terminación de la relación de trabajo; pero ello no resta fuerza a otros dos argumentos suficientes por sí solos para continuar negando el auxilio de cesantía adicional a los Notarios. Tales argumentos son:

El no aporte de los mismos a la Caja Nal. de Previsión y el no pago de ellos por el Tesoro Público, directamente. Veámos como:

La creación de las Cajas de Previsión o de los Institutos de Seguros Sociales tiene como finalidad substituir a los patronos (oficiales o particulares) en sus obligaciones para con sus trabajadores en el pago de prestaciones sociales, mediante el aporte proporcional de ellos y de éstos a formar el fondo de tales Cajas o Institutos; por éso es necesario la afiliación correspondiente para tener derecho a gozar de las prestaciones respectivas.

No es que el derecho mismo desaparezca por la no afiliación como trata el demandante de interpretar el argumento anterior, si-

no que ésta es condición para la efectividad del derecho y si tal condición no se cumple, no puede realizarse el derecho. Injusto es a todas luces que cuando todos los empleados públicos deben cubrir determinadas cuotas periódicas y derechos de afiliación para poder gozar de las prestaciones sociales que el Estado les otorga mediante la respectiva Caja de Previsión, los Notarios pudiesen recibir fuertes sumas de dinero por concepto de cesantía adicional sin haber realizado erogación alguna en favor del Estado que se las pagara.

La segunda razón es clarísima y no queda desvanecida con el argumento de la "delegación para cobrar tasas y contribuciones destinadas al sostenimiento del servicio público notarial", pues con este argumento habría que sostener que existe vinculación económica inmediata entre el Estado y todos los particulares que prestan un servicio público y que, por tanto, cobran para sí las tasas o retribución correspondientes al servicio prestado. Este es uno de esos argumentos que dicen los lógicos que no prueba nada por probar demasiado. Lo evidente es que los Notarios no reciben sueldo o emolumento alguno del Tesoro Público y no tienen con el Estado, por este aspecto, vinculación directa, lo que impide el despacho favorable de la prestaciòn solicitada en la presente demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NIEGA las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

José Enrique Arboleda V., Ildefonso Méndez, Rafael Rueda Briceño, Daniel Anzola E., Manuel Buenahora, Rafael Marriaga, Antonio José Prieto. - Guillermo Novoa Rodrìguez, Secretario.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

LA CARRERA ADMINISTRATIVA "NO ES UN ESTATUTO PERSONAL" DEL TRABAJADOR PUBLICO, SINO "UN ESTATUTO REAL DE LOS EMPLEOS" DE CADA MINISTERIO O RAMO ADMINISTRATIVO.

(Consejero Ponente: Dr. José Enrique Arboleda V.)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, D. E., Veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y seis.

Referencia: Expediente 5117. RESOLUCIONES MINISTERIALES. Acciòn de plena jurisdicciòn planteada por Eduardo Martín F., contra la Resolución 2830 de 20 de octubre de 1.953 del Ministerio de Educación Nacional.

El Dr. Alberto Preciado Peña, con poder que le confirió el señor Alberto Martín F., solicitó de esta Corporación en libelo de demanda de 19 de febrero de 1.954, la nulidad de la Resolución de la referencia por la cual el Ministerio de Educación Nacional declaró insubsistente al señor Martín F. del cargo de Almacenista de Cinematografía dependiente del Departamento de Cultura Popular y Extensión Artística y nombró al señor Emeterio Avila Noya para reemplazarlo.

En orden al restablecimiento del derecho de su representado, pide el Dr. Preciado la restitución de aquel al puesto "que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría y sueldo", al pago de los sueldos, primas, bonificaciones y demás compensaciones monetarias que haya dejado de percibir, desde cuando quedo cesante, hasta cuando entre a devengar nuevamente en un empleo de igual o superior categoria al que desempeñaba, y, por último, la declaración de que "no ha habido solución de continuidad en el tiempo de servicios prestados por el actor" para efectos de prestaciones sociales.

Los hechos en que se fundamenta la demanda anterior son los siguientes:

«1). Por Resolución Ejecutiva nùmero 215 de 4 de agosto de 1.942, se admitió en la Carrera Administrativa a

mi poderdante y se le inscribió en el Escalafón Administrativo Nacional en un cargo perteneciente a la 3a. categoría, ordinal d), artículo 4o., Capitulo 1 del Escalafón de Empleados del Ministerio de Educación Nacional. Esta inscripción se halla vigente.

2. Mi poderdante venía desempeñando el cargo de Almacenista de Cinematografia, dependiente del Departamento de Cultura Popular y Extensión Artística en el Ministerio de Educaciòn Nacional, cargo para el cual había sido nombrado y del cual se hallaba debidamente posesionado y que, además, no está excluído del Escalafòn de Carrera Adminiatrativa.

3. Por medio del acto acusado, o sea, la Resolución número 2830 de 20 de octubre de 1.953, se declarò insubsistente el nombramiento del actor, y se le reemplazó por el señor Emeterio Avila Noya, quien no está escalafonado en la Carrera Administrativa.

El señor Avila tomó posesión del cargo y entró a desempeñarlo, con lo cual se establece que la Resoluciòn que destituyó a mi poderdante fue debidamente ejecutada. Así se comprueba con la certificaciòn que aparece a continuación del acto acusado.

5. Mi poderdante quedó fuera del servicio público nacional, sin que para ello mediara el procedimiento exigido por la ley para retirar a los empleados de Carrera Administrativa y la situación de desempleo lo perjudica moral y económicamente».

Como normas violadas presenta los capítulos IV y VI del Decreto 2091 de 1.939, reglamentario de la Ley 165 de 1.938, cuyo artículo 2o. indica como especialmente transgredido por el acto acusado. El concepto de violación de esos preceptos lo hace consistir en que el señor Martín F., como inscrito en la Carrera Admistrativa gozaba de status especial, que lo hacía inamovible, salvo mala conducta y, en este caso sólo con sujeción a un determinado procedimiento podía ser destituido. Y la insubsistencia de aquel fue producida sin que mediara causal de mala conducta y sin el lleno de las formalidades respectivas y sin que fuera previamente excluído del Escalafón en que estaba inscrito.

Pasados los autos al señor Fiscal 1o. de la Corporación en la oportunidad procesal correspondiente, solicitó el despacho favorable de las peticiones de la demanda. Dijo entre otras cosas:

«Las normas orgánicas y reglamentarias de la Carrera Administrativa consagran la inamovilidad relativa de los empleados inscritos en ella, los cuales, por gozar de ese status legal sólo pueden ser separados del servicio oficial mediante los trámites procedimentales que para el caso establecen

dichas normas, so pena de infringirlas con la expedición de un acto que haga prescindencia de tales procedimientos. Y como esto último ocurrió en el caso de estudio, al declarar insubsistente el nombramiento del señor Eduardo Martín, desconociéndole sus derechos de funcionario escalafonado y el de primacía a ocupar el cargo sobre quien lo sucedió, puesto que èste no figura inscrito en el escalafón administrativo nacional, la Resolución del Ministerio de Educación ahora sometida a juicio está viciada de nulidad por violación de normas positivas de derecho y por haber lesionado de manera ostensible los derechos legítimamente adquiridos y legalmente amparados del demandante señor Eduardo Martín F.».

La Sala para resolver el negocio, por encontrarse agotado el procedimiento sin vicio que lo invalide, considera:

Como elementos de juicio arribados a los autos en su debida oportunidad, aparecen los siguientes:

a). El oficio número 4220/3 de 31 de agosto de 1.942 por el cual el Presidente del Consejo Nacional de Administración y Disciplina (Carrera Administrativa) comunica al demandante lo que copia la Sala:

«Para los fines consiguientes, me es grato comunicarle que por Resolución Ejecutiva No. 215 de 4 del mes en curso, ha sido Ud. admitido en la Carrera Administrativa, e inscrito en el Escalafòn Administrativo Nacional, *en el cargo de Ecónomo Oficial del Ministerio de Educación Nacional* (subraya la Sala), que pertenece *a la 3a. categoria* (subraya la Sala), ordinal d), artículo 4o., capítulo I del Escalafón de Empleos del Ministerio de Educación Nacional». fl. 3.

b). Que este cargo debió desempeñarlo hasta el 31 de octubre de 1.952, pues el primero de diciembre de ese año entró a ejercer el de Almacenista de Cinematografía del Departamento de Cultura Popular y Extensión Artística, que fue el puesto de que fue destituído, (f. 24);

c). Que éste último cargo pertenece *a la 4a. categoria*, Capítulo III, ordinal E del artículo 16 del Decreto sobre Escalafón de empleos del Ministerio de Educación Nacional; (f. 19);

d). Que el escalafonamiento del señor Martín en el cargo de Ecónomo de que habla el punto a), está vigente y que la inscripción no ha sido cancelada, ni se le ha impuesto sanción disciplinaria alguna (f. 19), y,

e). Que el señor Avila Noya no está inscrito en el Escalafòn de Empleos de la Carrera Administrativa, f. 19.

Los elementos de juicio anteriores llevan a la Sala a una conclusión contraria a la ya transcrita del señor Agente del Ministerio Público, por cuanto que el demandante fue inscrito en el Cargo de Ecónomo Oficial del Ministerio de Educación Nacional, que pertenece a la 3ª. categoría del Escalafón respectivo, y fue destituído del de Almacenista de Cinematografía, que es de 4ª., y en el cual no se encontraba inscrito en el mismo Escalafón.

La Sala llega a esa conclusión por las siguientes razones:

Tal como está organizada por la ley la Carrera Administrativa en Colombia *no es un estatuto personal* del trabajador público, sino *un estatuto real de los empleos* de cada Ministerio o ramo administrativo. Por eso todas las resoluciones sobre escalafonamiento de empleados usan la misma fórmula, mutatis mutandi: inscribir al señor XX en el cargo de ....., que pertenece a tal categoría; de allí que los Decretos correspondientes hablen de Escalafón de *Empleos* de tal o cual Ministerio, y de eso, por último, que en el oficio en que fue comunicada al demandante su inscripción hubiera empleado el Consejo Nal. de Administración y Disciplina esos indicados términos, como aparece de la transcripción hecha por la Sala anteriormente.

Crece la fuerza de este aserto si se compara la organización de la Carrera Administrativa con la del Profesorado de Segunda Enseñanza, que sí es un estatuto personal del trabajador docente, ya que el escalafonamiento no se lleva a cabo *por empleos* sino por *grupos, especialidades y categorías*. Es decir, en aquella Carrera los empleados no se encuentran clasificados por sus conocimientos o aptitudes, sino inscritos en un determinado cargo público, que pertenece a una determinada categoría del Escalafón respectivo; los profesores, en cambio, se hallan divididos en dos grupos, cada uno de los cuales tiene cinco especialidades y cuatro categorías. En realidad, pues, la inscripción en la carrera administrativa sólo confiere al empleado derecho a no ser removido del cargo en el cual fué inscrito en el Escalafón correspondiente; pero si ejerce otro destino, no tiene respecto de éste el mismo amparo legal, salvo nueva inscripción correlativa. Confirman este punto las dos razones siguientes: a). Los ascensos no son automáticos y, b). Aún para cargos de una misma categoría dentro de un mismo Ministerio, suelen exigirse condiciones y aptitudes diversas. Veamos cómo:

El artículo 2o., aparte b) de la ley 165 de 1.938 establece como uno de los derechos del empleado inscrito en la Carrera Administrativa "a ser ascendido en caso de que se halle vacante un cargo de mejores condiciones dentro de la jerarquía del ramo, según sus méritos y su competencia" y el artículo 12 del Decreto 2091 de 1.939, establece: "El empleado inscrito en el escalafón administrativo tendrà derecho al ascenso según sus méritos y su competencia, cuando se halle vacante un cargo de mejores condiciones dentro de la jerarquía especial del ramo, susceptible de pro-

veerse por ascenso, según las indicaciones del respectivo escalafón. En igualdad de condiciones, el empleado más antiguo tiene derecho al ascenso.

> «Si el Jefe de la Oficina estima que ninguno de los empleados es apto para cumplir las funciones del cargo de que se trata, éste se proveerá por concurso, según el procedimiento fijado por Consejo de Administración y Disciplina».

Y por último, el artículo 20 del Decreto 1319 de 1.941, aclaró el anterior artículo en el sentido de que para efectos del ascenso "los grados de la jerarquía especial del ramo están determinados por la naturaleza del servicio, *no por el orden de colocación de las categorías en cada escalafón*".

Las disposiciones transcritas muestran claramente cómo los ascensos no son automáticos, es decir, que para una vacante de un puesto de categoría superior, el empleado más antiguo de la categoría inferior no tiene por serlo derecho a él, puesto que para la producción de un ascenso son necesarias varias condiciones, *a juicio del Jefe de la Oficina*, a saber: que el puesto sea susceptible de proveerse por ascenso; que el empleado inferior tenga méritos y competencia y que el Jefe de Oficina juzgue apto a ese empleado para desempeñarlo. Pero hay más. De conformidad con la aclaración indicada, la categoría de los cargos en el escalafón no determina el derecho al ascenso, sino la naturaleza del servicio. Es decir, un empleado de sexta categoría puede ser ascendido a un cargo de primera categoría, si el Jefe de la Oficina considera que por la naturaleza del servicio es así la jerarquía especial del ramo.

Todo ésto envuelve una consecuencia lógica: El simple nombramiento hecho de un empleado para que desempeñe un cargo de categoría superior a la del que ejercía, no significa el que haya sido ascendido en su inscripción en el escalafón respectivo de una a otra categoría. Para que ésto sea así, es necesario un acto similar a aquél por el cual fue admitido en el Escalafón, que indique cómo ese empleado reune las condiciones señaladas por la ley para ser ascendido.

El segundo argumento que anunciamos es aún más convincente, puesto que dentro de una misma categoría de un mismo Escalafón de empleos pueden requerirse condiciones diferentes para el desempeño de los varios cargos de tal categoría. Podrían aducirse varios ejemplos; pero es suficiente éste para la demostración de la tesis: el artículo 10 del Decreto 1815 de 28 de septiembre de 1.940, orgánico del Escalafón de Empleos del Ministerio de Correos y Telégrafos (hoy Comunicaciones, pero vigente para éste) establece los cargos de la tercera categoría y exige como condición para el desempeño de los señalados en los numerales a) a f) título oficial de contabilista, condición que no se requiere para los otros de esa misma categoría. Es decir, un empleado de dicho Mi-

nisterio, inscrito en un cargo de tercera categoría, por ejemplo en el del ordinal g) del mencionado artículo, no podría desempeñar ninguno de los otros puestos de esa misma categoría, (salvo que comprobara que también posee título oficial de contabilista), en calidad de escalafonado.

Y si alguna duda quedara basta la lectura del artículo 3o. del Decreto 1573 de 1.940, que establece:

> «La solicitud de admisión en la Carrera Administrativa, o lo que es lo mismo en el escalafón administrativo, sólo podrá hacerse una vez que el Gobierno haya aprobado *el escalafón o escalafones de empleos para cada ramo* (subraya la Sala) que elabore el Consejo Nal. de Administración y Disciplina.
>
> "PARAGRAFO. *En cada escalafón de empleos* (subraya la Sala) se establecerán las categorías y se determinarán las condiciones mínimas para el desempeño de los distintos cargos públicos. En estos términos se aclara el parágrafo único del artículo 5o. del Decreto 2091 de 1.939».

Aplicados los anteriores principios al caso de autos aparece sin lugar a dudas que el demandante fue inscrito en el empleo de Ecónomo oficial del Ministerio de Educación Nacional, empleo que pertenece a la tercera categoría del Escalafón respectivo, y que fue destituído del de Almacenista de Cinematografía del Departamento de Cultura Popular y Extensión Artística, que es de la cuarta categoría, sin que haya constancia de que hubiese sido ascendido dentro del Escalafón al entrar a desempeñar este nuevo cargo, razón que obliga a concluir que no estaba amparado en éste por la inamovilidad relativa, sino en aquél y del cual se separó voluntariamente para desempeñar el segundo.

No significa lo anterior, empero, que el señor Martín carezca de derecho para hacer valer el que emana de su inscripción en el cargo de Ecónomo Oficial del Ministerio de Educación Nacional, cual es de pedir al Ministerio dicho su reincorporación al servicio público en aquél cargo o en otro de categoría y condiciones iguales que se halle vacante. Lo que al respecto resuelva ese Ministerio está sujeto a la acción contencioso administrativa.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, en desacuerdo con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NIEGA las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

José Enrique Arboleda V., Ildefonso Méndez, Rafael Rueda Briceño, Daniel Anzola E., Rafael Marriaga, Manuel Buenahora, Antonio José Prieto.-Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario

RESOLUCIONES MINISTERIALES

BIENES OCULTOS. INADMISION DE LA DEMANDA POR FALTA DE PERSONERIA DEL APODERADO DE LA PARTE DEMANDANTE.

(Consejero Ponente: Dr. Rafael Marriaga)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotà, ocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco.

El General Jorge Martínez Landínez, propuso al Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la celebración de un contrato para denunciar la existencia de varios bienes ocultos del Estado. Admitida la propuesta, se dispuso por el Ministerio que el interesado hiciera la estimación del valor de los bienes; ésta se hizo según diligencia que lleva fecha 5 de marzo de 1.954.

Por providencia de 21 de junio de 1.954, el Ministerio consideró que la estimación hecha por el General Martínez Landínez, era imperfecta, y dispuso que se hiciera nuevamente, en forma determinada y equitativa. Contra dicha providencia, la parte interesada interpuso reposición, recurso que fué despachado adversamente por medio del auto de 20 de agosto de 1.954, que fué legalmente notificado al interesado el 7 de octubre siguiente.

En libelo presentado el 25 de marzo postrero, por medio de apoderado, el General Jorge Martínez Landínez, demanda de esta Corporación la declaración de nulidad del acto contenido en la referida providencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de fecha 20 de agosto de 1.954, y de todos los que le sirven de antecedente y causa.

Correspondiò el negocio en repartimiento al señor Consejero Dr. Manuel Buenahora, quien mediante el auto de 25 de abril retropróximo, negó la admisión de la demanda. Contra esa providencia, la parte demandante interpuso el recurso de súplica, y por virtud de ello, vino el expediente a la Sala de Decisiòn. Surtido el trámite peculiar del recurso, se procede a resolver.

El señor Consejero Sustanciador funda su negativa a la admisiòn de la demanda, en primer lugar, en la consideración de que

Así, pues, el rechazo de la demanda debe mantenerse pero no por las razones expresadas en el auto suplicado, sino por las que aquí se han expuesto.

En tal virtud, la Sala de Decisión RESUELVE:

SE CONFIRMA el auto recurrido, pero no por las razones en él expuestas sino por las aducidas en esta providencia.

Cópiese y notifíquese.

José Enrique Arboleda V., Daniel Anzola Escobar, Rafael Marriaga, Ildefonso Méndez, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño.-Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

el acto acusado no es generador de una situación impersonal y objetiva, sino por el contrario, particular y subjetiva; y por consiguiente, no puede ser objeto de la acción contencioso administrativa de simple nulidad. Y en segundo lugar, en que no se individualizan con toda precisión en el libelo los actos que sirven de antecedente y causa al proveído de 20 agosto de 1.954, contra los cuales se dirige también la demanda, requisito que imperiosamente exige el artículo 85 de la ley 167 de 1.941.

Por su parte, el recurrente estima que el acto acusado no le ocasiona al actor ninguna lesión patrimonial particular, con lo cual desaparece el presupuesto esencial a toda acción de plena jurisdicción. Y en cambio, tal acto, sí constituye un típico acto-condición que trata de determinar los requisitos dentro de los cuales puede darse curso a las propuestas para denunciar bienes ocultos del Estado, estableciendo condiciones nuevas, extralegales y estorbosas para tal fin.

La Sala al revisar el expediente encuentra que hay falta de personería del apoderado de la parte demandante, y por tanto, antes de entrar a resolver en el fondo sobre la admisión de la demanda, ésta debe ser rechazada por este motivo. En efecto, no aparece en este expediente que al Dr. Diego Llinás Pimienta se le haya otorgado en forma legal poder especial por el General Jorge Martínez Landínez para instaurar la acción de que trata la demanda. Ni aparece tampoco que se le haya otorgado por escritura pública poder general para toda clase de pleitos o especial para varios pleitos. Al respecto son muy claras las disposiciones de los Arts. 255 y 256 del C. J., de los cuales el primero se expresa, así: "Los poderes generales para toda clase de pleitos y los especiales para varios juicios que se sigan o no por cuerda separada, sólo pueden conferirse por escritura pública. En los especiales los asuntos deben determinarse claramente de modo que no puedan confundirse con otros". Y ya se ha dicho que al expediente no se ha traído documento alguno que acredite en legal forma poder general, o especial para varios pleitos, conferido por el General Martínez Landínez al Dr. Diego Llinás Pimienta. Por su parte la otra disposición citada o sea el Art. 256 del C. J. establece: "El poder especial para un juicio puede conferirse por escritura pública, o por memorial presentado como se dispone para las demandas". Y la presentación de la demanda la regula el Art. 223 del C. J. que dispone: "Toda demanda en asunto contencioso debe ser presentada personalmente por la parte o por su apoderado o representante al Secretario del Juez a quien se dirige, o a un Juez de la residencia del que la presenta para que certifique su identidad". Pero es lo cierto que a este expediente no se ha traído poder especial otorgado y presentado como lo establecen las disposiciones transcritas que faculte al Dr. Llinás para instaurar la acción de que da cuenta la demanda.

RESOLUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ANONIMAS.

SU REGLAMENTACION. DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES SOBRE LA MATERIA.

(Consejero Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo.)

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

Referencia: Nulidad de las Resoluciones Nos. 1426 de 23 de Diciembre de 1.954 y No. 267 del 4 de Abril de 1.955 dictadas por la Superintendencia de Sociedades Anónimas. **Actor:** Compañía Nacional de Chocolates

La Compañía Nacional de Chocolates, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción contenciosa de plena jurisdicción, solicitó la nulidad de la Resolución No. 1426 de 23 de diciembre de 1.954, por la cual se negó el permiso solicitado por dicha Compañía para la colocación de 23.000 acciones reservadas; y la número 267 de 4 de abril de 1.955, por la cual se negó el recurso de reposición interpuesto contra la primera resolución citada; ambas dictadas por la Superintendencia de Sociedades Anónimas en cumplimiento de sus atribuciones legales y especialmente del Art. 17 de la Ley 58 de 1.951.

ANTECEDENTES:

La Asamblea General de Accionistas de la Compañía, en su sesión ordinaria de 26 de febrero de 1.954, acordó delegar en la Junta Directiva la facultad de señalar la época y las bases para la colocación de 23.000 acciones, de las reservadas que tiene la Compañía. Y la Junta Directiva, en su sesión de 5 de marzo siguiente, dispuso "colocar en mercado libre hasta 23.000 acciones del número mayor de las reservadas que tiene la Compañía actualmente. La colocación la hará el Gerente directamente, o por conducto de corredores, a las cotizaciones que rijan en el mercado en la época de la colocación". Y señaló los demás pormenores de la reglamentación.

La Compañía solicitó de la Superintendencia de Sociedades Anónimas el correspondiente permiso legal para la emisión de las acciones, y la Superintendencia, por medio del oficio No. 5/3218, de 8 de abril de 1.954, comunicó a la sociedad peticionaria lo siguiente:

> «Como se les manifestó en oficio No. 3757 de 23 de abril de 1.953, los accionistas gozan, entre otros, del derecho patrimonial de suscribir preferencialmente las acciones que emita la Compañía y este derecho no puede ser desconocido o vulnerado sinó mediante pacto expreso contenido en el contrato social. Primitivamente, el parágrafo del artículo 4º de la escritura de constitución contenía la estipulación que permitía a la asamblea disponer que las acciones fueran colocadas en el mercado libre, pero el art. 12 de la escritura No. 1793 de 6 de septiembre de 1.953, vigente hoy, derogó ese parágrafo y dispuso solamente: "Corresponde a la Asamblea General señalar las épocas y las bases para colocar las acciones reservadas. Esta facultad podrá delegarla la asamblea en la Junta Directiva". El reglamento aprobado por la Junta Directiva, siguiendo las instrucciones de la Asamblea, no tuvo en cuenta esta circunstancia y ello hace que no pueda ser admisible. Debe, pues, la junta proceder a elaborar uno nuevo que respete ese derecho y otorgue a los accionistas el plazo que señala el artículo 67 del decreto 2521 de 1.950, para ejercerlo».

El apoderado de la Compañía solicitó nuevamente a la Superintendencia el permiso que había sido negado, y ésta, por medio de oficio No. 5/9109 de 18 de octubre de 1.954 expuso nuevas y detenidas razones para fundamentar y ratificar su negativa. Entonces el apoderado le pidió que los puntos contenidos en el oficio se tradujeran en resolución, de acuerdo con lo preceptuado en el numeral 6º del art. 288 en concordancia con el 290 del Decreto 2521 de 1.950, y a fin de cumplir con el procedimiento gubernativo, establecido por las leyes para el caso. Así se hizo en la Resolución No. 1426 de 23 de diciembre de 1.954 por medio de la cual se denegó el permiso solicitado por la mencionada compañía para colocar las 23.000 acciones de las que tiene en reserva.

Solicitada la reposición, el recurso fue decidido según la Resolución No. 267 de 4 de abril de 1955, por medio de la cual la Superintendencia no accedió a reponer la Resolución Nº 1426 de 1.954, quedando agotada la vía gubernativa.

CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES:

La reunión de los socios de la compañía anónima, debidamente convocada al efecto, se denomina asamblea general, que puede ser ordinaria o extraodinaria. La primera es aquella que se celebra con

regularidad en épocas fijas y previstas por los estatutos sociales; la extraordinaria es la asamblea convocada fuera de dichas épocas para adoptar acuerdos cuando la marcha de los negocios sociales lo exija.

La asamblea general tiene todas las facultades que le atribuyan los estatutos sociales, y además, en concepto de ser el órgano social más importante, las facultades que no posean los administradores de la compañía. Concretamente tiene la facultad de otorgar el aumento del capital social. Por lo regular ese acuerdo no se toma en las juntas ordinarias, si en la convocatoria o con la debida anticipación no se hubiere anunciado la discusión y votación sobre el proyectado aumento. Los estatutos de cada compañía determinan el número de acciones o participación de capital que habrán de concurrir a las juntas en que haya de decretarse el aumento.

Ahora, en lo relativo a la colocación de acciones que se emitan, que es el punto fundamental de este asunto, existe el derecho de preferencia de los accionistas para suscribir las nuevas acciones, consagrado en el art. 67 del Decreto reglamentario No. 2521 de 1.950, que a la letra dice:

> «Los accionistas podran ejercitar, dentro del plazo que para este efecto les señale el reglamento -que no podrá ser menor de quince días, contados desde la fecha del aviso que debe darles la sociedad- el derecho a suscribir en la nueva emisión un número de acciones proporcional al de las que posean. Este aviso se dará en la forma prevenida en los estatutos para la convocatoria de la asamblea general.»

Este derecho de preferencia es un derecho patrimonial de los accionistas, pues al suscribir en una nueva emisión de acciones el número que les corresponda en proporción a las de que sean poseedores, conforme a la reglamentación correspondiente, no hacen otra cosa que ejercitar los derechos que son esenciales del contrato de sociedad anónima, o sean el de participar en las utilidades, el de voto, el de percibir lo que le corresponda a cada accionista en la liquidación y el de vigilancia, que son los mismos que, con el de negociar las acciones, establece como sustanciales el Art. 54 del mencionado Decreto 2521 de 1.950. Conviene recordar el art. 2081 del C.C. que dice que no hay sociedad sin participación de beneficios.

El derecho preferencial a la suscripción pertenece a la naturaleza del contrato de sociedad, y por consiguiente, debe ser respetado mientras no haya estipulación expresa en contrario. Sobre èste punto dice muy acertadamente la Superintendencia de Sociedades Anónimas:

> «Hay clásulas tácitas o implícitas en un contrato?. La solución es sumamente fácil en vista de claras normas legales, como las contenidas en los artículos 1501 y 1621

del C.C. El primero distingue entre otras cosas que son de la esencia de un contrato, las que son de su naturaleza y las sipmlemente accidentales ,para expresar que "son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él se entiendan pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial", es decir, que cuando se guarda silencio respecto a ellas, es porque las partes han considerado innecesario insertarlas por estar tàcitamente incorporadas en el contrato, de donde se deduce que para que no sean aplicadas se requiere cláusula expresa. El segundo de los artículos citados, en armonía con el anterior, prevè que "las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen, o sea, que èstas forman parte del contrato, por considerarse que, por fuerza de la costumbre, a ellas quisieron las partes hacer referencia, o tambien, que el legislador ha querido que tales cláusulas se tengan como de la naturaleza del contrato, norma de especial aplicación en el derecho comercial en que las costumbres y los simples usos gozan de especial fuerza normativa.

Ahora bien: si, como se ha repetido, el legislador ha sentado el criterio de que los derechos esenciales de los accionistas no pueden ser limitados sino en virtud de norma legal de orden público o de expresa cláusula estatutaria, es indudable que ésto obedece a que también se ha considerado que el derecho de preferencia, por su naturaleza, forma parte del contrato de sociedad anónima, es decir, que se entiende incorporado en él aún a falta de cláusula expresa, a fin de que sin éste no sean aquellos indirectamente afectados. Pero, además, es un hecho cierto, del que ésta Superintendencia puede dar fé por razón de sus funciones, que es de reiterada y general ocurrencia encontrar en los contratos de sociedad anónima la estipulación sobre la referida preferencia, una de cuyas demostraciones es el estatuto original de la compañía recurrente.

Además, si el derecho de preferencia pertenece a la naturaleza del contrato de sociedad anónima, es permitido estipular expresamente que no se reconozca en favor de los accionistas, que es precisamente lo que establece la primera parte del artículo 68 del decreto 2521 de 1.950, cuando dice que "lo dispuesto en el artículo anterior es sin perjuicio de lo que establezcan expresamente los estatutos". Es obvio dado que no se trata de un derecho esencial del accionista y que por mirar el exclusivo interés de èste puede renunciarlo anticipadamente en el contrato, o más tarde cuando se le ofrezcan las acciones en suscripciòn y no lo ejerza.

La misma norma agrega: "o de lo que resuelva en cada caso la asamblea general de accionistas", ya que es

posible también que en el estatuto se establezca que con un quorum determinado pueda dicho órgano social abstenerse de reconocer, para un caso concreto, el ejercicio de tal derecho. Mas si no se fija ese quorum especial, la asamblea no podrá desconocerlo sino con el veto unánime de las acciones suscritas, es decir, de todos los accionistas, porque en este momento cada uno de ellos debe expresar su voluntad de renunciar, para la emisión de que se trata al ejercicio del derecho, que está ya patrimonializado en su favor y del que no puede disponer una simple mayoría por importante que sea».

De manera que las dos Resoluciones de la Superintendencia están ceñidas al espíritu y la letra de las disposiciones contenidas en los artículos 67 y 68 del Decreto 2521 de 1.950, de obligatorio cumplimiento. En su solicitud de reposición, el apoderado de la compañía manifestó que el contenido del art. 67 citado excede el poder reglamentario del Organo Ejecutivo; pero aparte de que la Constitución Nacional señala entre las funciones del Presidente de la República la de "ejercer la facultad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes", el Art. 595 del Código de Comercio lo autorizó expresamente para reglamentar las disposiciones legales sobre sociedades anónimas.

En resumen: la Superintendencia de Sociedades Anònimas resolvió sobre la solicitud hecha por la Compañía Nacional de Chocolates, que para poder autorizar la colocación de las mencionadas 23.000 acciones, era menester que la Junta Directiva, autorizada por la Asamblea General de Accionistas, elaborara un nuevo reglamento que estuviera acorde con el Art. 67 del Decreto reglamentario No. 2521 de 1.950 y con la cláusula respectiva del contrato social.

El Decreto No. 2521 de 1.950, al cual pertenece el artículo 67 tantas veces citado, como lo dice el mismo Decreto, es reglamentario del Capítulo 2o. del Título 7o. del Libro 2o. del Código de Comercio, de la Ley 58 de 1.931, del Artículo 40 de la Ley 66 de 1.947 y de las demás disposiciones legales vigentes sobre sociedades anónimas. Es, pues, un estatuto completo sobre la materia, que no excede en forma alguna el poder reglamentario del Organo Ejecutivo.

Hay que concluír, por lo tanto, que las resoluciones acusadas están ajustadas a las disposiciones legales, en discrepancia con el concepto rendido por el señor Fiscal 1o. del Consejo.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NIEGA las súplicas de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Antonio José Prieto, Abelardo Gómez Naranjo, Daniel Anzola Escobar, Ildefonso Méndez, Rafael Marriaga, Jorge Enrique Arboleda V., Rafael Rueda Briceño.- Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

REVISION

SUELDOS DE RETIRO. LA HOJA DE SERVICIOS MILITARES CONSTITUYE ELEMENTO ESENCIAL DE PRUEBA PARA EL RECONOCIMIENTO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES

(Ponencia del Consejero Dr. José Urbano Múnera)

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales—Bogotá, D. E., diez y siete de abril de mil novecientos cincuenta y seis.

El Consejo de Estado se ha venido pronunciando acerca de las sucesivas reclamaciones del señor General EDUARDO ORTIZ BORDA, primero, y después de su cónyuge sobreviviente señora Isabel Brigard y su hija Alicia, mediante los fallos que se enumeran a continuación:

1o. El de fecha 16 de octubre de 1.941, por el cual se negó la solicitud de sueldo de retiro formulada por el propio General, por conducto de su apoderado doctor Francisco López Mojica;

2o. El de fecha 2 de agosto de 1.944, por el cual se confirmó la Resolución del Ministerio de Guerra, número 449 de 22 de marzo del mismo año, que a su vez aprobó la de la Comisión de Sueldos de Retiro por la cual se negó el reconocimiento de esta prestación, demandado ya por la cónyuge sobreviviente y la hija del General Ortiz Borda; y

3o. El de fecha 28 de marzo de 1.946, por el cual se negó la revisión del fallo primeramente dictado, o sea el de fecha 16 de octubre de 1.941.

Ahora debe pronunciarse nuevamente la Sala de Negocios Generales en relación con la demanda formulada por el doctor Aníbal Galindo, en el carácter de apoderado especial de la cónyuge señora Isabel Brigard v. de Ortiz Borda, en escrito presentado el 31 de marzo de 1.952, sobre revisión de la última de las sentencias citadas (la de 28 de marzo de 1.946), a efecto de que se hagan las siguientes declaraciones:

> «a) Que el señor General Eduardo Ortiz Borda tenía derecho a recibir un sueldo de retiro, a partir del 31 de agosto de 1.933;

b) Que la señora Brigard v. de Ortiz Borda tiene derecho a cobrar el monto del sueldo de retiro que se decrete a favor de su esposo el General Ortiz Borda, a partir del 31 de agosto de 1.933 hasta el 31 de octubre de 1.942, fecha del fallecimiento del mencionado General;

c) Que la misma señora Brigard v. de Ortíz Borda tiene derecho, a partir del 31 de octubre de 1.942, fecha del fallecimiento de su citado esposo, a percibir una asignación mensual vitalicia equivalente a las dos terceras partes del sueldo de retiro que le corresponda, en todo tiempo, a un General de la República con 18 años, 2 meses y 4 días de servicio, incluídos, al hacer la liquidación de esa prestación, tanto el sueldo básico como las primas y bonificaciones correspondientes a un militar de los mismos grado y arma del mencionado General Ortiz Borda;

d) Que las prestaciones de que se viene tratando son de cargo de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, y

e) Que la liquidación de las prestaciones referidas debe reajustarse siguiendo las oscilaciones de los sueldos de actividad correspondientes a un militar de los mismos grado y arma del causante General Ortiz Borda y según las modificaciones de los porcentajes establecidos por las leyes para el caso».

El actor citó en apoyo de la demanda los textos legales sobre revisión de los reconocimientos de prestaciones sociales (artículos 164 y siguientes del C. C. A.) y los relativos al derecho al sueldo de retiro, desde la Ley 15 de 1.929 (artículo 4o.) hasta la Ley 100 de 1.946; y luégo entró a rebatir los argumentos de los distintos fallos del Consejo de Estado, referentes a las gestiones de la familia Ortiz Borda-Brigard, en los siguientes términos:

«Para fundamentar esa solicitud (la primera presentada por el General) adjuntó la hoja de servicios correspondiente, fuera de los demás comprobantes exigidos entonces para el efecto. Pero ocurrió el caso de que el General Ortiz Borda no fue retirado del servicio activo del Ejército por decreto especial y personal sino por Decreto reorgánico del Ejército, Nº. 1561 de 16 de septiembre de 1.933.

Fundándose en esa circunstancia, la Comisión de Sueldos de Retiro, con la aprobación ministerial, sostuvo la tesis de que le faltaba el comprobante de retiro y de que no se sabía si el General Ortíz Borda había sido retirado por edad o por invalidez, según los artículos 2º. y 3o. de la Ley 75 de 1.925, sin parar mientes en que el retiro se podía producir en esa época *en forma temporal*

por voluntad del Gobierno, según el artículo 4º, de la Ley 15 de 1.929, caso en el cual el Oficial tenía derecho a un sueldo de retiro del 30% de su sueldo de actividad, más un 3% de aumento por cada año excedente de 15 años de servicio.

El Jefe del Archivo del Ministerio de Guerra certificó que no existía el Decreto personal y especial de retiro del General Ortiz Borda, pero dijo que por Decreto 1561 de 16 de septiembre de 1.933 había sido reorganizado el Ejército y, en esa reorganización no había sido incluído el nombre del General Ortiz Borda, vale decir que se le retiró del Ejèrcito ó se le dió de baja de hecho, sin declaración explícita en forma tácita. Pero esa forma de retiro no implica naturalmente que el General Ortiz Borda perdiera los derechos que tenía adquiridos por razón de sus servicios en el Ejército Nacional; él no tuvo la culpa de que se le retirara de manera irregular, omitiendo el Gobierno un requisito, con el cual se le vino a ocasionar graves perjuicios, es decir, violando disposiciones reglamentarias. De ahí que la alegación de la Comisión para arrebatarle al General Ortiz Borda su derecho a asignación de retiro, estando como estaban reunidos los demás requisitos indispensables, es una injusticia que salta a primera vista y que es preciso corregir»....

Sobre el particular dijo el Consejo desde la sentencia de 16 octubre de 1.941, después de relacionar las pruebas aducidas, lo siguiente:

«.... ....

«Son suficientes estas pruebas para decretar con base en ellas el sueldo pedido por el apoderado del demandante?. Para contestar esta pregunta es necesario tener en cuenta:

1º..... ....

2º. Que la prueba completa de los servicios militares de un Oficial es su hoja de servicios, que debe contener, entre otras cosas, una relación de los despachos militares de los grados respectivos y una relación clara, precisa y pormenorizada de la carrera militar del interesado, comprobada con los documentos de llamamiento a calificar servicios, ascensos y retiro que deben reposar en el Ministerio de Guerra, al tenor de lo preceptuado, entre otros, en los artículos 31 de la Ley 17 de 1.915, 3º. y 9º. del Decreto 1187 de 1.917, que dicen:

"Artículo 31. La prueba completa de los servicios militares del Oficial la compone la hoja de servicios, la cual será formada en papel sellado, por duplicado; y entre otros documentos que determinará el Ministerio de

Guerra dicha hoja debe contener lo siguiente: a) Los despachos militares de los grados respectivos. b) Una relación clara y concisa de la carrera del militar interesado, comprobada con los documentos que deben reposar en el Ministerio de Guerra, desde su ingreso al Ejército, hasta el día en que deje el servicio activo..... ....»

"Artículo 3º. En los Decretos y nombramientos del Poder Ejecutivo referentes a los destinos de los militares, se expresará claramente lo que disponga el Gobierno diciendo: Llámase al servicio activo.... ....; Concédese el pase a la reserva primera o segunda..... ...., o bien: concédese el retiro temporal o absoluto (según el caso)..... En resumen debe decirse siempre la situación a que se destina el militar y el motivo de ella".

"Artículo 9o. La hoja de servicios principiará con el ingreso del militar a las filas del Ejército en los establecimientos de instrucción militar o en cualquiera de las dependencias de aquellos y *cerrará con el decreto de retiro* o con el acta de defunción.....".

3o. Que la hoja de servicios no da base suficiente para concluír en forma cierta que el General Ortiz esté comprendido en alguno de los casos que dan derecho a sueldo de retiro, o mejor dicho, que esa hoja no suministra la prueba de los requisitos exigidos por las disposiciones antes citadas para declarar que un Oficial tiene derecho a sueldo de retiro, pues aparte de no hacerse constar allí: cómo, en qué grado y por llamamiento de quién ingresó de nuevo al Ejército el General Ortiz Borda, retirado en el año de 1.904, ni quién lo destinó a servir en el año de 1.932 en el vapor Mosquera, es de notar que en la mencionada hoja de servicios tampoco se expresa por qué fue retirado del servicio en 1.933, cuál la causa de ese retiro, y si éste se hizo por el Gobierno espontáneamente o a solicitud del mismo Oficial, prueba indispensable, en el caso de autos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 4o. de la Ley 115 de 1.928, ya que los servicios del General Ortiz Borda sólo montan a 18 años, y que el demandante no ha alegado en pro de su petición las causales de invalidez, enfermedad o retiro forzoso por edad, que para el caso en cuestión era de 63 años cumplidos por éste en 1.938, o sea cinco años después de su retiro del Ejército».

PORQUE PROCEDE EL RECURSO DE REVISION

Como quiera que el señor Abogado Auxiliar del Departamento Jurídico del Ministerio de Guerra, en memorial de 21 de agosto de 1.952 dice refiriéndose a este juicio "que se está inten-

tando una revisión de revisión, acción que no contempla la Ley 167 de 1.941", es necesario demostrar previamente si esta aseveración tiene o nó fundamento legal.

En la sentencia de 28 de marzo de 1.946, por la cual se negò la revisión del fallo citado, se hallan las siguientes consideraciones:

> «De lo anterior resulta que, por una parte, el Consejo de Estado en sentencia legalmente proferida, negó el derecho a sueldo de retiro al citado General Ortiz Borda y que éste no intentó la revisión de ese fallo ni por sí ni por medio de apoderado.
>
> Que por haber fallecido dicho General, su señora viuda, por medio de apoderado ha solicitado la revisiòn de esa sentencia, por considerar que ha recobrado piezas decisivas que de haber sido traídas al juicio en aquella ocasión, la decisión hubiera sido distinta, es decir, favorable.
>
> Previamente debe examinarse si, como lo sostiene el señor Fiscal del Consejo, la peticionaria no tiene derecho a proponer la revisión de que se trata.
>
> Es evidente, por lo que se deja visto, que el Consejo por razones inatacables negó el derecho a sueldo de retiro que el propio General Ortiz Borda solicitó. Pueden la viuda o sus herederos proponer la acción de revisión?».

Después de transcribir los artículos 5º. y 13 de la Ley 75 de 1.925 que hablan del sueldo de retiro, a quién y hasta cuándo debe pagarse y las devoluciones que han de hacerse a los familiares del militar que muriere antes de gozar del sueldo de retiro, continúa así el fallo:

> «Esta Ley, pues, estableció el sueldo de retiro para los Oficiales del Ejército, mientras ellos vivieran, y el derecho a la devolución de las cuotas aportadas a la Caja de Sueldos de Retiro, sin intereses, y a una suma determinada en dinero, para la esposa, y si ésta ya no viviere, para los herederos que allí se designan expresamente.
>
> El contexto de estos artículos permite deducir que el derecho a sueldo de retiro sólo fue consagrado para los oficiales, personalmente, y únicamente durante su vida, lo que quiere decir que después de la muerte del Oficial ninguna persona tenía derecho a reclamar en su nombre. Pero, en este evento, la ley estableció que la esposa, o si ésta también había fallecido, los parientes ya nombrados, tenían derecho a la devolución de las cuotas consignadas por el fallecido, y a una suma equivalente a dos años de sueldo, como se puede ver en el artículo 6º. Ibídem.
>
> El General Ortiz Borda falleció sin haber obtenido

sueldo de retiro porque aun cuando lo solicitó, no demostró los hechos indispensables para que le fuera decretado, y así consta en la sentencia cuya revisión se ha solicitado.

Como el sueldo de retiro, conforme a esta ley sólo podía pagarse a él, es indudable que sólo él tenía personería para reclamarlo, y ante la negativa de la administración para decretárselo, es claro que el activo patrimonial no contó con suma alguna por tal causa. En estas condiciones nada transmitió a sus herederos, siendo oportuno recordar que la mencionada Ley no concedía en ese evento de la muerte, sino el derecho a la devolución de los aportes y una suma equivalente a dos años de sueldo, a los herederos mencionados, como ya se dejò explicado.

La personería de la cónyuge, situándose el Consejo en el caso de autos, la tendría para hacer la reclamación, no del sueldo de retiro, del General Ortiz Borda, sino de una participación en la suma que durante la vida de él le habría sido reconocida.

Como le fue negado el sueldo de retiro, es indudable que nada transmitio tampoco por este aspecto a su cónyuge, y en consecuencia, debe negarse la petición que ahora se hace.

Para que la solicitud de revisión prosperara, era indispensable que el General Ortiz Borda hubiera muerto en goce de sueldo de retiro. Como así no sucediò, la personería de la demandante, como lo dice el señor Fiscal, no es admisible.»

Para respaldar la tesis de que es procedente la demanda de revisión de que se trata de decidir ahora, es oportuno apuntar que en el fallo del Consejo de Estado de 2 de agosto de 1.944 se encontró probada la excepción de cosa juzgada y al efecto se dijo allì que como la sentencia de 1.941 estaba en firme no se podía proceder por medio de recurso alguno, ni menos por una nueva demanda que ignore u omita la primitiva decisión. Y para terminar advirtiò: "Ahora bien, si las peticionarias consideran que en la fecha han cambiado las circunstancias en virtud de nuevas disposiciones legales o de nuevas pruebas, etc. que hagan viable el reconocimiento, *deben recurrir al juicio de revisión*". (Subraya la Sala). Y esta revisión, acompañada de nuevas pruebas, fue la que se solicitó en demanda de 1.946 sin que ella fuera fallada en el fondo en la providencia de 28 de marzo del mismo año que es justamente la materia de revisión hoy. Y se hace esta afirmación porque, como ya se vió, en este fallo se desconoció la personería de la demandante señora Brigard v. de Ortiz Borda alegando que como a éste le fue negado el sueldo de retiro, nada trasmitiò por tal aspecto a su cónyuge. Al desconocer esa personería sustantiva de la actora se le negó la capacidad para ser parte, o sea: se consideró que faltaba

este presupuesto procesal, y de consiguiente, se dejó, en sustancia, de resolver la revisión, pues, como lo sostiene la H. Corte Suprema, los presupuestos procesales "deben ser siempre examinados de oficio por el sentenciador y cuando cualquiera de ellos falta, la decisión nunca versa sobre *el fondo* del derecho controvertido". Subraya el Consejo y deduce la conclusión clara, manifesta, irrebatible de que en el caso de que se está sí procede la revisión precisamente porque en el proveído de 1.946, ya citado, se dejó de examinar a fondo la cuestión controvertida con el argumento de carecer la señora Brigard v. de Ortiz Borda de la personería sustantiva de pedir, en representación de su esposo fallecido, la revisión del fallo de 1.941, por el cual se le negó a éste el derecho a gozar de sueldo de retiro.

CUESTION DE PERSONERIA.

Explicado como queda por què es procedente el recurso de revisión contra el fallo del Consejo de Estado de 28 de marzo de 1.946, que se negó a revisar la sentencia de 26 de octubre de 1.941, por la cual la mencionada Corporación "negó al General Eduardo Ortiz Borda el derecho a sueldo de retiro", es necesario estudiar y decidir si la expresada señora viuda de este militar tiene o nó personería en fuerza de tal nexo civil para solicitar todas, o varias al menos de las declaraciones impetradas en la demanda. Y como tal personería emana del interès jurídico que se tenga para comparecer en juicio ha de establecerse a continuación si a la actora la acompaña, siquiera por un aspecto, dicho interés.

La Ley 75 de 1.925 en su artículo 5º. estableció:

> «El sueldo de retiro será pagado por mensualidades vencidas, pero únicamente mientras viva el Oficial, y se suspenderá durante el tiempo en que el Oficial reciba sueldo por el desempeño del empleo público nacional, en lo que exceda del sueldo de retiro».

Esta disposición que era la vigente sobre el particular cuando el General Ortiz Borda solicitó que se le decretara sueldo de retiro realmente se le concedía a los Oficiales del Ejército que estuvieran dentro de determinadas condiciones, taxativamente señaladas por la ley, pero mientras esos oficiales vivieran. Por eso esta Sala ha venido sosteniendo que "la pensión o asignación de retiro, es de carácter personal e intrasmisible". Hace poco y en fallo de 16 de diciembre último en el que fue ponente el doctor Guillermo Acosta Acosta se sostuvo lo siguiente, despues de un examen cuidadoso de varias disposiciones legales referentes a prestaciones sociales en el ramo militar y de lo consagrado por nuestro Código Civil sobre vocación sucesoral y también de las anotaciones acerca de este tema hechas por expositores franceses contemporáneos, "Tenemos, entonces, que no solamente el derecho positivo, sino la doctrina de los expositores, establecen que hay derechos y obligacio-

nes personales que son intrasmisibles a los herederos, tales como el sueldo o asignación de retiro que se concede durante la vida a los Suboficiales retirados o que se retiren después de diez o más años de servicio y que solicitan y obtienen o se les decreta de oficio tal prestación».

> «De tal modo que no es el caso de reconocer a favor de la peticionaria, en su carácter de única heredera del Suboficial fallecido Pompilio Ramírez Rodríguez, el 50% del sueldo de retiro que le correspondía o hubiera correspondido a éste desde la fecha de su retiro del servicio activo, 10 de noviembre de 1.944, hasta el 8 de febrero de 1.948 fecha en que falleció».

Por este aspecto con razón se dijo en el fallo de 28 de marzo de 1.946, y comentando los artículos 5o. y 13 de la Ley 75 de 1.925:

> «El contexto de esos artículos permite deducir que el derecho a sueldo de retiro sólo fue consagrado para los Oficiales, personalmente, y únicamente durante su vida, lo que quiere decir que después de la muerte del Oficial ninguna persona tenía derecho a reclamar en su nombre. Pero, en este evento, la ley estableció que la esposa, o si ésta también había fallecido, los parientes ya nombrados, tenían derecho a la devolución de las cuotas consignadas por el fallecido, y a una suma equivalente a dos años de sueldo, como se puede ver en el artículo 6º. ibídem". Esto último cuando los Oficiales se hayan retirado, antes de quince años de servicio, por invalidez o enfermedad, contraída por razón de éste.
>
> El General Ortiz Borda falleció sin haber obtenido sueldo de retiro porque aun cuando lo solicitó, no demostró los hechos indispensables para que fuera decretado, y así consta en la sentencia cuya revisión se ha solicitado.
>
> Como el sueldo de retiro, conforme a esta Ley sólo podía pagarse a él, es indudable que sólo él tenía personería para reclamarlo y ante la negativa de la Administración para decretárselo, es claro que el activo patrimonial no contó con suma alguna por tal causa. En estas condiciones nada trasmitió a sus herederos, siendo oportuno recordar que la mencionada Ley no concede en ese evento de la muerte, sino el derecho a la devolución de los aportes y una suma equivalente a dos años de sueldo, a los herederos mencionados, como ya se dejó explicado.
>
> La personería de la cónyuge, situándose el Consejo en el caso de autos, la tendría para hacer la reclamación, *no del sueldo de retiro,* sino de una participación en la suma que durante la vida de él le había sido reconocida».

Ha dicho la H. Corte Suprema:

> «En los casos en que la ley habla de interés jurídico para el ejercicio de una acción, debe entenderse que ese interés venga a ser consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés; es más, con ese perjuicio, que en presencia del Código Civil ha de ser no cualquier consecuencia sentimental o desfavorable que pueda derivarse de la ejecución de determinado acto, es preciso que se hieran directa, real y determinadamente, los derechos del que se diga lesionado, ya porque puedan quedar sus relaciones anuladas o porque sufran desmedro en su integridad; un daño eventual y remoto, que apenas pueda entreverse como consecuencia de las estipulaciones de un contrato, no es elemento suficiente para constituír el perjuicio jurídico que requiere la ley. El derecho de donde se derive el interés jurídico debe existir -lo mismo que el perjuicio que se trata de evitar por ese medio- al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro». (Gaceta Judicial número 1959 página 848).

Desde luego precisa aceptar que la demandante carece de interés jurídico para pedir, como lo ha hecho, que se disponga el pago a ella del sueldo de retiro que se decrete a favor de su esposo a partir del 31 de agosto de 1.933, fecha en que fue retirado del Ejército, hasta el 31 de octubre de 1.942, día del fallecimiento del mencionado General, pues, ningún perjuicio efectivo podría sufrir al dejar de instaurar una acción de la cual no deduciría beneficio alguno.

Pero no puede alegarse lo mismo para desconocerle interés jurídico y consiguientemente personería a la señora Brigard v. de Ortiz Borda para discutir, demostrar y definir en juicio y por la vía que corresponda, la *situación jurídica* en que se hallaba su esposo cuando en septiembre de 1.933 fue retirado del servicio activo del Ejército, por voluntad del Gobierno, desde el momento mismo en que éste no hizo "destinación del señor General Eduardo Ortiz Borda" en los Decretos números 1347 del 31 de julio de 1.933 y 1561 del 16 de septiembre de 1.933, así como en el acto de fecha 1o. de septiembre del mismo año en virtud del cual "fue destinado todo el personal militar y civil que habría de servir los cargos respectivos del Decreto reorgànico". Entre esa *situación jurídica* y las normas legales que consagran, amparan y garantizan la efectividad del derecho a la prestación social cuyo reconocimiento invoca la demandante en la pretensión formulada en el punto c) de la parte petitoria de la demanda, existe una relación necesaria, lógica y jurídica, de cuyo reconocimiento proviene, precisamente, el perjuicio que vienen sufriendo los familiares del General Ortiz Borda consistente en no hallarse recibiendo de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares o de la entidad que corresponda el valor de la prestación

social que la ley otorga a determinados familiares de los militares después de su fallecimiento, no a título de herencia sino en virtud de consideraciones de otro orden que tienen en mira el interès social de los familiares del extinto militar que haya prestado sus servicios en las condiciones contempladas para recibir asignación o sueldo de retiro o que su deceso hubiere ocurrido hallándose en servicio activo en las circunstancias que la misma ley precisa.

Consideraciones semejantes a las que ahora se están haciendo, fueron las que determinaron a esta Sala a sostener lo siguiente en la apelación interpuesta contra la Resolución número 0295 de 11 de de febrero de 1.954, proferida por el Ministerio de Guerra, por la señora Isabel Rodríguez v. de Ramírez, como única familiar del Suboficial Técnico de la FAC Pompilio Ramírez Rodríguez quien fue retirado del servicio en forma absoluta y murió antes de que solicitara el sueldo de retiro a que tenía derecho, es decir, sin estar en goce de éste.

Observó entonces el Consejo:

> «Cosa distinta es la de que, por consideraciones de otro orden que miran el bienestar de la familia, les otorgue la ley determinadas prestaciones sociales a los parientes del Suboficial que ha prestado sus servicios al Estado por el tiempo necesario para obtener sueldo de retiro, en su caso, y, es así como debe entenderse la locución "a la muerte de un Suboficial en goce de sueldo de retiro", pues, de lo contrario se cometería una tremenda injusticia al colocar en condiciones de inferioridad a los beneficiarios del Suboficial que al tiempo de su retiro del servicio activo reunía todos los requisitos legales que configuran el derecho a obtener el reconocimiento y pago del sueldo, pensiòn o asignación de retiro, pero que no tuvo oportunidad o los medios de ejercitar la acción correspondiente dentro del plazo que la ley permite al efecto.
>
> Si bien es cierto que el artículo 27 del Código Civil dispone que "cuando el sentido de la ley sea claro no se desantederá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu", no es menos cierto que, cuando existe una ley clara y expresa, como lo observa el comentarista argentino Raymundo M. Salvat, "hay un caso, sin embargo, en que por excepción es permitido apartarse del sentido literal de la ley, a saber: cuando está claramente demostrado que el legislador ha querido establecer una cosa distinta de la que resulta de las palabras de la ley. En tales casos, la interpretación literal de ella, llamada entonces *interpretación judaica*, nos llevaría en realidad a violarla, so pretexto de observarla estrictamente".

CONDICION JURIDICA DEL GENERAL ORTIZ BORDA A SU MUERTE

Falleció este servidor del Ejército colombiano el 31 de octubre de 1.942, sin estar ciertamente en el goce de sueldo de retiro porque éste se le había negado en providencia del Consejo de Estado de 16 de octubre de 1.941. Su retiro del servicio castrense se operó en fuerza del Decreto No. 1374 de julio de 1.933, por el cual se reorganizó el Ramo de Guerra y de la Resolución Nº. 414 de 13 de agosto del mismo año, documentos cuyo mérito se apreciará luego en lo pertinente. Dentro de los ocho años siguientes a su retiro del Ejército, por voluntad del Gobierno, o sea, antes de expirar el término de la prescripción de esta clase de acciones a que ha quedado reducido según el artículo 79 de la Ley 2a. de 1.945 ya que antes era de treinta años conforme al artículo 2º. de la Ley 116 de 1.928, el General Ortiz Borda en demanda de 6 de agosto de 1.941, le pidió a esta Corporación el reconocimiento del sueldo de retiro a que consideraba tener derecho por su tiempo de servicio militar o sea: 18 años, 2 meses y 4 días, demanda que le fue resuelta negativamente por providencia de 16 de octubre del mismo año.

Corresponde ahora apreciar cuáles fueron los fundamentos de dicho fallo.

Después de hacer un relato de los documentos presentados con la demanda, se pregunta si ellos sí serán suficientes para decretar el sueldo de retiro pedido por el apoderado del demandante y a continuación se hace un recuento de las disposiciones legales vigentes sobre la materia para enfrentarlas a las pruebas acompañadas a la solicitud expresada y llegar a la conclusión de que ésta debía negarse por ahora.

> «Que a sueldo de retiro -se dice ahí- sólo tienen derecho, de acuerdo con la Ley 75 de 1.925 y con las demás disposiciones que la adicionan y reforman:
>
> a) los oficiales de actividad a quienes el Gobierno retire o separe del Ejército, después de 15 años de servicios, por haber cumplido la edad de retiro forzoso, edad que varía según el grado que el oficial tenga. Al respecto son terminantes los artículos 2º., inciso 1º., 3º. y 4º. de la expresada Ley 75 de 1.925, cuyo tenor literal es este:
>
> Artículo 2º. "Todo oficial de actividad tiene derecho a sueldo de retiro cuando su separación del Ejército se efectúe por razón de la edad.....".
>
> Artículo 3º "Es forzoso el retiro absoluto para los Oficiales de toda clase, cuando cumplan las siguientes edades: General de División, 63 años; General de Brigada 60 años; Coronel, 58 años; Teniente Coronel 55 años; Mayor, 50 años; Capitán, 45 años; Teniente, 35 años, Subteniente, 32 años".

Artículo 4º "Fíjase la cuantía del sueldo de retiro de acuerdo con el tiempo de servicio, así:

Después de quince años se pagará al Oficial el 30% del último sueldo devengado, y de ahí en adelante un 3% más por cada año de servicio hata 30 años ....."

b) Los mismos oficiales de actividad a quienes se retire o separe del Ejército por invalidez o por enfermedad contraída por razón del servicio, casos estos en que si el tiempo servido no alcanza a quince años se le reconoce, excepcionalmente, por todo derecho, una suma igual al monto total del sueldo en dos años si la invalidez es relativa y si fuere absoluta, o la enfermedad fuere de tal naturaleza que les impida dedicarse a otra profesión, una suma igual al monto total del sueldo de cuatro años.

La misma clase de oficiales, anota el referido fallo de 16 de octubre de 1.941, a quienes el Gobierno retire, temporalmente, después de 15 años de servicio, previa calificación de éstos, de acuerdo con el artículo 4º de la Ley 15 de 1.929, que a la letra dice:

"Los Oficiales de actividad del ejército permanente podrán ser retirados, temporalmente, después de 15 años de servicio por disposición del Gobierno, previa calificación de servicios, y en este caso tendrán derecho a un sueldo de retiro igual al 30 % del último sueldo devengado, y de los 15 años en adelante a un 3% más por cada año de servicio, de conformidad con la Ley 115 de 1.928».

Afirma el fallo a que se está aludiendo:

«Que la prueba completa de los servicios militares de un oficial es su hoja de servicios que debe contener, entre otras cosas, una relación de los despachos militares de los grados respectivos y una relación clara, precisa y pormenorizada de la carrera militar del interesado comprobada con los documentos de llamamiento de servicios, ascensos y retiro *que deben reposar en el Ministerio de Guerra*, al tenor de lo preceptuado, entre otros, en los artículos 31 de la Ley 71 de 1.915, 3º. y 9o. del Decreto 1187 de 1.917, que dicen:

Art. 31. "La prueba completa de los servicios militares del Oficial la compone la hoja de servicios, la cual será firmada en papel sellado, por duplicado; y entre otros documentos, que determinará el Ministerio de Guerra, dicha hoja debe tener lo siguiente:

a) Los despachos militares de los grados respectivos;

b) Una relación clara y concisa de la carrera del militar interesado comprobada con los documentos que deben reposar en el Ministerio de Guerra, desde su ingreso al Ejército, hasta el día en que deje el servicio activo.

Parágrafo. "El Ministerio de Guerra reglamentará las hojas de servicio sujetándolas a un modelo sencillo y claro".

Artículo 3º "En los Decretos y nombramientos del Poder Ejecutivo, referentes a los destinos de los militares, se expresará claramente lo que disponga el Gobierno diciendo: Llámase al servicio activo . . . . ; concédese el paso a la reserva primera o segunda . . . . . o bien: concédese el retiro temporal o absoluto (según el caso) . . . . . En resumen debe decidirse siempre la situación a que se destina el militar y el motivo de ella".

Artículo 9º "La hoja de servicios principiará con el ingreso del militar a las filas del Ejército en los establecimientos de instrucción militar, o en cualquiera de las dependencias de aquellos, *y cerrará con el decreto de retiro* o con el acta de defunción. En la hoja debe constar: los ascensos, promociones, guarniciones, cuerpos de tropa, comandos u oficinas del Ejército en que haya prestado sus servicios; comisiones importantes que haya desempeñado y lo referente a servicios de guerra, campañas, batallas, heridas recibidas y acciones distinguidas de valor. Debe tenerse en cuenta, para la formación de ésta, la hoja de vida del militar que se lleva a cada uno en el Departamento de Personal del Ministerio de Guerra».

El proveído del año de 1.941 a que se está haciendo referencia afirma que la hoja de servicios traída entonces a los autos y referente ella al General Ortiz Borda, no da base suficiente para concluír en forma cierta que éste se halle en alguno de los casos que dan derecho a sueldo de retiro y añade: "que esa hoja no suministra la prueba de los requisitos exigidos por las disposiciones antes citadas, para declarar que un oficial tiene derecho a sueldo de retiro, pues, aparte de no hacerse constar allí: cómo, en qué grado y por llamamiento de quién ingresó de nuevo al Ejército el General Ortiz Borda, retirado en el año de 1.904, ni quién lo destinó a servir en el año de 1.932 en el vapor "Mosquera", es de notar que en la mencionada hoja de servicios tampoco se expresa porqué fue retirado del servicio en 1.933, cuál la causa de ese retiro, y si éste se hizo por el Gobierno espontáneamente o a solicitud del mismo oficial, prueba indispensable, en el caso de autos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 115 de 1.928 (ha debido citarse mejor por pertinente el art. 4º de la Ley 115 de 1.929), ya que los servicios del General Ortiz Borda sólo montan a 18 años y que el demandante no ha alegado en pro de su petición las causales de invalidez, enfermedad o retiro forzoso por edad, que para el caso en cuestión era de 63 años, cumplidos por éste en 1.938 o sea 5 años después de su retiro del Ejército".

En la hoja de servicios del General Ortiz Borda que obra a la cabeza del cuaderno número 1º, se lee lo siguiente:

«..... Consta en el certificado expedido por el Jefe de la Sección de Contabilidad y Revisión de la Contraloría General de la República, que el señor General Eduardo Ortiz Borda sirvió en el vapor "Mosquera" de la expedición del Amazonas, del 1º de noviembre de 1.932 hasta el día último de agosto de 1.933. Tiempo que se computa como de guerra por hallarse turbado el orden en la Intendencia del Amazonas y en las Comisarías del Putumayo y del Caquetá con motivo del conflicto con el Perú, y se forma esta hoja de servicios .....»

Es oportuno apuntar que en tal hoja, se lee lo siguiente:

«A solicitud escrita del señor General Eduardo Ortiz Borda y por orden del señor Ministro de Guerra, se ha formado esta hoja de servicios militares teniendo a la vista los siguientes comprobantes: Partida de bautismo respectiva. Despachos militares que acreditan los ascensos de Subteniente y General de División expedidos por Poder Ejecutivo Nacional, aprobado èste último por el Honorable Senado de la Repùblica en sesión del dia 14 de septiembre de 1.911.

La Resolución número 1.181 de 1.940 (noviembre 4) que acepta la prueba testimonial presentada por el señor General Eduardo Ortíz Borda, tendiente a acreditar los servicios militares que prestó del 8 de diciembre de 1.899 al 2 de mayo de 1.904; un legajo de documentos auténticos, nombramientos, pasaportes etc. que hablan de los servicios efectivos del General Ortíz Borda como Oficial del Ejército regular en la guerra de 1.899 a 1.903; el informe certificado número 922 rendido por el Jefe de la Seción Archivo General del Ejército autenticado por el señor General Secretario del Ministerio, y el certificado número 382 de la Contraloría General de la República en relación con los servicios, prestados por el citado señor General Ortíz Borda en el pasado conflicto con el Perú.

Llenadas las formalidades que exige la ley sobre la materia, se expide esta hoja de servicios en Bogotá a once de febrero de mil novecientos cuarenta y con sus antecedentes pasa a la mesa del señor General Secretario del Ministerio para su confrontación y firma».

En seguida se lee:

«Ministerio de Guerra, Bogotá, Febrero 13 de 1.941. Apruébase esta hoja de servicios militares, por estar basada en documentos auténticos y hecha de conformidad con la ley. José Joaquín Castro M., Ministro de Guerra».

De suerte que lo primero que ocurre preguntar es: por què si la hoja de servicios militares del citado General fue aprobada por el Ministro del Ramo, por basarse ella en documentos ver-

daderos y haberse hecho de conformidad con la ley, se le rechaza como prueba cuando la invoca para pedir su sueldo de retiro?.

Si en realidad esa hoja tuviera deficiencias, hay que aceptar que ellas serían imputables al Ministerio de Guerra y no al General Ortiz Borda, ni a los familiares de la prestación social de que se trata ahora, porque de acuerdo con mandatos legales muy precisos, transcritos ya en el cuerpo de este fallo, es a tal Ministerio a quien le corresponde hacer al expedir esa hoja "una relación clara y concisa de la carrera del militar interesado comprobada con los documentos *que deben reposar en el Ministerio de Guerra,* desde su ingreso al Ejército, hasta el día que deje el servicio activo". (Subraya la Sala).

Por esta obligación precisa e indeclinable del Ministerio no se debe dejar vacío alguno en la relación de la carrera del militar desde que éste entra al Ejército hasta dejar el servicio activo, y tiene tal obligación precisamente porque en su archivo está, tiene que estar para seguridad del Gobierno y de quienes le sirven al Estado en la carrera de las armas, todo cuanto tenga que ver con su hoja de servicios. La prueba de esto es, como se va a demostrar, que lo que el Consejo de Estado notó de menos en la hoja de servicios del expresado General, debía estar el Ministro de Guerra en capacidad de haberlo incorporado a tal hoja como era su deber.

En efecto, al apuntarle el fallo de 1.941 deficiencias a la hoja de servicios del nombrado General, dice entre otras cosas:

> «.....es de notar que en la mencionada hoja de servicios tampoco se expresa porqué fue retirado del servicio en 1.933, cuál la causa de ese retiro, y si éste se hizo por el Gobierno espontáneamente o a solicitud del mismo Oficial, prueba indispensable, en el caso de autos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 4o. de la ley 115 de 1.928 (debe ser la 15 de 1.929 como se anotó atrás), ya que los servicios del General Ortiz sólo montan a 18 años y que el demandante no ha alegado en pro de su petición causales de invalidez, enfermedad o retiro forzoso por edad».

Pues bien: este vacío u omisión que se formuló entonces a la hoja de que se está hablando, no debió existir para el Ministerio de Guerra habida consideración de los elementos de juicio a que se refiere el certificado del Jefe de la Sección de Archivo General del Ministerio de Guerra, que obra en el cuaderno número 1º. del expediente, folios 17 y 17 vto, o mejor: de tales documentos debió inferir los datos sobre el particular, para afirmar, como afirmó, en el texto de aquel documento que *"Llenadas las formalidades que exige la ley sobre la materia,* se expide esta hoja de servicios en Bogotá a once de febrero de mil novecientos cuarenta y *con sus antecedentes* pasa a la mesa del señor *Secretario General del Ministerio para su confrontación* y firma" (Los subrayados son de la Sala).

El certificado en referencia es sumamente claro como puede observarse en seguida. Dice así:

> «1º. Que no ha encontrado en esta Sección Decreto especial de retiro del señor General Eduardo Ortiz Borda en el año de 1.933. 2º. Por Decreto 1347 de 31 de julio de 1.933, que regía con fecha 1º. de septiembre siguiente, fue reorganizado el ramo de Guerra, y por Decreto 1561 de 16 de septiembre de 1.933 y con fecha 1º. del mismo mes, fue destinado todo el personal militar y civil que habría de servir los cargos respectivos del Decreto reorgánico, y entre este personal no se encuentra la destinación del señor General Eduardo Ortiz Borda. 3º. En la hoja de servicios del señor General Eduardo Ortiz Borda, se encuentra un certificado expedido por la Contraloría General de la República en que consta que el señor General Ortiz Borda, sirvió en el vapor Mosquera, del 1º. de noviembre de 1.932, al 31 de agosto de 1.933. Expedido en Bogotá, a diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno. Ciro Aníbal Durán V., Jefe Sección Archivo General».

Pero hay más: los Decretos que acaban de citarse y que en copia se trajeron al expediente, en virtud del auto para mejor proveer de 21 de abril de 1.954, dictado en este juicio, los cuales reposan en el archivo del Ministerio de Guerra, debieron ser consultados con diligencia para permitirle al Ministerio de Guerra el conocimiento y la certidumbre legal de que el General Ortiz Borda fue retirado del servicio activo del Ejército el 1º. de septiembre de 1.933, no en fuerza de un Decreto individual, sino por un decreto reorgánico del Ejército, de carácter general, dictado a raíz de la terminación del conflicto con el Perú y que, por tanto, el retiro entonces del citado General se hizo por disposición del Gobierno. Sin embargo, al tiempo de formar la hoja de servicios en estudio, se omitió hacer la clara y terminante mención de tal modalidad que es de vital importancia para la apreciación legal y jurídica de tal documento en el cual, por otra parte, se computaron como tiempo doble de servicio esas actividades para fijar un "total líquido de 18 años, 2 meses y 4 días". Tiempo de servicio suficiente para prestar fundamento real y positivo a la prestación social que consagra el artículo 4º. de la Ley 15 de 1.929, cuyo reconocimiento fue solicitado por el señor General Ortiz Borda, por medio de su apoderado el Dr. Francisco López Mojica, en demanda del 6 de agosto de 1.941 (Cdno. 1 fl. 13). Además, el hecho de haber prestado el General Eduardo Ortiz Borda ese tiempo total líquido de servicios al Ejército Nacional, constituye también el supuesto del hecho necesario, que sirve de fundamento a la prestación social que consagra la ley en favor de los familiares de tales militares y cuyo reconocimiento se impetra ahora en el punto c) de la parte petitoria de la demanda de revisión que dió origen al presente juicio, pre-

sentada por el doctor Aníbal Galindo E., el 31 de marzo de 1.952 (cuaderno número 4 folio 2 y ss.).

Quedaría por despejar la incógnita acerca de si el Ministerio de Guerra estuvo en la posibilidad de establecer, conforme a *la hoja de vida* que se lleva en el Departamento de Personal del Ministerio de Guerra o con *los antecedentes* que fueron pasados para *su confrontación* a la mesa del señor Secretario General del Ministerio, como se anota expresamente en la última parte (folio 7 del cuaderno número 1) de la hoja de servicios acompañada a la demanda primitiva, "cómo, en què grado y por llamamiento de quién ingresó de nuevo al Ejército el General Ortiz Borda, retirado en el año de 1.904", así como "quién lo destinó a servir en el año de 1.932 en el vapor Mosquera".

A los folios 20 y 20 vto., del cuaderno número 2 sobre "solicitud de pensión al Ministerio de Guerra" formulada el 15 de julio de 1943 por las señoras Isabel Brigard de Ortiz Borda y Alicia Ortiz Gaviria de Camargo Patiño, representadas por su apoderado judicial el doctor Aníbal Galindo E., obra el certificado expedido por el Jefe de la Sección de Archivo, Biblioteca y Mapoteca del Ministerio de Relaciones Exteriores que dice así:

> «CERTIFICA que no aparece en el Archivo General de la Cancillería ningún cablegrama de París sobre personal de la expedición del Amazonas. Pero sí ha encontrado copia de una comunicación enviada desde Belèn del Pará al señor Presidente de la República, cuyo texto es el siguiente:
>
> "Belemm (sic) 29/12/32. Presidente.- Bogota.
>
> "Organicè Cuartel General y Fuerzas Expedición en tres secciones dos artillería Ingenieros que ocuparán Mosquera Córdoba una Infantería en Boyacá. Estas secciones tendrán sus Jefes y Estados Mayores respectivos que dependerán de la concordancia en Jefe donde hanse centralizado Administración Civil y Militar Stop nombre General Roberto Payán Jefe del Estado Mayor. General Eduardo Ortiz Borda Primer Ayudante General. Víctor M. Londoño Tesorero Pagador Expedición. Roberto Ancizar Contralor Cuentas y Compras Ingenieros Inspectores Artillería Camilo Vazquez Carrizosa Jorge Navarro Mèdico Abraham Afanador. Ayudantes diferentes servicios Ricardo Portocarrero Raúl Flórez Bravo Maximo Doue.- Vascobo.- Alberto Miramón. Jefe de la Sección de Archivos.- Bogotá, Febrero 22 de 1.943».

Como se ve, este documento es de fecha posterior a la expedición de la hoja de servicios del señor General Ortiz Borda y procede, por otra parte, de dependencias administrativas distintas de

aquellas en que deben reposar los elementos de juicio indispensables para confeccionar la hoja de servicio de los militares. Ningún otro elemento de convicción aparece en autos sobre el particular y por ende carece aùn el Consejo de datos que le permitan presumir, al menos, que el Ministerio de Guerra estuvo en condiciones de tener a la vista estos otros elementos probatorios cuando hizo la afirmación de que fueron "llenadas las formalidades que exige la ley sobre la materia".

No ha sido, pues suficiente el análisis de los documentos de singular importancia que deben reposar según constancias procesales en el Archivo del Ministerio de Guerra y a los cuales alude en forma tácita la hoja de servicios, así como el de otros documentos que han venido figurando en los distintos expedientes relativos al sueldo de retiro de que se trata, para considerar que según ellos se desvanecerian totalmente las deficiencias que en el fallo del Consejo de Estado de fecha 16 de octubre de 1.941 se anotaron con relación a las pruebas presentadas como fundamento de la solicitud para que se decretara el pago de sueldo de retiro a favor del General Ortiz Borda. Y esto, a pesar de la apreciación benigna, pero en todo caso legal, justa y acorde con las excepcionales circunstancias de roden público internacional en que fue llamado al servicio activo y retirado luègo del mismo el señor General Eduardo Ortiz Borda a quien se le confío en el mes de diciembre de 1932 el ponderoso cargo, ya mencionado, por el señor General Alfredo Vásquez Cobo en su carácter de Jefe Supremo de la Expedición al Amazonas en el conflicto bèlico con el Perú

HOJA DE SERVICIOS

No obstante las consideraciones que anteceden, relativas a las deficiencias anotadas a la hoja de servicios en el fallo del 16 de octubre de 1941, así como a la reincorporación del General Ortiz Borda al servicio activo y a la forma de su retiro de la actividad militar, deberá la Sala desestimar los documentos examinados, toda vez que su apreciación como elementos de juicio suficientes a llenar las deficiencias que en su hoja de servicios se advierten, implicaría una modificación o reforma de tal documento y no es ésta atribución de la Sala falladora, como en repetidas ocasiones lo ha expresado ratificando su invariable doctrina al respecto. En casos análogos ha dicho y repetido la Sala:

> «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 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 a su favor del hecho mismo de la prestación de los ser-

vicios. Así se desprende de las disposiciones de los artículos 31 y 32 de la Ley 71 de 1.915 y 9o. del Decreto 1187 de 1.917. *Siendo, por otra parte, la aprobación de la hoja de servicios de un militar, un acto de una autoridad administrativa como es el Ministro 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 esto no ocurra, ese acto oficial tiene en su favor la presunción de legalidad que ampara a todos los actos de la administración mientras por las vías legales no se declare lo contrario».

Si tal ha dicho el Consejo respecto de la HOJA de servicios militares, en cuanto constituye ella medio de prueba suficiente para la demostración del tiempo servido en las Fuerzas Militares, otro tanto ha sostenido y debe sostener relativamente a otras afirmaciones o vacíos que el mentado documento contenga.

Y supuesto que en la HOJA de servicio del General EDUARDO ORTIZ BORDA se echan de menos requisitos que la Ley exige para el reconocimiento del derecho que la demandante reclama, previamente y por las vías procedentes obtenga ésta la reforma que complementaria eficazmente dicho documento para el logro de sus aspiraciones.

La eficacia legal y jurídica de la situación en que se encuentre un militar -ya retirado o en servicio activo- al tiempo de su muerte, en relación con el reconocimiento por la vía que corresponda de la situación jurídica que las leyes consagran en favor de determinados familiares del militar, está representada en su hoja de servicios expedida con las formalidades que la ley ordena y, por tanto, no es suficiente legalmente que los hechos constitutivos de aquella situación se encuentren acreditados por medios probatorios diferentes, o por una hoja de servicios deficientemente elaborada como ocurre en el caso de autos, pues, la hoja de servicios del militar es a la vez prueba y elemento esencial constitutivo de las condiciones exigidas para el reconocimiento de las prestaciones sociales de que se trata en este ya viejo proceso.

En estas circunstancias, el hecho de exigirle a la demandante la adición, reforma o complemento de la hoja de servicios de su finado esposo, no implica desconocimiento de sus presuntos derechos por más que las deficiencias apuntadas puedan provenir de negligencia por parte del Ministerio de Guerra que debió tener en su archivo -como ya se demostró- los datos precisos para habérsela extendido en la forma que lo ordena la ley.

Tampoco equivale la exigencia anotada a lesionar la economía procesal, habida consideración de que, cuando el derecho procesal ordena que la pretensión de tutela jurídica esté corroborada con pruebas de determinada índole, ese mismo estatuto está aplicando,

justamente, el principio universal denominado de "la economía procesal".

Así lo entienden los expositores contemporáneos sobre la materia, tales como Francesco Carnelutti cuando dice al tratar de "la prueba y el título legal":

> «Con este motivo se ve que las necesidades de la acción se agudizan ante la de su rapidez; la economía exige no sólo que los hombres entre el sí y el no, acaben por decidirse, sino, además, que no empleen en ello mucho tiempo; de otra manera, el derecho, antes que garantía, sería una parálisis. La prueba legal se aprecia por tanto, no sólo en función de la facilidad proporcionada al juicio histórico del juez, sino antes que a éste, al juicio histórico de las partes, las cuales tienen todavía más urgencia que la que debe tener el juez; y por consiguiente, no sólo en función del beneficio que presta al arreglo, sino también a la evitación del litigio». (Teoría General del Derecho pag. 365).

No prospera, por ende, la causal 3ª. del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, como tampoco la causal 6ª. de la misma disposición que fueron las invocadas por el doctor Aníbal Galindo E. en la demanda de revisión que dió origen al presente juicio, toda vez que no se han traído ni obran en el expediente las "piezas decisivas con las cuales hubiera podido pronunciarse una decisión distinta", como tampoco se ha demostrado cuál de las disposiciones legales que sirvieron de fundamento a la negativa del reconocimiento de asignación o sueldo de retiro al General Eduardo Ortiz Borda "fue mal aplicada o interpretada".

El señor Fiscal Segundo del Consejo de Estado es de parecer que "se nieguen todas las súplicas formuladas por el apoderado de la señora Brigard v. de Ortiz Borda" basándose en una interpretación rígidamente exegética de los artículos 49 y 50 de la ley 2ª. de 1.945, 1º. de la ley 81 de 1.947 y 15 de la ley 82 del mismo año. Sin embargo, la Sala se aparta de este concepto, por las razones ya anotadas y se limita simplemente a negar la revisión solicitada por falta de prueba sin entrar a decidir sobre el fondo mismo de las pretensiones formuladas en la demanda de que se hizo mérito al principio de esta providencia.

En vista de las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NIEGA la revisión solicitada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José Urbano Múnera, Guillermo Acosta Acosta, Manuel A. Dangond Daza.- Marco T. Flechas R., Secretario.

SUSPENSIONES PROVISIONALES

CLAUSURA DE TEJARES EN LA PARTE ORIENTAL DE LA CIUDAD DE BOGOTA. SOLAMENTE LOS ACTOS ILEGALES PUEDEN OCASIONAR PERJUICIOS.

(Consejero Ponente: Dr. Rafael Marriaga)

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

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la señora Ana Calvo de McPhillips, por medio de apoderado, demanda la declaración de nulidad de las Resoluciones Nos. 295, de 6 de mayo de 1.954 y la de 6 de julio del mismo año, proferidas por la Alcaldía de Bogotá, y la Nº. 315 de 13 de diciembre de 1.954 de la Gobernación de Cundinamarca, y el restablecimiento del derecho particular que se estima violado. Asimismo, solicita la suspensión provisional de los actos acusados.

El Tribunal admitió la demanda y luego, por auto de fecha 13 de julio postrero negó la suspensión provisional demandada. Contra esta providencia la parte demandante interpuso apelación y otorgado el recurso vino el expediente al Consejo de Estado. Como es oportuno, se procede a resolver.

Los textos de los actos acusados, son los siguientes:

> «RESOLUCION Nº 295 de 1.954. -(mayo 6)- por la cual se revoca una resolución y se clausuran unos tejares.- EL ALCALDE DE LA CIUDAD en uso de sus atribuciones legales, especialmente de las que le confiere la ley 31 de 1.942 y considerando:
>
> Que con fecha 1º de marzo de 1.950 la Inspección 9ª. Municipal, hoy Inspección 5ª., dictó la resolución Nº. 0723, en la cual se ordenó clausurar el tejar que venía explotando la señora Ana Calvo en terrenos de su propiedad, situados en la parte oriental del cerro y ubicados al oriente de la carrera 4ª. entre las calles 68 y 69;
>
> Que apelada la resolución que acaba de citarse, la Alcaldía Municipal, Secretaría de Gobieno, Sección de Justicia, dictó la Resolución Nº. 44 del mismo año de 1.950, revocando la resolución apelada y concediendo en su lu-

gar, un permiso provisional para la explotaciòn del tejar de la señora Calvo, en vista del informe de dos ingenieros Municipales quienes conceptuaron que los trabajos podían prolongarse por un lapso de 3 a 4 años sin perjuicio de la estabilidad del cerro y de las urbanizaciones aledañas;

Que en la actualidad, un grupo de personas residentes en el sector comprendido entre las calles 67 y 70 al occidente de la carrera 4ª se ha quejado ante la Secretaría de Obras Públicas Municipales de que la explotación de tejares en la zona al oriente de sus casas de habitacion, viene causándoles perjuicios de toda índole, que enumeran en sus memoriales;

Que en informe suscrito por dos ingenieros municipales, como resultado de una visita a los tejares, ordenada por la Secretaría de Obras Públicas, se expresan los siguientes conceptos:

"1o.) En la inspección a los chircales mencionados, hecha en el año de 1.950 por los Ingenieros Alfredo Cajiao y Jorge Guerrero, se fijó como plazo máximo de explotación, el lapso de cuatro años al ritmo de la producción normal, tiempo durante el cual se estimò que podría continuarse la explotación sin causar mayores perjuicios. Hoy día, la explotación del material que por entonces había podido ejecutarse ha llegado a su límite y no puede hacerse en condiciones aceptables, sin afectar las condiciones del cerro.

2o.) Esta explotación, agotada la reserva de la parte plana o menos inclinada, se ha llevado a cabo en condiciones antitécnicas, en la propia base del cerro, con altos taludes verticales que constituyen inminente peligro para su estabilidad. La labor destructiva unida a la erosión producida por las aguas lluvias al ser removida la capa vegetal, puede dar origen a derrumbes y deslizamientos con graves consecuencias para las edificaciones de la urbanización "Las Acacias" ubicada en la cima del cerro.

3o.) Auncuando existen unos caños y zanjas de drenaje, no puede evitarse en toda época el aposentamiento de aguas lluvias dando origen a infiltraciones peligrosas. Además los materiales arrastrados por las aguas (greda, arena, piedras) contribuyen al deterioro de las calzadas y a la obstrucción de la red de alcantarillado.

4o.) El sector donde funciona el chircal, que pertenece a zona estrictamente residencial, hoy se encuentra rodeado de modernas urbanizaciones cuyos habitantes sufren incomodidades y molestias ocasionadas por la humedad,

hollín, humo, tránsito permanente de camiones etc. etc., que desdicen del sector y contradicen las condiciones que debe tener un barrio residencial.

5º.) Aquí, como en todo chircal en explotación la existencia de galpones y ranchos para vivienda de trabajadores, presentan el peor aspecto y el panorama para los dueños de residencias y se prestan para la crianza y pastoreo de toda clase de animales domésticos.

6º.) En iguales condiciones generales, y circunstancias técnicas, se encuentra la explotación del chircal, de propiedad del señor Isidro Zamudio, colindante por el norte con el de la señora Ana Calvo.

Por las anteriores razones nos permitimos solicitar tanto del señor Secretario como del señor Alcalde, revocar la resolución que concedió licencia provisional para explotar el chircal que motiva este informe, o tomar las medidas legales que sean del caso para lograr su clausura definitiva. Atentos servidores (fdo.) Alfredo Cajiao V., Ingeniero Jefe del Departamento de Control, y Joaquín Martínez A., Ingeniero Sub-Secretario de Obras Públicas".

Que del informe transcrito se deduce que la explotación a que se refiere esta resolución perjudica a un importante sector urbano y a las propiedades circunvecinas, RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO. Revocar la Resolución Nº. 44 de 1.950 y cancelar el permiso de carácter provisional concedido para explotar los tejares de propiedad de la señora Ana Calvo, situados en la carrera 4ª Nº. 68-00.

ARTICULO SEGUNDO. Ordenar la suspensión de trabajos y la clausura definitiva de los precitados tejares, dentro de un plazo de 20 días a partir de la fecha, para lo cual se comisiona al Inspector Municipal de Policía del barrio respectivo.

ARTICULO TERCERO. En caso de renuencia se aplicarán las sanciones previstas en el Art. 9º del Decreto 302 de 1.944.- Notifíquese y publíquese.....".

"ALCALDIA DE BOGOTA. - SECRETARIAS DE GOBIERNO Y OBRAS PUBLICAS. - Bogotá. julio 6 de 1.954.

En vista de que el señor doctor Gustavo Posse, a quien se tiene como apoderado de la señora Ana Calvo de Mc. Phillips, ha elevado a este Despacho un memorial que obra al folio 22 del expediente, en el cual solicita que se reponga la Resolución Nº. 295 del 6 de mayo pasado, y teniendo en cuenta que los argumentos presentados en ese memorial no desvirtúan en manera alguna los

sólidos fundamentos de carácter legal y de índole técnica en que se apoya la providencia citada, resuelve negar el recurso de reposición pedido y conceder el de apelación para ante el superior. Notifíquese y cúmplase. (firmados) Julio Cervantes -Coronel - Alcalde de la ciudad.-....."

"NUMERO 315. - GOBERNACION DE CUNDINAMARCA. - SECRETARIA DE GOBIERNO. - SECCION DE JUSTICIA.- Bogotá, diciembre trece de mil novecientos cincuenta y cuatro. Procedente de la Alcaldía de Bogotá, ha llegado a este Despacho la Resolución No. 295 de seis de mayo en curso,.....

Estudiando la petición, este Despacho le anota a la parte interesada que la Alcaldía Municipal de Bogotá, en el año de 1.950, le concedió un permiso de cuatro años y que durante ese lapso de tiempo ha debido hacer las gestiones necesarias para el oportuno traslado de la fábrica, a lugar apropiado.

Teniendo en cuenta el dictamen rendido por los ingenieros Municipales, lo estatuído, lo observado por ellos sobre el terreno y no siendo el caso de acceder a lo pedido por la parte interesada, la Gobernación de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, RESUELVE: Confirmar la Resolución No. 295 de 1.954 dictada por la Alcaldía Mayor de Bogotá.....».

Conforme al Art. 94 de la ley 167 de 1941, el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos pueden suspender los efectos de un acto o providencia de la Administración, cuando ellos implican una violación manifiesta de una norma positiva de derecho si la acción es de simple nulidad; y si la acción es distinta de esta, cuando la suspensión sea necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave, el cual debe aparecer probado aunque sea sumariamente. Desde luego, en este último caso, el acto administrativo debe aparecer manifiestamente violador de una norma positiva de derecho ya que los actos ajustados a la ley no pueden causar perjuicio. Por su parte, violación manifiesta no es otra que aquella que aparece a primera vista sin necesidad de acudir a recursos dialécticos para descubrirla.

Se estudiarán a continuación las normas de derecho positivo que en el libelo se consideran como violadas por los actos demandados y el concepto de la violación:

ARTICULO 31 DE LA CONSTITUCION

Estima la demanda que este cánon constitucional ha sido violado por los actos acusados, porque éstos, en su concepto, desconocen el derecho que el demandante tenía adquirido para explotar el chircal hasta la cota 2.645, de acuerdo con la licencia que se le había otorgado.

Quizás el actor intentó citar más bien, el Art. 30 de la Constitución que es el que consagra la protección a la propiedad privada y a los derechos adquiridos con justo título. Tal disposición 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, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interès social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interès público o social.
>
> La propiedad es una función social que implica obligaciones.
>
> Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.
>
> Con todo el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara».

La ley 51 de 1.942, en su Art. 1o. establece:

> «Los Municipios procederán a suspender la explotación de canteras, areneras y la elaboración de materiales para construcción cuando de ello se derive peligro o perjuicio para las poblaciones, sus obras públicas, las edificaciones particulares o las aguas de uso público.....»

El Decreto No. 184 de 1.943 de la Alcaldía de Bogotá, dispuso que para la explotación de canteras, areneras, minas, tejares, etc., situados dentro del Municipio, debía obtenerse una licencia que la Secretaría de Obras Públicas debía conceder provisionalmente mientras hiciera practicar un examen cuidadoso del lugar de la explotación y un estudio de las condiciones tècnicas y de acuerdo con ello ordenar el cierre o dar la licencia. Así mismo, en el Art. 3o. del mencionado Decreto se dijo que la licencia provisional no es base de ningun reclamó contra el Municipio, en el caso de que éste porteriormente ordene el cierre de los trabajos u ordene determinadas obras.

Como se vé, si bien es cierto que la posesión de la licencia provisional por la demandante para la explotación de su chircal constituía para ella un derecho patrimonial, no lo es menos, que el título era precario sometido a la posible suspensión, derogatoria o revocatoria de la licencia y clausura de los trabajos. Y en el caso de autos ocurrió que según la motivación de los actos acusados, del estudio realizado y concepto emitido por los Ingenieros

del Municipio Drs. Alfredo Cajiao y Joaquín Martínez, la explotación del chircal de la demandante y de otros aledaños, por sus condiciones de realización antitécnicas y por hallarse rodeados de residencias particulares, amenazar la estabilidad del terreno, deteriorar las calzadas y obstruír la red de alcatarillado, ofrece peligro y causa perjuicio a las obras públicas y a las edificaciones particulares. Es decir, que se reunen las causales de suspensión previstas en la disposición antes transcrita de la ley 51 de 1.942. En tales circustancias, es claro que la revocatoria de la licencia provisional y la clausura de la explotación decretadas por los actos demandados, no constituyen a éstos, por lo menos de lo que a primera vista aparece, en violadores del cánon constitucional que protege los derechos adquiridos con justo título en forma que se imponga la suspensión provisional solicitada.

ARTICULO 19 DE LA CONSTITUCION

Considera la demanda que este texto ha sido violado por los actos demandados porque éstos le extinguen y arrebatan a la demandante el derecho patrimonial que constituía para ella la incorporación a su patrimonio de la licencia para el funcionamiento de su fábrica.

También aquí se advierte que el libelo quiso referirse al Art. 16 de la Constitución que es el que ordena a las autoridades proteger a las personas en sus vidas, honra y bienes. En efecto, esta disposición establece:

> «Las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares».

Bien se advierte el amplio y hondo contenido social del cánon constitucional trascrito. Según él, las autoridades están en la obligación de proteger por igual la vida, honra bienes de todas las personas y nó únicamente las de determinadas personas. De esta suerte, es ostensible que si las actividades de una persona sobre sus bienes perjudica o atenta contra los bienes de otra persona o los de la comunidad, se impone para las autoridades el deber de proteger la integridad de los patrimonios agredidos o menoscabados, suspendiendo o regulando la actividad nociva. Y si ese deber de las autoridades está concretamente previsto por la ley como ocurre en la oportunidad que en autos se contempla, según las disposiones de la Ley 51 de 1.942 y de los Decretos 184 de 1.943 y 302 de 1.944 de la Alcaldía de Bogotá y varios Acuerdos del Cabildo de la misma ciudad, hay que concluír que los actos acusados al suspender una actividad industrial perjudicial para los bienes de otras personas y para los de la comunidad, por lo menos, de lo que parece a pri-

mera vista, no infringen la disposición constitucional que se comenta en forma que imponga la suspensión provisional de tales actos.

ARTICULO 669 DEL CODIGO CIVIL.

Dice esta disposición:

> «El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar o disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.»

En sentir de la demanda esta disposición ha sido violada por los actos acusados porque estos "introducen un interdicto injustificable" en el ejercicio del derecho de propiedad de la demandante sobre el inmueble donde explotaba el chircal clausurado por tales actos.

Según la disposición transcrita que se dice violada, se puede gozar de la propiedad y disponer de ella libremente, no siendo contra ley ni contra derecho ajeno. Empero, ya se vió como de los fundamentos de los actos acusados que no han sido por ahora desvirtuados y que constituyen cuestiones de hecho establecidas por la autoridad administrativa mediante la inspección ocular de los ingenieros oficiales y su concepto, la explotación clausurada por los actos demandados, iba contra derecho ajeno porque amenazaba otras propiedades particulares y bienes de uso público; y contrariaba la ley 51 de 1.942 y los Decretos 184 de 1.943 y 302 de 1.944 de la Alcaldía de Bogotá, así como Acuerdos del Cabildo de la misma ciudad. Así, pues, por lo que aparece a primera vista, no puede sostenerse que los actos demandados violen manifiestamente la disposición que se comenta.

DECRETO 302 DE 1.944 DE LA ALCALDIA DE BOGOTA.

Aunque el libelo no determina cuál o cuáles de las disposiciones de este estatuto son las que considera violadas, es lo cierto que si bien en él se reglamenta la explotación de actividades como la que se ejercía en el predio de la demandante, dicho decreto exige para el otorgamiento de licencias, el lleno de ciertos requisitos y en ningún caso contempla el ortorgamiento de licencias provisionales como la que fué suspendida o revocada por los actos acusados. Esa licencia por ser provisional implicaba la modalidad de poder ser revisada; y esa revisión no podía tener otro fin que confirmarla o suspenderla, según las circunstancias. Por otra parte, si es verdad que la licencia provisional se concedió para explotar hasta la cota 2.645, también lo es que no aparece demostrado que no se haya llegado a ella. Por el contrario, del in-

forme rendido por los ingenieros Oficiales que sirvió de fundamento a los actos acusados resulta establecido que ".....Hoy día, la explotación del material que por entonces (se refieren al otorgamiento de la licencia provisional) había podido ejecutarse ha llegado a su límite y no puede hacerse en condiciones aceptables, sin afectar las condiciones del cerro....." Así, pues, por lo menos de lo que aparece a primera vista, máxime tratándose de cuestiones de hecho, no puede afirmarse que los actos acusados violen manifiestamente el Decreto 302 de 1.944, mencionado, en forma que se imponga la suspensión provisional pedida.

Por lo que se acaba de decir, tampoco puede afirmarse que los actos demandados violen la Resolución No. 44 de 1.950, que aquellos revocan, haciendo consistir, como lo hace la demanda, la causa de la violaciòn en que la explotaciòn no ha llegado a la cota 2.645. Por lo mismo, no puede fundarse en ello la suspensión provisional pedida.

Finalmente, es claro que si no aparece violación manifiesta de normas positivas superiores, tampoco puede hablarse de perjuicio notoriamente grave, porque solamente los actos ilegales pueden ocasionar perjuicios.

En tal virtud, el Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo, RESUELVE:

CONFIRMASE el auto apelado de que se ha hecho mérito en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuèlvase.

José Enrique Arboleda, Manuel Buenahora, Ildefonso Méndez, Rafael Rueda Briceño, Daniel Anzola Escobar, Rafael Marriaga, Antonio José Prieto.- Guillermo Novoa Rodriguez, Secretario.

JURISPRUDENCIA

A

Páginas

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS. (Sustitución de la norma señalada como violada).— La Sala, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal del Consejo, comparte el anterior razonamiento entre otras razones porque la tecnica contencioso-administrativa le impone la obligación de estudiar los actos acusados solamente a la luz de las disposiciones que expresamente hayan sido señaladas como violadas, de suerte que si estas han sido sustituídas por otras como en el presente caso, la Sala no podría hacer la comparación necesaria para deducir la violación. Lo anterior porque aquí se trata de un contencioso de anulación en el cual se persigue solamente el imperio de la legalidad, sin consideración a los intereses de los particulares como ocurre en la acción de plena jurisdicción, en cuyo caso no podría sostenerse la misma tesis porque en ésta la anulación del acto es tan sólo el camino para obtener el restablecimiento de un derecho patrimonial que ha sido afectado y que tampoco queda restablecido por la simple sustitución de la norma que consagra el bien patrimonial. Por ejemplo: la ley o la ordenanza condicionan las facultades del jefe de la administración para destituír a un empleado de carrera administrativa apesar de lo cual el jefe lo destituye sin el previo cumplimiento de los requisitos que aquellas le imponen. El agravio se produce y el interesado puede promover la acción de plena jurisdicción. Pero si antes de proferirse la sentencia se expide una nueva norma de igual o superior categoría que faculta al jefe para nombrar y suprimir libremente a dicho empleado, no por eso podría dejarse de ordenar el restablecimiento del derecho de éste por lo menos hasta la vigencia de la nueva norma. No ocurre lo mismo en la acción de simple nulidad en donde el fin primordial que se persigue es el sostenimiento del orden jurídico, representado en normas positivas de derecho. Actor: Hernán Cruz Riascos. Sentencia de 22 de junio de 1.955. Consejero Ponente: Doctor Manuel Buenahora..... 1

Páginas

ACTOS DE LOS GOBERNADORES (En los traslados del personal docente de enseñanza secundaria sólo hay que respetar el sueldo mínimo asignado a cada categoría del Escalafón; y deben ser obedecidos hasta que la justicia contencioso-administrativa decida de su injuricidad, salvo casos de fuerza mayor, de dificultad extraordinaria o de aquellos cuyo cumplimiento implica la lesión de uno de los derechos fundamentales y superiores de la persona humana, debidamente alegados).—Estando a cargo de los Gobernadores y Alcaldes la responsabilidad de la educación costeada por los erarios de los Departamentos y los Municipios y no existiendo ninguna disposición legal en contrario, no se vé por qué tengan ellos que consultar los referidos traslados con el Ministerio de Educación Nacional, y más todavía, que el artículo 36 del Decreto Nº. 30 de 1.948 refuerza las tesis expuestas por aplicación analógica del principio que lo informa. Gozando la Administración de la facultad legal de efectuar traslados dentro del profesorado oficial, ningún profesor en particular puede sentirse lesionado en sus derechos personales por causa de un acto de esta naturaleza. Tampoco existe ninguna norma jurídica que establezca la intangibilidad del sueldo de ningún empleado público, excepto por disposición constitucional para los Magistrados y Jueces durante su período, y si ella existiera sería inexequible, porque limitaría al Congreso, Asambleas y Concejos la facultad privativa que les da la Carta de votar anualmente la Ley de asignaciones civiles. Las únicas disposiciones que inciden sodre el particular son los artículos 2º y 6º. de la ley 43 de 1.945. Lo que prohibe el artículo 6º. de esta ley son los descensos de categoría; el amparo del sueldo se halla consagrado por el artículo 2º. ibídem., en relación con el Decreto 165 de 1.948 (que tiene plena vigencia al no haberse modificado en años posteriores esas tasas), pero en forma relativa, es decir, por el mínimo señalado a cada categoría. Los actos administrativos están amparados por una presunción de legalidad y por lo tanto salvo casos de fuerza mayor, de dificultad extraordinaria, o de aquellos cuyo cumplimiento implica la lesión de uno de los derechos fundamentales y superiores de la persona humana, debida y oportunamente alegados deben obedecerse hasta que la justicia contencioso administrativa decida de su injuricidad, pues en todo régimen administrativo organizado debe existir subordinación jerárquica. Esta ha sido la tesis invariable del Consejo. (El

Páginas

fallo transcribe dos jurisprudencias sobre el particular). **Actor:** Marina Jiménez Villegas. **Sentencia de 16 de marzo de 1.955. Consejero Ponente:** doctor Ildefonso Mèndez..... 7

ACTOS DE LOS GOBERNADORES. **(Ramo de Educación. Los rectores de los establecimientos oficiales no se hallan amparados por la inamovilidad relativa).**—Bien puede decirse que son agentes de los gobernadores todos los empleados departamentales que no tienen funciones representativas y que obran, como obran los Rectores, simples empleados con funciones de dirección encargados de supervigilancia, bajo el control de ellos. El Profesor León Duguit, dice respecto de los agentes lo siguiente: "Los *agentes* están colocados bajo la autoridad y el control de los órganos de representación; no tienen ningún carácter representativo, es decir, no expresan en manera alguna la voluntad de la Nación. Esto no significa, sin embargo, que los agentes no sean sino meros ejecutores de la voluntad nacional; esto, es que sus actos sean actos materiales de ejecución; pueden realizar también actos jurídicos, pero no pueden hacerlo más que dentro de los límites fijados por la voluntad nacional, expresada por los òrganos de representación. La voluntad del agente no es voluntad de la Nación; de hecho es, y permanece siendo jurídicamente, la voluntad del agente, al cual la ley confiere el poder de crear un determinado efecto de derecho cuando se ejercita y actúa en un campo así determinado por la ley. No siendo esta voluntad del agente la voluntad de la Nación, es, por lo tanto, una voluntad subordinada, controlada y vigilada por los órganos de representación, pudiendo los agentes ser también controlados y vigilados por otros agentes, lo cual da origen al sistema de jerarquías de los agentes, de control jurisdiccional y de distribución de las competencias....". Todo esto lleva a la Sala a la conclusión lógica e indiscutible de que el Rector de un establecimiento departamental es un típico *agente* del Gobernador, y por tanto de libre nombramiento y remoción. El actor estaba inscrito en la cuarta categoría, especialidad en ciencias sociales e idiomas, por tanto, tenía la inamovilidad que da el Escalafón en la especialidad y estando en el ejercicio activo de las cátedras, pero no en cargos de dirección, como el que ocupa el Rector del Colegio "Deogracias Cardona", pues, el Rector, como tal, no está amparado por el Escalafón de Enseñanza Secundaria. Lo está en cuanto a las

Páginas

cátedras, que dicte dentro de su especialidad. Si el artículo 7º de la Ley 43 de 1.945, exige estar inscrito en el Escalafón, esta inscripción es una condición, no una garantía de inamovilidad. La Sala ha dicho que existe una notable diferencia entre un profesor y un cargo como el de Rector, estos por estar ejerciendo funciones administrativas no están clasificados dentro de ninguna especialidad científica o técnica, mientras los primeros, sí tienen una especialidad y al estar inscritos en el Escalafón conllevan la inamovilidad relativa. Actor: Rafael Ramírez Valencia. Sentencia de 15 de diciembre de 1.955. Consejero Ponente: Dr. Rafael Rueda Briceño 20

ACTOS DE LOS GOBERNADORES. (El agotamiento de la vía gubernativa mediante el ejercicio exhaustivo de los recursos procedentes es un presupuesto necesario para acusar ante esta jurisdicción un acto administrativo).—Las normas transcritas (artículos 71, 77, 82 y 273 de la Ley 167 de 1.941 y 7º de la Ley 67 de 1.943) establecen dos vías o recursos escalonados, en orden técnico ascendente, contra los actos de la Administración: el gubernativo y el jurisdiccional. Esto, es, que no hay lugar a ocurrir ante el Consejo y los Tribunales Administrativos sino para la acusación de ACTOS DEFINITIVOS, o PROVIDENCIAS DE TRAMITE, si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación o DE TODA LA OPERACIÓN JURIDICA cuando haya providencias sucesivas que en todo o en algo perjudiquen, a fin de que se tenga plena competencia para revisar y resolver sobre todas ellas, supuestos éstos que no pueden tener cumplida realización sino con el ejercicio exhaustivo de los recursos gubernativos. De no ser así, la existencia del artículo 80 ibídem, no tendría explicación, ya que si se pudiera accionar directamente la vía de lo contencioso administrativo por el sólo transcurso del término para la interposición de los recursos gubernativos, no se justificaría la exigencia de la norma de obligar a esperar cuatro meses para considerar denegados tales recursos, y además en este órden de ideas, ella sería inoperante en la práctica, pues el interesado en acusar el acto podría fácilmente burlarla con el simple expediente de desistir del recurso o recurso pendientes. Actor: Etelvina Guzmán viuda de Muñoz. Sentencia de 15 de diciembre de 1.955. Consejero Ponente: Dr. Ildefonso Méndez. 26

Páginas

ACTOS DE LOS GOBERNADORES. (Agotamiento de la vía administrativa para poder ejercitar el recurso contencioso administrativo).—Pero se objeta que la existencia de los artículos 273 de la Ley 167 de 1.941 y 7º de la Ley 67 de 1.943, que exigen en forma indudable el agotamiento de la vía gubernativa para acudir ante esta jurisdicción, lleva a una conclusión contraria a la expuesta, ya que si fue necesario la existencia de estas normas para que eso suceda en los casos allí contemplados, es porque los textos generales que rigen el procedimiento ordinario contencioso-administrativo no hacen obligatorios tales recursos en los demás casos, pues de no ser así sobrarían dichos ordenamientos. Evídentemente el artículo 273 consagra una excepción, pero no la que se acaba de expresar, sino la de que en los juicios regulados por esta disposición no cabe la figura jurìdica del silencio de la Administración. Veámoslo: No es difícil apreciar que el precepto manda, en forma categòrica, que los tres meses de la caducidad de la acción contenciosa de impuestos deben contarse "..... SOLO"....."DESDE LA FECHA DE EJECUTORIA DE LA ULTIMA DECISION". Y al exigirse una "ULTIMA DECISION", necesariamente se descarta la posibilidad de la aplicación del artículo 80 ibídem, que considera agotada la vía administrativa cuando, interpuestos algunos de los recursos gubernativos, se entienden negados, por haber transcurrido un plazo de cuatro meses sin que recaiga decisión resolutoria sobre ellos. También es cierto que el artículo 7º de la ley 67 de 1.943, establece otra excepción; mas tampoco es aquella a que se refiere la glosa, sino la de que la vía administrativa de los actos de la Contraloría General de la República, la Superintendencia Bancaria y Superintendencia de Sociedades Anónimas termina con la providencia que resuelve la reposición, considerando el legislador que por atender estas entidades servicios descentralizados, con personería independiente, no tienen superior jerárquico. **Actor:** Etelvina Guzmán viuda de Muñoz. **Sentencia** de 15 de diciembre de 1.955. **Consejero Ponente,** Dr. Ildefonso Méndez..... 26

ACTOS DE LOS GOBERNADORES. (Ramo de Educación. Designación transitoria o interina de profesores).—Siendo el nombramiento de la demandante en calidad de interino para la cátedra del Instituto Pedro Pablo Betancour, carece de derecho legal para exigir su permanencia en el cargo. La Sala no podría apartarse de lo que ha

Páginas

sido materia de reiterada doctrina y en vista de que aparece demostrado en los autos que la actora permaneció por un lapso considerable desempeñando transitoriamente un empleo en el ramo docente, y que no existiendo legislación que, como en relación con los cargos de la Rama Jurisdiccional, limite la interinidad, tales circunstancias daban al Gobierno de Antioquia plena facultad para proveer en debida forma el empleo servido en esas condiciones, dando como razón legal esa realidad, vale decir, la designación transitoria o interina a que alude el señor Agente del Ministerio Público. **Actor:** Aura Berrío G. **Sentencia** de 15 de diciembre de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Rafael Rueda Briceño..... 33

ACTOS DE LOS GOBERNADORES. **(Escalafón de Enseñanza Secundaria. Prueba incompleta).**— El Escalafón de Enseñanza sólo es garantía con relación a la Categoría, al Grupo y a la Especialidad del respectivo escalafonado y no con relación a otras categorías, grupos y especialidades del mismo Escalafón. Y así, tenemos que el actor que aparece escalafonado en la especialidad de ciencias Biológicas y Químicas no está amparado por el Escalafón en relación con la cátedra de Geometría, que también dictaba, por ser ella de una especialidad distinta, la de Matemáticas, según el artículo 2º., numerales 3º. y 4º. del Decreto número 30 de 12 de enero de 1.948. Sostener tesis contraria equivale a dejar sin razón de ser el Escalafón, cuyo objeto de acuerdo con el artículo 2º. de la Ley 43 de 1.945 (que lo creó) fué el de clasificar a los profesores en grupos, según sus especialidades científicas y técnicas, y en categorías, a fin de regular los ascensos y fijar los sueldos de los profesores oficiales, correspondientes a las distintas categorías y formas de trabajo. Por eso, en desarrollo de tal artículo, el Decreto reglamentario número 30 de 1.948 llevó a cabo tal clasificación, dividiendo a los profesores en dos *Grupos*, cada uno de los cuales tiene cinco *Especialidades* y cuatro *Categorías*. Estas circunstancias de orden legal, permiten sostener que en realidad un profesor no se inscribe en forma general en el Escalafón de Enseñanza Secundaria, sino en una determinada *Especialidad o Especialidades* y en una *Categoría* de uno de los *Grupos* de dicho Escalafón. Y así, los derechos que éste otorga sólo se refieren al Grupo, Especialidad y Categoría en que aparece inscrito el escalafonado y no a otros distintos. La regla general es la que para cada año lectivo se renuevan todos los nombramientos del perso-

Pàginas

nal docente de los colegios oficiales del país. En resumen: la inscripción del actor en la Especialidad de Ciencias Biológicas dentro del Escalafón de Enseñanza Secundaria no lo ampara respecto de la cátedra de Geometría, que pertenece a una Especialidad distinta del mismo Escalafòn, la de Física y Matemáticas; y por lo que hace a las cátedras que pudiera estar dictando dentro de su especialidad, no hay prueba en los autos de cuáles eran ellas en 1.950, en que fué destituído como catedrático. **Actor:** Pedro J. Navarro. **Sentencia** de 21 de septiembre de 1.955. **Consejero Ponente:** Doctor José Enrique Arboleda V. 38

ACTOS DE LOS GOBERNADORES. (Acumulación de acciones. Nulidad y acción de plena jurisdicción. Excepción de ineptitud sustantiva de la demanda).— Para que un abogado pueda actuar en un mismo juicio y con respecto a un mismo acto en el doble carácter personal y de mandatario, tiene que ejercitar simultáneamente el contencioso objetivo y el de plena jurisdicción. Sobre este aspecto la jurisprudencia del Consejo es antigua, repetida y abundante. La ley 167 de 1.941 no da margen para acumular acciones; la figura llamada acción mixta y que fue creada por variable jurisprudencia de la Corporación bajo el imperio de la ley 130 de 1.913, desapareció completamente al entrar a regir aquella. Por tanto, hay ineptitud sustantiva de la demanda cuando se efectúa en la misma acumulación del contencioso de legalidad al contencioso subjetivo. Como razón de poder suficiente para sustentar la tesis anterior está el conocimiento de la naturaleza de los actos que caen bajo la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los cuales sólo pueden ser de dos clases: o actos generales o actos individuales. Estos, nacen a su vez de los únicos poderes de que se hallan investidos los individuos, es a saber: Los generales o impersonales y los individuales, poderes que, en último término, causan una de estas dos situaciones jurídicas: o personales, generales u objetivas, o, individuales, particulares o subjetivas. Y como las acciones no son otra cosa que los caminos o medios por los cuales el ciudadano busca la declaración o reconocimiento de su derecho, tales acciones no pueden ser sino adecuadas a los derechos de que son vehículo. Y así, al no existir sino dos clases de actos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no se justifica el reconocimiento de acciones distintas de las correspondientes a dichos actos: La de anulación

Páginas

o legalidad o contencioso objetivo para los actos generales, creadores de situaciones jurídicas impersonales u objetivas, y la de plena jurisdicción o contencioso subjetivo para los actos individuales, creadores de situaciones jurídicas personales, concretas o subjetivas Una acción mixta o una acumulación de las dos acciones indicadas carece de base científica, además de no tener apoyo legal alguno. Complementa la teoría anterior la tesis de que el ejercicio de dichas acciones no es arbitrario, sino que está condicionado por la existencia de interés jurídico en el demandante, de tal modo que la acción de plena jurisdicción sólo puede ser invocada respecto de actos creadores de situaciones subjetivas y por quienes sufren perjuicio a causa de tales actos y la de simple nulidad sólo puede ser ejercida en relación con actos generadores de situaciones generales y objetivas; y si bien es cierto que esta puede ser incoada por cualquier persona, éso no significa que haya ausencia de interés jurídico, sino que tal interés se presume como existente en toda persona para efectos de la conservaciòn y guarda de la legalidad general. **Actores:** Guillermo Osorio Calderón, Adel López Gómez, Carlos Ríos Medina y Takleri Londoño P. **Sentencia** de 12 de mayo de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. José Enrique Arboleda V..... 42

ACTOS DE LOS GOBERNADORES. (Los profesores escalafonados pueden ser nombrados en establecimiento docente distinto de aquél en que estén regentando cátedras de su especialidad).—El Escalafón de Enseñanza Secundaria garantiza al profesor su permanencia en el servicio docente; pero no en un determinado cargo de un mismo Colegio, porque ello equivale a maniatar a la Administración y a entorpecer su buena marcha. Terminado o no un año lectivo, puede ella libremente designar a los colegios y sitios que a bien tenga a los profesores bajo su dependencia, siempre que les conserve las cátedras de su especialidad y el sueldo básico mínimo correspondiente a la categoría del nombrado. Lo que generalmente obnubila el criterio en esta materia es considerar que el sitio y el colegio son los que dan categoría al profesor o que, dicha categoría, debe corresponder a un determinado sitio o colegio. Ni una, ni otra cosa. La categoría es calidad inherente a la persona del escalafonado y el que pertenece a la primera no desmejora en ella porque deje de regentar las cátedras de su Especialidad en Bogotá y vaya a dictarlas a cualquier otro municipio de Cundinamarca. Si no fuere así, se hubiesen establecido categorías

Páginas

entre los Municipios y los colegios desde el punto de vista del Escalafón respectivo. En este caso sí podría decirse que un profesor de primera categoría sólo debería ser nombrado en un municipio y colegio de categoría igual; pero mientras tal cosa ocurra, lo único que debe tener en cuenta la Administración al hacer el nombramiento de profesores, es la especialidad de cada uno de ellos y el sueldo mínimo que, según la ley, corresponde a cada categoría del Escalafón. Cumplidos estos requisitos puede libremente pasar de un Municipio a otro o de una población a otra o de un colegio a otro a los profesores de enseñanza secundaria. **Actor:** Campo Elias González. **Sentencia** de 21 de Septiembre de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. José Enrique Arboleda Valencia 47

ACTOS DE LOS GOBERNADORES.(Actos incompletos o imperfectos. Sus efectos jurídicos).—Cuando se trata de indagar la naturaleza del acto jurídico debe estarse en primer término a su contenido que es el que viene a fijarsela, y no a su denominación que no puede producir el efecto de alterarla. De esta suerte si una norma de carácter general se expresa por medio de resolución, no dejará de producir sus efectos por el hecho de que no se notifique en la forma en que suelen notificarse éstas, y viceversa, si la declaración de una situación particular se hace por medio de Decreto, éste deberá notificarse y hacerse conocer del interesado como si fuera una resolución a fin de que se puedan ejercitar los recursos que la ley otorga contra los actos de su clase..... Constituye principio general de derecho administrativo que los actos jurídicos declaratorios de un derecho subjetivo no pueden ser revocados oficiosamente por el funcionario que los expide.-El anterior principio es un desarrollo de otro consignado en Colombia por el artículo 28 de la Ley 153 de 1.887, conforme al cual todo derecho adquirido bajo el imperio de una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra, y que solamente en lo tocante a su extensión, a su ejercicio y cargas prevalecerán las disposiciones anteriores. Para sostenerlo se parte siempre del supuesto de que se trata de actos perfectos, es decir, de aquellos en cuya expedición se han satisfecho todos los requisitos esenciales que la ley prescribe para los de su clase y por ello, como excepción a la regla general, la jurisprudencia y la doctrina han aceptado igualmente que cuando se trata de actos incompletos o imperfectos, de aquellos a los que falta cualesquiera de los requi-

Páginas

sitos que se exigen para su perfeccionamiento, o lo que es igual, de aquellos que no pueden producir efectos jurídicos porque no han causado estado, es permitida su revocación por el mismo funcionario. La Sala continúa sosteniendo su jurisprudencia conforme a la cual los actos incompletos o imperfectos pueden ser revocados por el mismo funcionario que los expide pero que, como es natural, dicha revocación debe hacerse en forma que permita a los particulares interesados reclamar contra el posible desconocimiento que se haga de sus derechos. En otras palabras: que la revocación se lleve a cabo en forma regular con el fin de conciliarla con el principio consignado en el inciso 2o. del artículo 66 del C.C.A. que permite la declaración de nulidad no sólo cuando se solicita por haberse expedido el acto acusado con violación de normas superiores, sino también por haberse expedido en forma irregular. En el caso de autos, y como lo dijo la Sala en su providencia de fecha 22 de mayo de 1.953, el hecho de haberse hecho la revocatoria del reconocimiento por medio de Decreto y no haberse éste notificado a los interesados en la forma legal, impidió a estos reclamar de lo que en él se dispone, de donde surge que fue precisamente la forma dada a tal acto, su carácter de decreto, lo que vino a originar el problema que se debate. Así, pues, la forma irregular dada a tal acto se toma también en cuenta para que la Sala acepte su nulidad. **Actor:** Ernesto Garbiras Fernández. **Sentencia** de 15 de junio de 1955. **Consejero Ponente:** doctor Manuel Buenahora. 50

ACTOS DE LOS GOBERNADORES. **(Maestros. La pensión jubilatoria liberta a la Administración de la obligación de mantenerlos a su servicio).**— Esta cuestión no es nueva para la Corporación, que ha sostenido en reiterada y constante jurisprudencia que la Administración goza del derecho de llamar a sus empleados a calificar servicios, cuando llenen los requisitos de tiempo y edad determinados en la ley, con la doble finalidad de concederle el beneficio de la jubilación a que se han hecho acreedores, y de llenar la vacante que así se produce con personas que en atención principalmente a sus condiciones de edad, puedan prestar con mayor eficacia sus servicios en los diversos ramos, sin que sea obstáculo para ello el status especial de que goce el empleado retirado. En otras palabras, contra el anterior derecho de la administración, no tiene prevalencia el status del empleado inscrito. Si ello no fuere así, se

Páginas

consagrarían los "empleados vitalicios" en favor de los servidores de carrera; se obstaculizaría la tecnificación y eficiencia administrativas a que debe aspirarse en todo servicio público, y se haría inoperante, en la práctica, la figura jurídica de la jubilación, instituída precisamente como una recompensa en favor del empleado por razón de edad y de sus años de servicio. Cuestión diferente es la de que pueda coexistir tanto el goce de la pensión decretada como el desempeño posterior de un cargo público por la misma persona. La ley determina y permite tales casos de excepción pero ello no implica, en manera alguna, que la administración esté ligada necesariamente a la imposibilidad de prescindir de los servicios de un empleado en quien concurran tales circunstancias, ya que precisamente el reconocimiento de la pensión jubilatoria, máxima prestación a que aspira el empleado, la liberta de la obligación de mantenerlo a su servicio. **Actor:** Gonzalo Acosta A. **Sentencia** de 22 junio de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Manuel Buenahora..... 60

ASUNTOS MUNICIPALES. (Indemnización por destitución).—La indemnización solicitada por el empleado destituído y que consiste en el pago de los sueldos dejados de devengar por él, sólo puede tener como causa su remoción en desacuerdo con normas legales que lo amparan. Dicha indemnización no debe comprender sino el tiempo durante el cual el desempleo del reclamante es igualmente ilegal y no un lapso en el que ese desempleo había dejado de serlo por modificación de las disposiciones legales sobre la materia. Ejemplos: Si se trata de un empleado de período fijo durante el cual no puede ser libremente removido, la indemnización a que diere lugar su destitución antes del vencimiento de aquel, sólo ha de abarcar el tiempo faltante para completar el período respectivo, pues al terminarse éste sí podría ser desligado de su cargo sin traba legal. Es decir, únicamente le son pagables los sueldos correspondientes al tiempo en que el acto de remoción era ilegal y no los referentes a uno posterior en que tal acto hubiera carecido de ilegalidad. Si el caso se refiere a un empleado escalafonado en la carrera administrativa y destituído sin la previa exclusión del escalafón, el pago de los sueldos deberá abarcar desde la remoción hasta el reintegro al cargo; pero si poco tiempo después del retiro ilegal del mismo, el cargo correspondiente es sacado del escalafón respectivo, es lógico que a partir de esta fecha ya podía el emplea-

Páginas

do ser libremente removido y, por tanto, el tiempo corrido desde la misma no debe ser pagado como indemnización. Emana la tesis anterior de la naturaleza misma de la acción de plena jurisdicción, que tiene como finalidad el restablecimiento del derecho violado por un acto inconstitucional, ilegal, irregular o arbitrario de la administración. De aquí que en donde no haya violación de derecho particular civil o administrativo, mal puede haber restablecimiento en él, mediante indemnización de perjuicios. Y como no es posible sostener que pueda haber violación de derechos particulares con un acto administrativo no afectado de nulidad, debe concluírse que es injurídica la condenación al pago de perjuicios por el lapso en que esté cesante un empleado retirado del servicio, cuando el acto de destitución durante dicho lapso no tenía vicio de ilegalidad por haberse modificado las condiciones legales sobre la materia. **Actor:** Jorge Salazar Guzmán. **Sentencia** de 23 de septiembre de 1.955. **Consejero Ponente:** doctor José Enrique Arboleda V 65

ASUNTOS MUNICIPALES. **(Prestaciones sociales. Actos complejos de la Administración. Casos en que no hay necesidad de acusar todos los actos de la operación jurídico-administrativa).**—La jurisprudencia de esta entidad sostiene que en tratándose de actos formados por el concurso de varias voluntades que actúan separadamente en orden al mismo objeto -actos complejos- debe acusarse el conjunto, con el fin de tener esta jurisdicción así competencia para revisar y resolver toda la operación jurídico-administrativa; y que tal concepción doctrinal se aprecia en todo su valor si se razona por el absurdo, es decir, si se supone que la unidad integral de la operación pudiera ser desvertebrada permitiéndose la acusación de alguna o de algunas de las providencias que la componen, pues en este caso se llegaría al resultado de que anulados alguno o algunos de esos actos únicamente, el restante o restantes conservarían su vigencia, lo que jurídicamente impediría el cumplimiento del objetivo de la acusación, esto es, el restablecimiento del derecho demandado. Pero también ha dicho la Sala que hay que considerar que dentro de este proceso cinemático todo acto posterior -ya sea ocasionado por un recurso o por simple tutela de control jurisdiccional- puede confirmar la resolución recurrida pura y simplemente, o anularla, pero sin producir nueva decisión que sustituya la anterior, o dictar nueva disposición sobre el fondo del asunto;

Páginas

de manera que habrá providencias que a virtud de este proceso dejen de existir, y que, por lo tanto, no deben acusarse, y que también habrá otras que por no causar agravio no es del caso demandar. **Actor:** Gustavo Gaviria Restrepo. **Sentencia** de 30 de noviembre de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Ildefonso Méndez. 69

ASUNTOS MUNICIPALES. (**Ineptitud sustantiva de la demanda. Principios que gobiernan la técnica procesal contencioso administrativa**).—a). Los actos creadores de situaciones generales, personales y objetivas deben ser demandados mediante el ejercicio de la acción de nulidad, consagrada por el artículo 66 de la Ley 167 de 1.941, la que es pública, por estimarse que hay interès de la comunidad en la conservación del orden jurídico general. b). Contra los actos, hechos u operaciones administrativos que establecen situaciones individuales y concretas únicamente procede la vía de la plena jurisdicción, de que hablan los artículos 67 y 68 ibídem., los cuales conceden a la persona perjudicada no sólo el derecho abstracto de restablecer la legalidad, sino la posibilidad de obtener de la Administraciòn la reparaciòn del daño concreto que ésta le infligió en su derecho subjetivo. c). Tambièn la acción de nulidad procede contra los actos condiciones que interesan a la sociedad, tales como aquellos que colocan a una persona dentro de una situación general y reglamentaria que la inviste de un poder legal. Por ejemplo: el nombramiento de un individuo que no reúne las condiciones requeridas para desempeñar un cargo oficial; el otorgamiento de una licencia con el fin de ejercer una profesión u oficio en que el interès comùn está en juego. Mas no pueden acusarse por esta vía las providencias de esta naturaleza que descartan la idea de un interés próximo por la sola legalidad, como lo es la de destitución de un cargo público, la que niega una licencia de la naturaleza anteriormente referida, en donde únicamente se lesiona a los titulares de esos intereses. d). El control de los actos, hechos y operaciones administrativas por esta jurisdicción no se extiende hasta el poder de hacer declaraciones directas que generen obligaciones a cargo de la Administración; y en lo que respecta al restablecimiento de un derecho por la vía contencioso-administrativa, éste sólo puede obtenerse como consecuencia de una declaración de nulidad de un acto, excepto: cuando se trata de una lesión causada por actos ya derogados o por hechos u operaciones

Páginas

materiales de la administración (artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1.941); en materia de impuestos, en donde basta la revisión de la operación tal como lo prevé el artículo 271 ibídem; o por daños en propiedad inmueble efectuados por una obrá pública. e). No se pude ejercitar conjuntamente la acción de nulidad y la de plena jurisdiccion. De manera que cuando un acto de carácter subjetivo se deriva de otro objetivo nulo, lo conducente es ejercitar la última acción, acusando la providencia concreta y pidiendo la inaplicabilidad, como excepción para el caso, de la de carácter general. **Actores:** Enrique López de la Pava, Enrique Gómez Restrepo, Jorge Ospina Lozano, Manuel J. Vergara, Leonel Herrera Castaño y Aristóbulo Orrego Duque. **Sentencia** de 1º. de diciembre de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Ildefonso Méndez..... 75

ASUNTOS MUNICIPALES. (Al empleado que ha dejado de tomar posesión se le exige integra la responsabilidad por el ejercicio de sus funciones).—Entre éstas están el artículo 252 del C.P.y M. y el artículo 7º. del Código de Procedimiento Civil que sí hablan de la omisión del juramento, la primera en forma expresa y la segunda en forma que se sobreentiende. Conforme a estas disposiciones la omisión del juramento no anula los actos del empleado respectivo, ni lo exime de responsabilidad y se establece que para el caso de los Magistrados y Jueces, basta el simple ejercicio de las funciones para presumir, y presumir de derecho, lo que vale decir que no admite prueba en contrario, que son válidos los actos ejecutados por tales empleados. Coordinando estas normas con las anteriormente citadas cabe concluir que si bien nuestra legislación establece como tesis general y requisito indispensable la formalidad de la posesión para el normal ejercicio de todo empleo oficial, también le otorga validez excepcional al ejercicio que se haga de las funciones inherentes a un cargo aun cuando su titular haya pretermitido tal formalidad. Claro que ésta es la excepción, pero en todo caso es una excepción contemplada por la ley. Que esta es la interpretación mas sensata se deduce del principio general de que los derechos y las obligaciones son correlativos, y sería aberrante y ajeno a toda noción de justicia que si al empleado que ha dejado de tomar posesión se le exige íntegra la responsabilidad por el ejercicio de las funciones, no se le reconociera igualmente la plenitud de los derechos que pueda derivar de ese ejercicio. Por eso las disposiciones

Páginas

establecen que sus actos son válidos; porque se trata de casos excepcionales y porque el derecho acepta que puede haber excepciones a toda norma general. Esta interpretación se ajusta también a las nociones que sobre la investidura de sus funciones enseñan los tratadistas para los empleados públicos. El Profesor Gastón Jeze, citado por el apoderado del demandante, enseña que el acto por el cual un individuo es nombrado para desempeñar un cargo público es un acto-condición que crea una situación jurídica e impersonal con la que se inviste a aquel, y de allí concluye que cuando se nombra o elige a una persona, ésta queda de inmediato investida provisionalmente de la función, sin que haya de preocuparse por la aceptación (Tomo II, 2, pág. 31). Y si es el nombramiento el que como acto primordial faculta para ejercer las funciones, la posesión, si también acto, es secundario con respecto a aquel y esta calidad de secundario justifica que en casos excepcionales se sacrifique ante el nombramiento. **Actor:** Arturo Torres. **Sentencia** de 22 de junio de 1.955. **Consejero Ponente:** doctor Manuel Buenahora.... 79

ASUNTOS MUNICIPALES. (La "reintegración" no requiere nueva posesión).— Como el reintegro fue ordenado como consecuencia natural de la nulidad, también decretada, del acto que retiró al señor N. N. del servicio, y la nulidad devuelve las cosas al estado que antes tenían, es jurídico concluir que no es necesaria la posesión. En virtud del reintegro no puede decirse que se haya producido una situación jurídica nueva, distinta a la anterior. Precisamente con la nulidad del acto ilegal no se hace sino considerar a éste como si nunca hubiera existido y no se persigue sino restablecer la situación anterior borrando, por así decirlo, lo que había sido ilegalmente ejecutado. También los autores vienen en apoyo de lo anterior en materia administrativa. Benjamín Villegas Basavilbase sostiene que la *reintegración* significa técnicamente el reingreso a las mismas funciones y que no debe confundirse con la *readmisión* que sí implica un nuevo nombramiento. Dice así: "La reintegración es el acto por el cual el empleado o funcionario separado definitivamente del empleo o función se reincorpora al cargo que anteriormente ejercía. Esta manifestación de voluntad de la administración pública presupone la ilegitimidad de la separación o la supresión del empleo o de la función. Es de advertir que la reintegración al empleo o a la función -denominada también reincorporación- significa técnicamente el rein-

Páginas

greso al mismo empleo o función, y no debe ser confundida con la readmisión. En la primera no se crea una situación jurídica nueva para el reintegrado; en la segunda, es necesario un nuevo nombramiento: readmitir quiere decir admitir de nuevo (infra, 314). La reintegración requiere la revocación del acto ilegítimo en virtud del cual el empleado o funcionario fue separado del cargo, o la nueva creación del cargo suprimido..... En todos estos supuestos existe reintegración o reincorporación". ".....La readmisión es una figura jurídica distinta a la reintegración. Tienen sólo una nota común: la de la separación o función. La primera implica siempre un nuevo nombramiento; la segunda, la revisión del acto de separación. En la readmisión existe una verdadera solución de continuidad en la relación del empleo o función, y por lo tanto el readmitido no tiene ningún derecho que alegar para volver al servicio. Además, si la reintegración es un deber de la Administración Pública, cuando el acto de la separación del agente es ilegítimo, en la readmisión no existe ninguna obligación; es una facultad cuyo ejercicio se diferencia jurídicamente de la que se pone en acción para el nombramiento de los demás agentes públicos". (Benjamín Villegas Basavilbase, Derecho Administrativo, págs. 419 y 421). **Actor:** Arturo Torres. **Sentencia** de 22 de junio de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Manuel Buenahora..... 79

ASUNTOS MUNICIPALES. **(Requisitos, condiciones y categorías de la carrera administrativa).**— Según la reiterada jurisprudencia del Consejo, la inamovilidad relativa consagrada en favor de los empleados de carrera, ya sean éstos del orden nacional, departamental o municipal, los ampara únicamente en el ejercicio del cargo en que figuran inscritos, siempre y cuando que se les haya nombrado en propiedad y que dicho cargo, a su vez, forme parte del respectivo escalafón de empleos. Ha sostenido igualmente esta Corporación que cuando se ejercita la acción de plena jurisdicción contra un acto administrativo que conlleva la remoción de esta clase de empleados, para que ella esté llamada a prosperar se requiere, además de los extremos anteriormente relacionados, establecer y probar durante el juicio que la inscripción se halla o hallaba vigente en el momento en que la remoción se produjo, y que, de otro lado, se pretermitió el procedimiento administrativo de rigor o se actuó con abuso o desviación de poder. Puede acontecer que la remoción se cause por

Páginas

supresión del cargo, y en este evento, si dicho cargo se crea posteriormente con diferente denominación pero conservando en esencia las mismas funciones del suprimido, debe el interesado acreditar procesalmente este extremo; o puede simplemente suceder que la remoción se produzca por la sola declaración de insubsistencia con el consecuente nombramiento del reemplazo. En uno u otro evento se requiere además, en mira al posible restablecimiento del derecho, demandar tambièn el nombramiento del reemplazo y demostrar que éste no goza del status de escalafonado en la categoría correspondiente al cargo para que se le ha designado, o que sencillamente no se halla inscrito en ninguna de las categorías del respectivo escalafón. Pero el estatuto sobre carrera administrativa consagra en favor de los inscritos en ella no solamente el derecho a la inamovilidad relativa sino también el del ascenso. De ahí precisamente el que tanto los servidores escalafonados como los cargos por ellos servidos, se hayan clasificado por *categorías*, y que para cada una de estas se exija un mínimum de requisitos o de condiciones, previamente establecidas en forma legal. Como tanto los empleados escalafonados, como los cargos que sirven se encuentran clasificados por categorías, se concluye lógicamente que la inamovilidad relativa -que es uno de sus derechos esenciales- ha de entenderse e interpretarse en funciòn de este otro derecho suyo esencialísimo: el del ascenso. O sea que al servidor escalafonado no lo protege la inamovilidad relativa en cualquier cargo que desempeñe, aun cuando el mismo haga parte del escalafón de empleos, sino únicamente en el ejercicio del cargo correspondiente a la misma categoría en que el interesado fué inscrito al ingresar a la carrera administrativa, o en aquel en que haya podido serlo mediante ascenso hecho en forma legal. De no ser así no tendría causa ni razón la clasificación de empleados y cargos por categorías; no se justificaría el que para cada una de ellas se exigieran especiales requisitos; ni tampoco tendría fundamento el derecho al ascenso de los empleados escalafonados. Si el empleado escalafonado en determinada categoría fuera inamovible de un cargo perteneciente a categoría superior de aquella en que él se halla inscrito, se llegaría al absurdo de que por ese camino se podría desconocer y hacer nugatorio el derecho de ascenso que asiste a los demás. Pero como uno y otro derecho han sido consagrados en favor del mismo beneficiario y por la

Páginas

la misma norma, han de actualizarse y ejercitarse de manera armónica sin que la protección del uno signifique el menoscabo del otro. **Actor:** Rafael A. Mariño Camargo. **Sentencia:** de 7 de octubre de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Manuel Buenahora..... 96

ASUNTOS MUNICIPALES. **(Es esencial traer a los autos "copia hábil" capaz de hacer plena prueba).**—Documento público o auténtico, al tenor del artículo 1758 del Código Civil, es el autorizado con las formalidades legales por el competente funcionario. El fundamento de ésta disposición es bien sencillo pues dándoles, como en efecto les dá nuestra legislación a los instrumentos públicos, carácter de plena prueba; presumièndose que tales actos conllevan una certeza legal obligatoria para las partes y no pudiendo el juzgador desestimarlos, es natural que su expedición haya sido sometida a requisitos esenciales, sin el cuplimiento de los cuales no puede afirmarse que el documento sea público o auténtico. .....Si lo anterior es cierto como principio universal de derecho aplicable a la justicia ordinaria, con mayor razón lo es en la jurisdicción contencioso-administrativa, en la cual el demandante, si bien se le exige presentar con la demanda la copia hábil del acto que se acusa, se le confiere tambièn la especialísima garantía de que basta su simple afirmación de que no le ha sido posible obtener dicha copia para que èsta se solicite de modo oficioso por el Tribunal de instancia (inc. 3o. del art. 86 del C.C.A.). **Actor:** Raúl Rubio Villegas. **Sentencia** de 16 de junio de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Manuel Buenahora 105

ASUNTOS MUNCIPALES. **(Suspensión de Acuerdos creadores de Juntas Directivas de Empresas Municipales. Al Alcalde como Jefe de la Administración Municipal corresponde nombrar los empleados municipales cuya designación no esté especialmente atribuída por la ley o la Constitución a otra autoridad).**—Conforme al Decreto extraordinario 3590, los Alcaldes pueden con el fin de mantener el orden público y regularizar la Administración Municipal, suspender los Acuerdos que consideren perjudiciales para la buena marcha del municipio. Y esa consideración, como es fácil comprenderlo, sólo compete al buen juicio del Alcalde que es cabeza de la Administraciòn Municipal. La facultad es amplísima y sólo está limitada dentro de los conceptos órden público y buena marcha del Municipio. De otro lado, entre las consideraciones que tuvo en cuenta el Alcalde -en este

Páginas

caso- para la suspensión de la Junta Directiva de las Empresas Municipales, está la de que el funcionamiento de tal entidad resulta oneroso y aún inconveniente por cuanto "succiona en gran parte las rentas del municipio". Y por lo que atañe a la designación de los empleados, suspendida la Junta en mención, auncuando el decreto acusado no lo hubiera dicho, no habiendo otra autoridad competente para hacer tales nombramientos, de acuerdo con el artículo 84 del Código de Régimen Político y Municipal, le correspodía hacerlos al Alcalde. **Actor:** Dr. Jorge Moreno Ferro. **Sentencia:** de 21 de julio de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Rafael Marriaga..... 110

ASUNTOS MUNICIPALES. (Los Tribunales Administrativos son competentes para conocer de los juicios de nulidad incoados contra los actos, resoluciones o providencias de las autoridades, funcionarios o corporaciones administrativas del orden municipal. Articulación de nulidad por incompetencia de jurisdicción. Clasificación de los actos de la Administración).— De acuerdo con la doctrina de los expositores de derecho administrativo, sabido es que los actos de la Administración de carácter jurídico se clasifican en varias categorías, así: a). actos reglamentarios que generan situaciones de índole general, objetivas que contienen normas de derecho; b). Actos creadores de situaciones jurídicas individuales que pueden contener manifestaciones unilaterales o bilaterales de voluntad, v. g., la imposición de una multa, la celebración de un contrato, categoría ésta que responde en parte, a la clasificación ya en desuso de actos de poder y actos de gestión; c). Actos-condiciones que consisten en una manifestación de voluntud que coloca a un individuo en una situación jurídica impersonal, v.g., el nombramiento de un agente del servicio público o su separación, el acto por el cual se hace una declaración de utilidad pública respecto de un determinado bien; d). Actos de jurisdicciòn, que contienen decisiones, que resuelven una situación jurídica, con fuerza obligatoria de verdad legal. Así, pues, para el caso de autos, dentro de esta clasificación ha de estar comprendido el acto materia de la demanda emanado del señor Personero del Municipio de Cali. Si así no fuera, habría que decir que no lo produjo como funcionario de la Administración en el mencionado municipio; y esto no se puede sostener por ningún concepto. Que el acto haya sido expedido con competencia o sin ella; que se ajuste o nó a las normas legales pertinentes; que esté viciado o nó de abuso o desviación de poder,

Páginas

no son cuestiones que ahora interesen. Lo único indispensable es definir si se trata o no de un acto administrativo de un funcionario del orden municipal. Y es claro, de toda claridad, que de acuerdo con lo que hasta aquí se ha expresado, hay que concluir sin lugar a duda que se trata de un acto administrativo. Tampoco interesa, para los efectos de este estudio a cuál de las categorías antes enunciadas corresponde la resolución acusada, si bien por sus características, salta a la vista que se está en presencia de un acto-condición. Si el acto objeto de la demanda es un acto administrativo, está sujeto al control jurisdiccional de lo Contencioso Administrativo, es materia de la acción contencioso administrativa ordinaria y son competentes para conocer del juicio respectivo, el Tribunal Administrativo correspondiente -en este caso el del Valle del Cauca-, en primera instancia, y el Consejo de Estado en segunda instancia. En consecuencia, no existe la causal de nulidad procedimental de incompetencia de jurisdicción. **Actor:** Municipio de Cali. **Proveído** de 22 de febrero de 1.955. **Consejero Ponente,** Doctor Rafael Marriaga 117

ASUNTOS MUNICIPALES. (ACCIONES que pueden ser ejercitadas contra los actos o por los hechos de la Administración, según que ellos sean lesivos del derecho objetivo simplemente, o del derecho objetivo y del subjetivo a la vez, o simplemente del derecho subjetivo. El acto que se intenta anular -en este caso- procede de un agente de la Administración producido con pretexto del ejercicio de sus funciones). —Una cosa son los actos de la Administración y otros los hechos de la misma. Los actos administrativos para que puedan llamarse tales, deben proceder de un funcionario o agente de la Administración. Ellos deben ser el resultado de un proceso por lo menos lógico que se funda o pretende fundarse en el desarrollo y la aplicación de normas positivas de legislación. Los hechos administrativos se constituyen por un acaecimiento o realización material ejecutados por agentes de la Administración, no como culminación de un proceso jurídico, aunque sí susceptibles de generar efectos jurídicos como todos los hechos imputables a la persona natural o jurídica que es sujeto de derechos y obligaciones. En efecto, el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, consagra la acción de simple nulidad contra los actos de la Administración cuando ellos se expiden con violación de una norma positiva de derecho o en forma irregular o con abuso

Páginas

o desviaciòn de poder. Es decir, cuando son lesivos del derecho objetivo. El artículo 67 ibídem, consagra la acción de nulidad y la consecuencial de restablecimiento del derecho particular cuando el acto de la Administración es lesivo del derecho de una persona. Es de entender entonces, que el acto administrativo viola alguna norma de derecho positivo; que ese acto es ilegal. Porque si así no fuera, si el acto fuera legal, no habría razón para anularlo, ni tampoco podría decirse que ese acto legal viola el derecho particular. Vale decir, que el acto administrativo lesiona el derecho objetivo, o sea, la norma que consagra la facultad impersonal, y el derecho subjetivo o derecho particular de la persona que tiene un título para disfrutar o radicar en sí esa facultad impersonal establecida por la norma objetiva. El 68 consagra una acción de simple restablecimiento del derecho subjetivo que ha sido violado por un hecho u operacion de la Administración. En este caso, como lo dice la misma disposición, no es necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes. Ello es muy claro porque siendo la causa de la violación del derecho subjetivo, un hecho que se realizó, mal podría pensarse en la anulaciòn porque los hechos como fenómenos cumplidos que son, no se pueden anular. De lo dicho se deduce en relación con el caso de autos lo siguiente: en primer lugar, que el acto que se intenta anular procede de un agente de la Administración producido con pretexto del ejercicio de sus funciones. Y como quiera que no hay elementos para establecer que se trate de una providencia de trámite en el proceso de una querella policiva ni del fallo de ésta; ni de la ejecución de un fallo judicial, es fuerza concluir que el acto objeto de la demanda configura un acto administrativo de los que son susceptibles del recurso contencioso administrativo ante la respectiva jurisdicción, sin perjuicio de lo que posteriormente se demuestre. **Actor:** Sociedad denominada "FLOTAS BOLIVARIANA, GRANADA Y REAL LIMITADA". **Proveído** de 14 de diciembre de 1.955. **Consejero Ponente:** doctor Rafael Marriaga 123

AUTORIDADES NACIONALES. **(Retiro y reintegro en el ejército. Servicios y ascensos. Efectos del restablecimiento de orden judicial).**—De conformidad con el artículo 10 de la Ley 2ª. de 1.945, "Para ascender en el ejército se requiere un tiempo mínimo *de servicio en cada grado,*

Páginas

especial, en el Teniente Coronel Picquart, quien no había titubeado en sacrificar su carrera militar siguiendo el dictado de su conciencia. Se quiso reintegrarle en los cuadros del ejército, con el ascenso que hubiese podido legítimamente esperar si hubiese seguido en la Institución. No se pensó en el asunto "dinero", toda vez que esta solución repugnaba a la tradición oficial de Francia. Cómo podían obtenerse los resultados buscados? No se revocó ni se dejó sin efecto el acto regular de separación, *por estimarse que ello era jurídicamente imposible.* En cambio *el Parlamento* llevó a cabo una serie de actos-condiciones, calculados de manera que el Teniente Coronel Picquart quedase investido de ventajosas situaciones jurídicas generales e impersonales". Como se lee, se consideró jurídicamente imposible revocar y dejar sin efecto el acto regular de la separación del ejército, y fué necesaria la intervención del propio Parlamento porque nada podían hacer los tribunales. El Gobierno Francés, queriendo reparar una injusticia no vaciló en dirigirse al Congreso en los siguientes términos: "La Corte de Casación, en pleno, por sentencia de 12 de julio de 1.906 ha casado definitivamente el fallo condenatorio dictado el 9 de septiembre de 1.899, por el Consejo de Guerra de Rennes, contra el Capitán Alfredo Dreyfus. La proclamación de la inocencia de Dreyfus pone de manifiesto la legitimidad de los esfuerzos que el Teniente Coronel Picquart, con riesgo de perder definitivamente su carrera, intentara leal y valientemente, desde el año de 1.896, para hacer triunfar la verdad. Este oficial superior, separado el 26 de febrero de 1.898, *sólo puede ser reintegrado por una ley a los cuadros activos del ejército.* Os pedimos, además, borrar definitivamente los efectos de esta separación, conferirle el grado de General de Brigada, al cual ya han sido promovidos 64 oficiales menos antiguos que él en el grado de Teniente Coronel, o de una antigüedad igual, y retrotraer su nombramiento al 10 de julio de 1.903, víspera del día en que fué ascendido el más antiguo de estos oficiales generales" (págs 222 y 223 219 y 240 Tomo I.). **Actor:** Rafael Escandón Bucheli. **Sentencia** de 14 de junio de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Manuel Buenahora..... 127

AUTORIDADES NACIONALES. (Demanda de indemnización de perjuicios de la empresa editorial "EL SIGLO, S.A.").
Tesis del H. Consejero Dr. Baudilio Galán Rodríguez sobre inadmisión de la demanda:

«Todos los hechos que el actor en su libelo señala como causantes de la violación de su derecho particular, y cuya realización atribuye a agentes de la Administración, ocurrieron, según la propia demanda, en un lapso comprendido entre el día 13 de junio y el día 24 de septiembre de 1.953. En el presente caso, según manifestación expresa hecha en la demanda, se intenta ejercitar la acción contencioso administrativa que consagra el art. 68 de la Ley 167 de 1.941; es decir, se pretende hacer uso de la vía ordinaria contencioso administrativa de simple restablecimiento del derecho particular que se estima violado por hechos de la Administración; y es sabido que esta acción prescribe al cabo de cuatro meses a partir de la realización del hecho que causa la acción, de acuerdo con lo que establece el art. 83 de la citada Ley 167 de 1.941. Es obvio que si la acción puede ejercitarse dentro del término que señala la ley, no puede ejercitarse fuera de él. Y como ejercitar la acción es demandar, resulta también clara la consecuencia de que si no se puede legalmente demandar, la demanda extemporánea que se presente, no puede ser admitida. En el caso que ahora se ofrece, se observa en primer lugar, que no es una sola acción la que se pretende ejercitar sino una acumulación de acciones mediante una misma vía. Y se dice que son varias acciones porque los hechos que se enuncian como fundamentales, son distintos, aun cuando pudieran ser de la misma índole, acaecidos en distintas ocasiones; por lo mismo, salta a la vista que cada uno de esos hechos sería generador de una acción distinta, desde luego, con distinto término hábil para su ejercicio ante la justicia; si bien por tratarse de acciones de la misma naturaleza y surgidas de relaciones jurídicas entre las mismas partes, sí podrían ejercitarse mediante una sola demanda.....Pero no se diga que el inicial rechazo del libelo ocasionó la prescripción de las acciones en él propuestas. Porque la primitiva demanda fué presentada el día 11 de febrero retropróximo; y es a todas luces manifiesto, que entre el 24 de septiembre de 1.953 y el 11 de febrero de 1.954, transcurrieron más de cuatro meses; sin que haya lugar a argüir que deben descontarse los días correspondientes a las vacaciones judiciales, porque es sabido que cuando la ley habla de meses para señalar términos, se cuentan los del calendario; y solamente cuando habla de días se entienden los días hábiles, caso en el cual sí se deben descontar los fe-

Pàginas

riados y los de vacancia. Y sobra también decir, que los términos judiciales así como los legales, solamente se pueden aprovechar hábilmente, cuando de ellos se hace uso, precisamente dentro del tiempo que ellos comprenden. Actor: "Sociedad Editorial El Siglo S.A.". Proveído: de 9 de marzo de 1.954..... 141

AUTORIDADES NACIONALES. (Demanda de indemnización de perjuicios de la empresa editorial "El Siglo S.A."), Tesis doctrinal acogida por la mayoría de la Sala para admitir la demanda: (Consejero Ponente, Doctor Manuel Buenahora):

".....Las reglas de hermenéutica no permiten interpretar una disposición legal en forma que sirva para incumplir otra, esto es, si la notificación de una providencia no produce efectos legales, si no se le previene al perjudicado acerca de los recursos legales, *a fortiori*, si no se le hace notificación, la simple ejecución de la resolución no puede empeorar su situación de defensa ante la ley"; y, "que exigiendo los artículos 71 y 82 el agotamiento previo de los recursos gubernativos para recurrir ante lo contencioso administrativo, de poder contarse la caducidad de la acción desde la ejecución del *acto*, en estos casos tal caducidad no sería de cuatro meses sino de diez días, término fijado por el artículo 78 para interponer cualquiera de los recursos en aquella vía". Pero a lo anterior se podría replicar: a). Que el texto del artículo 83 es muy claro y que "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (artículo 27, C.C.)". Dice así en lo pertinente el artículo 83: "La acción de nulidad.....encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación *o ejecución del acto* o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción". Este artículo asimila las nociones de *publicación*, notificación y ejecución de los *actos* o de los *hechos* u operaciones administrativas para contar la caducidad de la ejecución del *acto* o del *hecho*, y siendo tan claro su texto, no es lícito relacionarlo con otros para hacerle expresar una cosa diferente; b). Que su aplicación no conduce a violar la norma del artículo 76, porque la finalidad de la notificación es la de llevar a conocimiento del interesado las determinaciones de la Administración y que la ejecución del *acto*, o la realización del *hecho* cumplen esa finalidad; c).

Páginas

Que tampoco es cierto que de contarse la caducidad a partir de la ejecución del *acto*, aquélla se reduciría a diez días, pues el interesado puede, dentro de los diez días hábiles siguientes a la ejecución, interponer los recursos de que habla el artículo 78 e interrumpir, así, el término de la caducidad; d). Que si se acepta, como se hace en el proyecto del doctor Méndez, que para los llamados *hechos* de la Administración la caducidad sí deba contarse a partir de su ejecución, en virtud de la claridad del artículo, no es jurídico dejar de contarla en la misma forma cuando se trata de *actos* originados de la misma Administración, porque ello implicaría sancionar a ésta cuando procede por escrito, dejando intacto el término de cuatro meses para cuando, pretermitiendo todo procedimiento, procede por *hechos* materiales; e). Que de aceptarse la tesis conforme a la cual la caducidad para los *actos* ya ejecutados no se cuenta sino a partir de una notificación hecha conforme al artículo 74, no habría prescripción para las acciones originadas en *actos* que, como los de la demanda en estudio, fueron luego revocados, pero cuya ejecución pudo dejar huellas que se traducen en *hechos* generadores de perjuicios, ya que en virtud de la revocatoria no podría hacerse la notificación por falta de materia, contrariándose el principio de que toda acción tiene su prescripción, y haciéndose desaparecer la necesaria solidez que debe asistir a todos los actos del Estado; f). Que si frente a los *actos* ya ejecutados resulta más gravosa la situación de los particulares, comparándola con la que les resulta frente a *actos* no ejecutados, es cuestión del legislador que no puede el Consejo reformar, y g). Que como lo observa el doctor Prieto, "el artículo 83 de la Ley 167 de 1.941 prevé tres casos de ocurrencia distintos, para conforme a cada uno de ellos indicar desde qué momento se cuentan los cuatro meses que la misma disposición erige como lapso prescriptorio para que la "acción que se ejercite encaminada a obtener reparación por lesión de derechos particulares" y "que es incuestionable que la ocurrencia de uno cualquiera de esos tres casos excluye a los otros". En presencia de los anteriores encontrados conceptos, la Sala, considerando que el punto debatido incide fundamentalmente en la jurisprudencia nacional y que por lo tanto al debate debe dársele una gran amplitud, a fin de que el Ministerio Público y las partes puedan exponer sus puntos de vista; que del estudio que se ha hecho de la demanda, la unani-

Páginas

midad de la Sala considera que la acción intentada se halla prescrita en cuanto se relaciona con los hechos ocurridos en los días 14 de junio y 14 de julio, y que tampoco se puede aceptar la parte relativa a la carta de 4 de agosto, por no haberse presentado su copia; y que las dudas que se han presentado se refieren solamente a la viabilidad del ejercicio de la acción en cuanto a la Resolución 57 de 24 de septiembre de 1.953, resolvió aceptar la demanda por lo que hace a este preciso particular, en gracia, se repite, a la amplitud que debe darse a todo debate judicial. Actor "Sociedad Editorial El Siglo S.A.". Auto de 22 de julio de 1.955..... 144

AUTORIDADES NACIONALES. (Demanda de indemnización de perjuicios de la empresa Editorial "El Siglo, S. A.").
De las tesis expuestas por el H. Consejero doctor José Enrique Arboleda V. en el SALVAMENTO DE VOTO de 22 de julio de 1.955, sobre interpretación del artículo 83 de la Ley 167 de 1.941, se reproducen las siguientes: Dicho precepto contempla tres situaciones distintas: a). La de las providencias que deben notificarse necesariamente; b). La de las que deben ser publicadas para que empiecen a regir, y c). La de las que no requieren notificación ni publicación. Respecto de las primeras, la prescripción empieza desde su notificación; desde su publicación en relación con las segundas, y, en orden a las terceras, desde su ejecución, si no fueron notificadas o publicadas. Este sí me parece el sentido natural u obvio del comentado artículo 83, que lejos de permitir la violación de otros preceptos del mismo C. C. A. los complementa y armoniza. Y como la Resolución 57 de 24 de septiembre de 1.953 es de aquellas que deben ser notificadas personalmente o en la forma prevenida en el artículo 75 del C.C.A., por tratarse de una providencia en la cual quedaba obligado un particular además de ser una sanción, la prescripción de la acción sólo podía empezar a contarse desde dicha notificación. No habiéndose realizado, encuentro jurídicamente difícil equiparar la ejecución a la notificación para efectos de contar la prescripción de las acciones contra ella. No empece a lo anterior el que se tratara de una medida para preservar el orden público bajo el imperio de las amplísimas facultades gubernativas del estado de sitio. Este argumento justifica plenamente el cumplimiento inmediato, sin dilación, por la Fuerza de Policía, de la Resolución ameritada; pero no la falta de notificación en el mismo acto de ejecución o posteriormente a èste, porque las normas ordi-

Páginas

narias vigentes antes de la declaración de turbación del orden público y de estado de sitio, siguen rigiendo durante éste salvo que el Gobierno haga uso de sus poderes de suspensión de aquellas normas. Como en el presente caso no fueron suspendidas para el efecto de la censura de prensa los artículos analizados en el punto anterior, ellos reglan para la Resolución 57 de 24 de septiembre de 1.953. Y no debe olvidarse, respecto del cumplimiento inmediato de dicha providencia, que éste no hubiera podido ser aplazado por los representantes de la empresa sancionada al interponer algún recurso legal contra la misma como resultado de la notificación, porque los recursos contra providencias de policía administrativa no tienen efecto suspensivo. La afirmación de que como la finalidad de la notificación es la de llevar al conocimiento del interesado las determinaciones de la Administración, tal cosa se consigue con la ejecución del acto, no es totalmente aceptable. En primer lugar porque la "notificación" es un término técnico-jurídico de contenido preciso que dá del proveído notificado un conocimiento especial, según la manera como cada Código ordena hacerla. Y así, el artículo 167 del C.P.P. manda que la notificación personal de una providencia se realice leyendo al sindicado la totalidad de ella, el 309 del C.J. indica con detalles la forma como ha de efectuarse una notificación por edicto, y el 74 del C.C.A. determina que al hacer conocer una providencia administrativa al interesado, se expresen los recursos que proceden contra ella por la vía gubernativa. En segundo lugar, porque el conocimiento que pueda adquirir el interesado de la providencia por medio de su ejecución es fragmentaria e incompleta. No es lo mismo que una persona sepa el sentido de una providencia al ser ejecutada contra él, a que la conozca sobre el texto mismo del proveído, dándose cuenta de su motivación y de la extensión o efectos de lo resuelto en ella. Actor: Sociedad Editorial El Siglo S.A."..... ....Pág. 154

AUTORIDADES NACIONALES. (Demanda de indemnización de perjuicios de la empresa editorial "El Siglo S.A.")

Tesis de inconformidad con la mayoría de la Sala expuestas por el H. Consejero doctor Ildefonso Méndez:

a). Que el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo hay que interpretarlo -como lo mandan precisos ordenamientos legales- de concierto con sus otras disposiciones, tales como los artículos 76 y 78, es decir, que como hay ACTOS QUE DEBEN NOTIFICARSE

(artículo 74), y otros que requieren PUBLICACION para entrar a regir (artículo 83) y otros que no necesitan ni lo uno ni lo otro, será en el primer caso, la NOTIFICACION -llevada a cabo con las formalidades de rigor-, en el segundo, la PUBLICACION en el DIARIO OFICIAL y en el tercero, su EJECUCION a falta de lo uno y de lo otro, lo que determinará cuál de los tres momentos fijados por la norma sea el punto de partida para contar la prescripción de la acción que se demanda; b). Que tratándose de HECHOS u *operaciones* materiales de la Administración, por razón de la naturaleza de los mismos, la prescripción se cuenta desde que ellos se realizan. La mayoría de la Sala contrapone, aunque dubitativamente, las siguientes objeciones: aa). Que el artículo 83 ".....asimila las nociones de publicación, notificación y ejecución de los ACTOS o de los HECHOS u OPERACIONES *administrativas* para contar la caducidad". bb). Que tal ordenación ".....prevé tres casos de ocurrencia distintos, para conforme a cada uno de ellos indicar desde qué momento se cuentan los cuatro meses que la misma disposición erige como lapso prescriptorio para la acción que se ejercite encaminada a obtener reparación por lesión de derechos particulares" y ....."que es incuestionable que la ocurrencia de uno cualquiera de esos tres casos excluye a los otros"; y cc). Que . . . "la finalidad de la notificación es la de llevar al interesado el conocimiento de las determinaciones de la administración y . . . . la EJECUCION DEL ACTO o la realización del hecho cumplen esa finalidad". Para no repetir nociones ya expuestas en el texto de mi proyecto, sólo hago las siguientes obsevaciones: 1. Que la ejecución de un ACTO no siempre comporta para los lesionados con èl su conocimiento. 2. Que la mayoría, aunque dice impugnarlo, acepta mi argumento de que de contarse la prescripción de la acción en las demandas por ACTOS QUE DEBEN NOTIFICARSE, cuando se incumple esta exigencia, desde su publicación o EJECUCION, el plazo para la defensa de los perjudicados ante la ley se reduciría a sólo diez días, pues si bien es evidente, como lo anota la mayoría, que dentro de ese mismo lapso hay que interponer los recursos gubernativos cuando SU NOTIFICACION se cumple PERSONALMENTE -en donde, como requisito para su validez se impone la advertencia sobre tales recursos,- no sucede lo mismo si ésta no se hace, ya que en este evento hay que dejar pasar, primero, cinco días, luego fijar

Páginas

un EDICTO por otros cinco, y si se trata de una providencia del Gobierno o de un Ministerio, después, hay además que publicar ese EDICTO en el DIARIO OFICIAL por una vez, y dejar correr nuevamente otros treinta días (artículos 74, 75 y 78). 3. Que con la interpretación en referencia la Administración puede incumplir "legalmente" las normas sobre notificación y publicación de los ACTOS -que son una preciosa garantía institucional- fácilmente. Así una providencia que *debe notificar,* la publica o la ejecuta; o una que DEBE PUBLICAR para que entre a regir, la ejecuta simplemente. 4. Que el argumento que se hace para tratar de demostrar "..... que de aceptarse la tesis conforme a la cual la caducidad de los ACTOS ya ejecutados no se cuenta sino a partir de una notificación hecha conforme al artículo 74, no habría prescripción para las acciones originadas en ACTOS que, como los de la demanda en estudio, fueron luego revocados, pero cuya ejecución pudo dejar huellas que se traducen en HECHOS GENERADORES DE PERJUICIOS, ya que en virtud de la revocatoria no podría hacerse la notificación por falta de materia, no pasa de ser un sofisma; pues si es evidente que tal ACTO por esa circunstancia no será necesario notificarlo, si debe serlo la providencia que lo revoca, con lo cual desparece la objeción anotada, pues a partir de tal diligencia principia a correr la prescripción de la acción para reclamar los posibles daños ocasionados, en la forma prevenida por la ley. Actor: "Sociedad Editorial El Siglo S.A.". Salvamento de voto de 22 de julio de 1.955. 157

AUTORIDADES NACIONALES. (Demanda de indemnización de perjuicios de la empresa editorial "El Siglo, S.A.").—
De las tesis expuestas por el H. Consejero doctor Antonio José Prieto en el SALVAMENTO DE VOTO de 28 de junio de 1955, se reproducen las siguientes:

El auto de la Sala de Decisión que ordena admitir la demanda, desechando la prescripción de la acción ejercitada, es antiprocesal, antitécnico, antijurídico e ilegal. Si la demanda no es viable porque está prescrita la acción, es antiprocesal; y antitécnico el auto en cuestión. Y es antijurídico e ilegal si contraría la ley escrita, la norma que estatuye de modo imperativo el modo como se ha de contar, como se ha de computar el lapso prescriptorio. El artículo 83 de la Ley 167 de 1.941 o C de lo C.A. prevé tres casos de ocurrencia distintos, para conforme a cada uno de ellos indicar desde qué momento se cuentan los cuatro meses que la misma disposición erige como lapso prescriptorio para la

acción que se ejercite encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares (inciso 3º del artículo citado). Es incuestionable que la ocurrencia de uno cualquiera de esos tres casos excluya a los otros dos. El inciso 3º. dicho reza: "La encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción". La acción ejercitada es simplemente la de reparación por lesión de derechos particulares, o sea la contemplada por el artículo 68 de la misma Ley 167 de 1.941, que contempla que la causa de la violación del derecho sea "un hecho o una operación administrativa". Y va enderezada la acción, como lo prevé el mismo artículo 68, a que el restablecimiento del derecho se obtenga por medio de una indemnización pecuniaria. La administración pública ejerce sus funciones por medio de actividades que se concretan en HECHOS y en ACTOS administrativos. ACTOS ADMINISTRATIVOS. Cuando la administración pública decide mediante disposición de carácter general o particular en ejercicio de sus funciones administrativas, sobre algún derecho o interés, tal decisión constituye un acto administrativo. Así, por lo tanto, los tratadistas definen el acto administrativo como decisión, general o especial, de una autoridad administrativa en ejercicio de sus propias funciones y que se refiera a derechos, deberes o intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellas. HECHOS ADMINISTRATIVOS. Cuando la administración pública en la ejecución de sus fines realiza una actividad material -en sentido lato- dirigida a obtener un efecto dado, por ejemplo: el cumplimiento de una medida de policía, la demolición de un edificio, la clausura de un local por razones de seguridad, el secuestro de mercaderías por razones de higiene pública, etc., en todos estos casos esa actividad administrativa consiste en hechos administrativos, que serán jurídicos si producen efectos jurídicos. De la definición de acto administrativo se desprende: 1º. Que es esencial el elemento de una decisión. 2º. Que ésta es de carácter general o particular. Si la decisión administrativa considera uno o mas casos pero "INDIVIDUALMENTE" determinados, y se manifiesta de manera concreta, el acto administrativo es especial. Si se considera de una manera general y abstracta una plu-

Páginas

ralidad de casos o una situación general, el acto administrativo es general. Cuando se trata de un acto administrativo o decisión de la primera clase, necesaria será su notificación, la que corresponderá hacerse como lo prescribe la ley procesal contenciosa, y entonces aquí se tiene la ocurrencia prevista por el inciso 3o. del artículo 83 atrás transcrito. Cuando se trata de la segunda clase de decisión o acto administrativo, la notificación se hará por medio de la publicación y promulgación consiguientes, y entonces se tiene el segundo caso de ocurrencia previsto por el mismo inciso. Huelga decir que para el primer caso caben los recursos administrativos de revocación, y que para el segundo, salvo excepciones, queda el recurso jurisdicción de anulación. Mas cuando se trata de hechos administrativos bien se comprende que no son susceptibles de notificaciones como cuando se trata de los actos administrativos o decisiones administrativas, porque tales hechos por su naturaleza íntima, esencial, son susceptibles de retrotracción. Así la demolición de un edificio, o el cumplimiento de hechos análogos, no pueden reponerse una vez cumplidos ni por anulación ni por revocación. De ahí que la ley otorgue al particular lesionado solamente la indemnización o reparación pecuniaria. Hecha la distinción anterior, nos encontramos en presencia de la tercera ocurrencia contemplada por el inciso 3o., a saber: "o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción". Actor: "Sociedad Editorial El Siglo S.A.". 167

AUTORIDADES NACIONALES. (Nulidad de las resoluciones del Registrador Nacional del Estado Civil y de los Acuerdos de la Corte Electoral. Motivación falsa en la destitución de un Delegado). —El Consejo en diversos fallos ha sostenido la doctrina en el sentido de declarar que cuando el agente de servicio obre con facultad discrecional, por enunciación de motivos no verdaderos, que no estaba obligado a dar, o, con facultad reglada, cuando le es obligatorio expresar los motivos y estos resultan falsos, hay nulidad de los actos administrativos por motivación falsa. La demanda está encaminada a prosperar en lo que respecta a la nulidad de las resoluciones acusadas, mas no en lo relativo al restablecimiento del derecho y pago de sueldos de que se hubiera privado al actor como consecuencia de los actos ilegales que lo separaron del referido cargo, por no haberse demandado la resolución del Gobernador del Departamento, dictada por autorización del Registrador

Pàginas

Nacional del Estado Civil y con fundamento en las atribuciones del artículo 249 del Código de Régimen Político y Municipal, en la cual se nombrara con carácter de interino la persona que debía reemplazar al demandante, mientras se hacía el nombramiento de Delegado con la plenitud de los trámites legales. **Actor:** Marco A. Constaín. **Sentencia** de 9 de septiembre de 1.955. **Consejero Ponente:** doctor Antonio José Prieto... 181

AUTORIDADES NACIONALES. (Resoluciones de la Caja Nacional de Previsión Social. "Notificaciones").—La disposición contenida en el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo es de amplitud tan extraordinaria que no sólo exige que se haga personalmente, sino que el error u omisión de no hacer las advertencias alusivas a los recursos que por la vía gubernativa procedan, acarrea responsabilidad directa del funcionario. Y esto quiere decir en sana lógica que el Estado puede repetir la responsabilidad que se exige en contra del empleado que no se ha ceñido rigurosamente a los ordenamientos expresos y terminantes del artículo citado. No en otra forma se puede interpretar tal mandato. Y "si no pudiera hacerse notificación personal, se fijará un edicto en papel comùn en lugar público del respectivo despacho por el término de cinco días, con inserción de la parte resolutiva de la providencia y con las prevenciones mencionadas en el inciso primero del artículo anterior" (art. 75 ibídem.). Nada de esto se hizo. La Caja se limitó a fijar el aviso que copia en su vista el señor Fiscal y que comenta con visible acierto, aviso que, por otra parte, no reune las normas legales de que se viene tratando para que esté elevado a la categaría de "edicto" y configure la notificación de que trata la disposición últimamente citada. El argumento de la Caja Nacional consistente en que "es una entidad autónoma y está administrada por una Junta Directiva, una de cuyas funciones es la de establecer el procedimiento que ha de seguir la entidad para el reconocimiento de las prestaciones a su cargo", no puede interpretarse esa autonomía en el sentido de llegar a expedir "acuerdos" que violen y deroguen *implícitamente* las leyes que rigen y señalan la ruta procedimental en la tramitación de los juicios. Tanto el Código Judicial como el Contencioso Administrativo determinan en forma precisa el procedimiento a seguir en los juicios y que garantiza ampliamente los derechos de los respectivos interesados. La simple lectura de las disposiciones 74 y 75

Páginas

citadas indican a las claras que el argumento de la Caja Nacional sobre este tópico está desprovisto de respaldo legal. **Actor:** Bernardo Umaña de Brigard. **Sentencia** de 29 de septiembre de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Rafael Rueda Briceño..... 185

AUTORIDADES NACIONALES. (Resoluciones de la Caja Nacional de Previsión Social. Liquidación del auxilio de cesantía).—La liquidación del auxilio de cesantía, es cuestión que el Consejo de Estado ha definido acorde y repetidamente en distintos fallos. Ciertamente las doctrinas que el apoderado de la parte demandante reproduce en su alegato de conclusión aclaran suficientemente el punto controvertido y dejan sin valor y efecto la equívoca argumentación de la Caja de Previsión de que la liquidación parcial es exhaustiva y no está sujeta a revisión posterior. La liquidación le da al empleado o trabajador la garantía del pago integral de su derecho al tiempo de retiro o dejación del servicio, mediante la liquidación definitiva "sobre el cómputo del sueldo devengado en los tres últimos meses y por el tiempo de servicio continuo o discontinuo" (art. 17, ordinal a), de la Ley 6ª. de 1.945, Decreto 1160 de 1.947 y art. 1º de la Ley 65 de 1.946). **Actor:** Bernardo Umaña de Brigard. **Sentencia** de 29 de septiembre de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Rafael Rueda Briceño..... 185

C

CONSULTAS DEL GOBIERNO. (Régimen especial de administración fiduciaria. Marcas, patentes y demás modalidades de la propiedad industrial.)—Las marcas, patentes y demás modalidades de propiedad industrial, pertenecientes a personas naturales o jurídicas de los países del Eje, no domiciliados en Colombia, fueron sometidas desde un principio al régimen especial de administración fiduciaria, iniciado por el *Decreto-Ley número 59 de 17 de enero de 1.942;* mas tarde, como consecuencia de la situación de beligerancia con Colombia, provocada por Alemania, quedaron vinculadas o sujetas, conforme a las prácticas del Derecho Internacional y al *Decreto-Ley número 2622 de 29 de diciembre de 1.943,* al pago de las indemnizaciones y reparaciones respectivas a favor del Estado colombiano y de los súbitos de éste y, finalmente formaron parte del pro-

Páginas

ceso de liquidación y pago de las cuotas individuales por indemnización de guerra y de las reparaciones correspondientes, de acuerdo con lo prescrito en la *ley 39 de 1.945*, reglamentada por el *Decreto número 216 de 24 de enero de 1.946* y modificada por la *ley 118 de 1.948*. Las disposiciones que se refieren concretamente a las marcas, patentes y demás modalidades de la propiedad industrial, tales como el *Decreto-Ley 2644 del 30 de diciembre de 1.943* y demás disposiciones legales y reglamentarias, anteriormente descritos, no constituyen, ni establecieron un régimen de administración fiduciaria diferente del contemplado en el capítulo I, pues; todos esos preceptos legales, son desarrollo natural y obvio de las medidas que el Gobierno Nacional, con fundamentos en claros preceptos constitucionales y legales, *inició a partir* del Decreto número 59 de 17 de enero de 1.942 y desarrolló y liquidó, por último, ajustándose a los más puros principios de ética jurídica que informan las relaciones de todo orden entre los pueblos del orbe civilizado. El canje de notas entre el Gobierno de Colombia y la Embajada de la República Federal de Alemania efectuado el 19 de mayo de 1.954, anexas al CONVENIO DE INTERCAMBIO DE MERCANCIAS ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, firmado en Bonn a los veintisiete (27) días del mes de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro, cristalizaron en el *Decreto número 3109 del 22 de octubre de 1.954*, "por el cual se dispone lo relativo a la manera como debe verificarse la cancelación de la inscripción y de los registros que hoy existen a favor del Estado colombiano, de marcas, patentes, dibujos y modelos industriales y su traspaso a favor de personas alemanas". La interpretación que procede adoptar -lógica y jurídicamente- para efecto de dar cumplimiento al precitado Decreto 3109 del 22 de octubre de 1.954, no puede ser otra distinta a la de que las marcas, patentes y demás modalidades de la propiedad industrial estaban sometidas a lo dispuesto por el Decreto-ley número 59 desde su fecha, o sea, desde el 17 de enero de 1.942". Bogotá, marzo 15 de 1.955. Informante: Consejero Dr. Guillermo Acosta Acosta. El H. Consejo de Estado aprobó el informe y el Ministerio de Fomento, en oficio número 2249 de 8 de noviembre de 1.955, autorizó su publicación en los "ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO" 193

Páginas

CONSULTAS DEL GOBIERNO. (Cuando cesa la prestación social de invalidez. Militares. Revisión.).—La prestación que consagra el artículo 41 de la ley 2a. de 1.945 tiene como causa la invalidez absoluta y permanente para toda clase de actividades, tanto militares como civiles, adquirida en el servicio. De tal suerte que la misma disposición está indicando que cuando cesa la incapacidad debe ponerse término a la prestación así reconocida. Este es, justamente, el fundamento de la parte final de la causal 2a. de revisión que contempla el artículo 165 del C.C.A. Como esta clase de prestaciones sociales se reconocen por medio de resolución o sentencia, es claro que dados los efectos de la cosa juzgada solamente puede lograrse la invalidación de dicha sentencia o resolución mediante el juicio especial de revisión. Juicio en el cual debe producirse la prueba de que ha cesado la invalidez que dió origen al reconocimiento y como es natural sería prueba pertinente la demostración del hecho de que el pensionado esté desempeñando o haya desempeñado cargos civiles o militares después de concedido el reconocimiento de la prestación. Informante: Consejero doctor Guillermo Acosta Acosta. Aprobado por la Sala de Negocios Generales y el Ministerio de Guerra en oficio número 01019 de 9 de noviembre de 1.955, autorizó la publicación en los "ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO... 204

CONSULTAS DEL GOBIERNO. (No son aplicables las disposiciones de prestaciones sociales de la Policía Nacional a las consagradas en forma especial para las Fuerzas Armadas y para otras ramas del servicio público).—Los preceptos que consagran el numeral b) del artículo 16 del Decreto 981 de 1.946 "por el cual se reorganiza la Caja de Protección Social de la Policía Nacional" no son aplicables por analogía a las prestaciones sociales que la ley consagra también en forma especial para las Fuerzas Armadas y para otras ramas del servicio público, pues todo precepto de excepción tiene aplicación restrictiva y no admite la aplicación a otros casos por interpretación analógica. Informante: Consejero Dr. Guillermo Acosta Acosta. La Sala de Negocios Generales del H. Consejo de Estado aprobó el informe y el Ministerio autorizó su publicación en los Anales de la Corporación por medio de oficio número 01019 de 9 de noviembre de 1.955..... 204

Páginas

D

DECRETOS DEL GOBIERNO. (Ramo de Educación Nacional. El escalafón en la Carrera Administrativa y la inamovilidad relativa).— De todo lo relacionado anteriormente fluye la solución que en innumerables negocios ha dado esta Sala a los problemas de la naturaleza del presente. Porque si es evidente que el actor estaba escalafonado en la carrera administrativa, la inamovilidad relativa lo amparaba solamente para el cargo en el cual estaba inscrito, es decir, como Sub-Director Secretario de la Sección Educación Primaria, en su carácter de funcionario del Ministerio de Educación Nacional. Pero ocurre que el demandante aceptó el cargo de Director del Colegio Emilio Cifuentes de Facatativá, ejerciéndolo durante algún tiempo, y, como si esto no fuera bastante, posteriormente también aceptó y alcanzó a posesionarse del cargo de Rector del Instituto General Santander de Honda. En estas condiciones queda bien claro que el interesado por su propia voluntad dejó un empleo en el cual aparecía inscrito en el escalafón y desempeñó otros fuera de éste, sin haber siquiera puesto de presente que dejaba a salvo los derechos que lo amparaban como ciudadano inscrito en un determinado cargo dentro del escalafón, como bien claramente se puede ver en el acta de posesión. Esto quiere decir, de modo sencillo, que él asumió las consecuencias de dejar un cargo en el cual estaba inscrito por otro que carecía de tales ventajas, sin que por tal motivo haya perdido el derecho de continuar en carrera, pero tampoco, como queda dicho que su acto voluntario lo autorice para hacer las peticiones que se hallan consignadas en la demanda. Actor: Florentino Cortés Bernal. Sentencia de 28 de noviembre de 1.955. Consejero Ponente: doctor Rafael Rueda Briceño..... 206

DECRETOS DEL GOBIERNO. (Retiro y ascensos de Oficiales del Ejército. Consecuencia de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia).— El actor, como consecuencia de los fallos de fecha 11 de julio de 1.952 y quince (15) de septiembre del mismo año, dictados por la Honorable Corte Suprema de Justicia y por el Comando de las Fuerzas Militares, respectivamente, quedó amparado por las normas legales sobre actividad y ascensos de Oficiales del Ejército, adquirió un derecho con justo título. No tuvo legalmente interrupción en su acti-

Páginas

vidad como oficial del ejército sino hasta la expedición del Decreto 2598 de 28 de octubre de 1.952, cuando a solicitud propia se le retiró "del servicio activo del ejército", según se expresa en dicho Decreto. El Ministerio de Guerra, así lo confirma en la Resolución No. 1003 de 1.953, en la cual reconoció como tiempo de servicio prestado en actividad por dicho oficial, el comprendido entre el 1o. de agosto de 1.944 y la fecha de retiro de tal servicio activo. El Consejo no puede desconocer la autoridad del Ministerio de Guerra, en este punto, y acepta que el lapso a que se ha aludido, se computa como servicio activo. Según el certificado del Coronel Comandante de la Escuela de Ingenieros de fecha 7 de enero de 1.944, que obra en el expediente, el Oficial N.N., cumplía antigüedad y los requisitos para su ascenso a Capitán. No hay pues duda de que el demandante adquirió en la citada fecha su derecho al ascenso a Capitán, el cual no le fue oportunamente reconocido por el Gobierno por causas totalmente ajenas al mencionado Oficial, que vinieron a desaparecer únicamente cuando la Honorable Corte Suprema de Justicia y el Comando General de las Fuerzas Militares pronunciaron las sentencias a que anteriormente se ha hecho referencia. Por lo que hace a la solicitud para que se reconozca el grado de Mayor, cabe anotar que con fecha 14 de los corrientes ésta Sala decidió los negocios adelantados por José Antonio Buchelli y Carlos Ortega Bernal en los cuales no se accedió a las peticiones de la demanda. Procede esta cita porque en aquellos negocios se dejó bien establecida la imposibilidad en que se encuentra el Consejo para reconocer a un oficial el grado superior a que aspira sin que hubiere demostrado su permanencia en filas durante el tiempo determinado por la ley. En el presente caso, según se dijo atrás, el tiempo en que sirvió en las filas el actor lo habilitan plenamente para obtener el grado de Capitán. Mas, como por razones de que da cuenta el expediente, ya consignadas en el cuerpo de este fallo, no prestó ese servicio en filas el tiempo reclamado por las disposiciones terminantes para ascender a Mayor, el pedimento que se contrae a que se le reconozca tal grado, no puede prosperar. **Actor:** Luis Carlos Gaitán Aldana. **Sentencia:** de 23 de junio de 1.955. **Consejero Ponente,** Dr. Rafael Rueda Briceño..... 7

DECRETOS DEL GOBIERNO. (Los empleados quedan desinvestidos al vencimiento de su período).— La tesis de la

Páginas

desinvestidura concuerda, además, con lo que dispone el Código de Régimen Político y Municipal en sus artículos 68 y 249. Y es precisamente la existencia de esas normas uno de los fundamentos para aceptar la doctrina de la desinvestidura en nuestra organización jurídica, ya que si el legislador partiera del principio contrario, no las hubiera dictado. En tal evento, habría guardado silencio a fin de que los funcionarios continuaran en sus cargos como si el período nada significara. Mas, precisamente porque consideró que los empleados quedan desinvestidos de sus funciones al vencimiento de su período, y para evitar los trastornos que una situación de emergencia pudiera acarrear, les impuso el deber inexcusable de continuar al frente de sus puestos hasta tanto se presente la persona que deba reemplazarlos; y en concierto, facultó a los Jefes de la Administración para proveer los cargos, en interinidad, mientras dure esta situación anormal. La Sala consigna, también, para el caso en estudio, su discrepancia con la alegación del demandante acerca de la identificación que hace entre el status del Procurador General de la Nación y el de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia ante quienes ejerce su cargo, fundándose en el artículo 142 de la Carta. Esta disposición concede razón al demandante en cuanto se refiere a categoría, remuneración, privilegios y prestaciones, pero no en cuanto a la totalidad del status de tales Magistrados, porque, técnicamente, él tiene que ser distinto para los funcionarios del Ministerio Público y para los de la Judicatura, por cuanto representan instituciones diferentes y por eso la Constitución Política reglamenta sus atribuciones en distintos títulos. Pero aun aceptando por vía de hipótesis que el status del Procurador sea el mismo de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en nada cambiarían los resultados de la demanda frente a la tesis sentada por la Sala, estudiada anteriormente y conforme a la cual el vencimiento del período produce la vacancia del cargo, ya que ella opera también para todos los funcionarios de período fijo, así sean Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o de Distrito Judicial, Jueces, Agente del Ministerio Público o Consejeros de Estado. Partiendo siempre de la tesis, de que el status del Procurador es el mismo del de los referidos Magistrados, afirma el demandante que la terminación del período de Magistrado no produce vacancia, porque el artículo 149 de nuestra Ley fundamental no la incluye entre las

Páginas

causales para producir falta absoluta. Aparte de que dicha enumeración no es taxativa, la omisión observada se explica sencillamente por el hecho de que para la época en que se expidió la disposición -1.886- los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia eran vitalicios, lo cual hacía innecesario establecer la causal; pero al cambiar posteriormente el Constituyente el sistema y señalarles período a tales Magistrados, es jurídico deducir, por lo ya expuesto, que, al tenor de la legislación vigente, élla quedó virtualmente establecida. Actor: Dr. Rafael Quiñones Neira. Sentencia: de 9 de marzo de 1.955. Consejero Ponente: Dr. Manuel Buenahora. 226

DECRETOS DEL GOBIERNO (El escalafón de un ramo de la administración pública no ampara a empleados que trabajan en otro ramo de la misma). — La doctrina anterior surge como consecuencia lógica de la organización misma de la Carrera Administrativa, que si es una sóla, como lo afirma el demandante, está condicionada en sus efectos a la inscripción del empleado en el escalafón correspondiente al ramo administrativo en que trabaja. Y es èsta inscripción la que le otorga determinadas garantías y lo lleva a formar parte de la mencionada Carrera. Es decir, el empleado forma parte de la Carrera Administrativa porque se encuentra inscrito en el escalafón de un determinado ramo de la Administración, y no a la inversa, o sea, que por pertenecer a la Carrera Administrativa está inscrito en el Escalafón de un determinado Ministerio o ramo administrativo. De allí que el ser miembro del escalafón de un Ministerio o ramo dicho, no ampare respecto del escalafón de otro Ministerio o ramo.....Para reforzar la tesis anterior no es necesario hacer la comparación de los dos escalafones citados; es suficiente estudiar, por ejemplo, el artículo 10 del Decreto sobre Escalafón del Ministerio de Correos y Telègrafos, que establece los cargos de la Tercera Categoría y que exige para algunos de ellos (los de los numerales a) a f), título oficial de contabilista como condición para el desempeño de los mismos, condición que no se requiere para ejercen los otros cargos de esa misma Categoría. Es decir, aún dentro de la misma categoría de un mismo Escalafón son distintos los requisitos necesarios para el desempeño de los diversos cargos de aquella y así, un empleado que ejerza el puesto indicado en el ordinal g), v. gr., del artículo 10 citado, no obstante estar inscrito en la Tercera Categoría del Escalafón de dicho Ministerio, no podría desempeñar uno de los cargos de los ordinales ante-

Pàginas

riores, salvo que tuviese título oficial de contabilista. Esta consideraciòn y la de que el artículo 2º. de la ley 165 de 1.938, inciso a) (orgánica de la Carrera Administrativa) establece que ésta da al empleado derecho a no ser removido *del cargo que desempeña* (subraya la Sala), lleva a la siguiente nítida conclusión: Son los cargos públicos los que pertenecen a una determinada categoría del Escalafón de un ramo administrativo; el empleado que se inscribe en el respectivo Escalafón lo hace con relación a un determinado cargo y no directamente a una categoría de aquèl; pertenece a ésta sólo en razón del cargo que desempeña. —**Actor:** Vicente Támara Sierra. — **Sentencia** de 21 de septiembre de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. José Enrique Arboleda V. 256

DECRETOS DEL GOBIERNO. (Competencia del Consejo de Estado para conocer de los decretos del Gobierno.)—La norma contenida en el artículo 216 de la Constituciòn Nacional sienta los postulados siguientes: a). Que la competencia general para decidir sobre la constitucionalidad de los decretos del Gobierno, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativo; b). Que la Corte Suprema de Justicia tiene en ese particular una competencia de excepción concretada a tres tipos de Decretos: 1º A los de carácter de leyes dictados en uso de autorizaciones especiales que ha otorgado el Congreso; 2º A los extraordinarios, llamados Decretos-Leyes, producidos en ejercicio de precisas facultades extraordinarias de que el mismo Congreso ha revestido, *pro témpore*, al Presidente de la República, y, 3º. A los Decretos Legislativos con base en las excepcionales prerrogativas que la Carta otorga a la Rama Ejecutiva en casos de turbaciòn del orden público y de declaración de estado de sitio de todo o parte del territorio nacional. Siendo las disposiciones sobre competencia taxativas, salvo cuando se establece la cláusula general (que no es el caso presente), resulta que no es posible atribuir a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de la constitucionalidad de Decretos dictados por el Gobierno en uso de autorizaciones que le confirió la Rama Ejecutiva mediante un Decreto Legislativo de los previstos por el artículo 121 de la Carta, pues tales Decretos no corresponden a ninguno de los tres tipos de que conoce dicha Corporación, como quedó indicado anteriormente. Y no vale argüir que los mencionados Decretos pueden e-

Páginas

quivaler, por comparación o analogía, a los dictados por el Gobierno en virtud de los numerales 11 y 12 del artículo 76 de la Constitución, pues aún siendo así, debe conocer sobre su exequibilidad el Consejo de Estado en razón de que la competencia le está fijada en forma genèrica, mientras que a la Corte por excepción, y no es jurídico determinarla por vía comparativa o analógica. **Actor:** Reinaldo Escobar Camargo. **Sentencia** de 10 de octubre de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. José Enrique Arboleda Valencia..... 260

DECRETOS DEL GOBIERNO. (Demandas que no tienen eficacia jurídica. Asignaciones diferentes para un mismo grupo de funcionarios.)—La Sala entiende que por excepción un acto-regla puede ser acusado mediante el contencioso de plena jurisdicción, ya que contra actos de tal naturaleza generalmente procede el contencioso de anulación o legalidad. Como ejemplo de dicha excepción podría citarse un Decreto que rebaje incondicional o absolutamente el sueldo de que disfrutan funcionarios públicos, a causa de que ese Decreto así estructurado sí es el que directamente ocasiona la rebaja de los respectivos emolumentos. Pero cuando, como en el caso de autos, el acto-regla fija asignaciones diferentes para un mismo grupo de funcionarios según llenen o no éstos determinados requisitos, es obvio que tiene que existir un acto posterior que aplique a cada funcionario en particular la norma general sentada en aquél. Y es éste acto particular el que debe demandarse en acción de plena jurisdicción, excepcionando contra el de carácter general por incostitucionalidad o ilegalidad, si fuere necesario. **Actor:** Reinaldo Escobar Camargo. **Sentencia** de 10 de octubre de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. José Enrique Arboleda Valencia..... 260

DECRETOS DEL GOBIERNO. (Títulos odontológicos y farmacéuticos. "Licenciados o permitidos").—El artículo 12 contiene dos partes a saber: la primera por medio de la cual se ordena que "solamente podrán usar el título de "doctor" o de "odontólogo", en la propaganda escrita o hablada, en las placas de sus consultorios y en los membretes de sus formularios, quienes lo hayan obtenido en una Universidad reconocida por el Estado", y la segunda por medio de la cual se impone a "licenciados y permitidos" como dentistas y farmacéuticos, la obligación de usar solamente el título que les hayan otorgado u otorguen las Juntas correspondientes. De esta orden, que si bien no está contenida en forma

Páginas

expresa en el Decreto 124 objeto de la reglamentación, no puede decirse en realidad que sobrepase los límites señalados por éste ni que viole ninguna de las disposiciones legales anteriores que permitan a tales "licenciados y permitidos" el ejercicio de su profesión. No viola el Decreto 124 porque el espíritu de éste no ha sido el dar a tales individuos el título de "doctor" sino sencillamente el de permitirles continuar ejerciendo un oficio, el de no privarles de un modo especial de subsistencia, el de no causarles daño, nunca el de equipararlos con quienes por haber hecho sus estudios académicos reciben de la Universidad Nacional un título que los acredita como "doctos", o lo que es lo mismo, como doctores en su ramo. Por el contrario, de los considerandos de dicho decreto se deduce que su intención es la de obtener que en el futuro solamente puedan ejercer esta delicada profesión que tanto se relaciona con la salud pública, personas con título universitario y que si se permite dicho ejercicio a quienes no lo poseen, ello es debido, de manera exclusiva, al afán de no dejar "sin trabajo a muchas personas". Tampoco viola esta norma las disposiciones señaladas por el demandante porque en ninguna de ellas se faculta a los "licenciados y permitidos" para usar el título de doctor, ni por ellas se les confiere este calificativo en forma que pudiera decirse que tienen adquirido ese derecho. En cuanto a la obligación de usar el título que les hayan otorgado u otorguen las respectivas Juntas, es la consecuencia natural de la distinción que el Decreto extraordinario 124 y las demás leyes reglamentarias de tales profesiones hacen entre quienes terminen estudios académicos y quienes solamente poseen práctica profesional. En esta norma va implícita la defensa del bien colectivo. Se encamina a que el público sepa de antemano qué profesionales le prestan mejores garantías de idoneidad y tiende igualmente a evitar que por medio de la propaganda se hagan pasar por doctores quienes son solamente "licenciados o permitidos". **Actor:** Diógenes Sepúlveda Mejía. **Sentencia** de catorce de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco. **Consejero Ponente:** Dr. Manuel Buenahora..... 275

DECRETOS DEL GOBIERNO. (Acto simple o complejo. El actor debe indicar las dispociciones de carácter superior que estima han sido violadas. Casos de oficiales retirados del Ejército). —El demandante por imperativo legal, debe señalar las disposiciones de orden superior que esti-

Páginas

ma han sido violadas por el acto (simple o complejo -operación jurídico administrativa-), hecho u operación material administrativa que acusa y dar -salvo en las acciones por daños con ocasión de trabajos públicos- el concepto de su violación, fijando en consecuencia un marco al juzgador para estudiar y resolver la demanda. Una simple lectura del artículo 84, numeral 4o, de la ley 167 de 1.941 es suficiente para llegar a esta conclusión. Esta ha sido siempre doctrina nunca desmentida por la corporación (Veáse Anales 367 a 371, pág. 340). Tratándose de actos formados por el concurso de varias voluntades que actúan separadamente en orden al mismo objeto -actos complejos-, debe acusarse el conjunto, con el fin de tener así competencia esta jurisdicción para revisar y resolver toda la operación jurídico administrativa. Tal concepción jurisprudencial se aprecia en todo su valor si se razona por el absurdo, es decir, si se supone que la unidad integral de la operación pudiera ser desvertebrada permitiéndose la acusación de alguna o de algunas de las providencias que la componen, pues en este caso se llegaría al resultado de que anulados alguno o algunos de esos casos únicamente, el restante o restantes conservarían su vigencia, lo que jurídicamente impediría el cumplimiento del objetivo de la acusación, esto es, el restablecimiento del derecho demandado. Desde luego hay que considerar que dentro de este proceso cinemático todo acto posterior -ya sea ocasionado por un recurso o por simple tutela de control jurisdiccional- puede confirmar la resolución recurrida pura y simplemente, o anularla, pero sin producir nueva decisión que sustituya la anterior, o dictar nueva disposición sobre el fondo del asunto; de manera que habrá providencias que a virtud de este proceso dejen de existir, y que, por lo tanto, no deben acusarse, y que también habrá otras que por no causar agravio no es del caso demandar. **Actor:** Coronel Juan A. Sarmiento. **Sentencia** de 17 de noviembre de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Ildefonso Méndez..... 287

E

ELECTORALES. (Actos del Tribunal Supremo del Trabajo. Nulidad por violación legal en una elección de Magistrado).—La tesis de que "la norma que permite la medida cautelar en juicios electorales relacionados con actos de la jurisdicción del trabajo no reza para los "que hayan in-

Páginas

tervenido en la formación de las listas a que se refiere el artículo 62 de la Ley 6ª. de 1.945", se observa, y en forma notoria, que semejante interpretación disuena y hiere la sensibilidad jurídica, como que extraña al sentido común, a la ética y a la moral administrativa la consideración de que la ley permita elegirse asimismo para un cargo jurisdiccional o en alguna forma intervenir en su previa designación. Si los parientes de un Magistrado elector o de los que intervienen por función legal en la escogencia de los candidatos no pueden ser elegidos para ningún cargo dependiente del magistrado ni escogidos como candidatos, con tanto mayor razón no podrá ser elegido para cargo de este origen ni escogido como candidato el mismo magistrado que hace la elección o que escoge y señala el candidato. Un magistrado del Tribunal Supremo del Trabajo, por ejemplo, no podrá elegirse Magistrado de los Tribunales Seccionales pretextando que la prohibición o ineligibilidad de que habla el artículo citado se refiere únicamente a sus parientes y no a él mismo, o sea a la persona que hace o interviene en la elección. Apenas habrá para qué decir que las normas deben interpretarse con lógica y a la luz de la moral jurídica, más aún, cuando su texto, al aplicarse literalmente, puede llevar al absurdo o a consecuencias absurdas o inmorales. Citas de conocidos doctrinantes confirman las anteriores consideraciones del Consejo. Entre las muchas que la Sala pudiera precisar para este fallo, se transcriben las que a continuación se leen: El expositor chileno Luis Claro Solar, comentando estos particulares dice: "Es una falsa idea de la interpretación creer que no es necesario recurrir a ella sino cuando las leyes son oscuras o insuficientes". Y don Andrés Bello comenta: "Nosotros creemos que lo más seguro es atenerse a la letra; *que no debemos ampliarla o restringirla* sino cuando de ella resultan evidentes absurdos o contradicciones, porque todo otro sistema de interpretación abre ancha puerta a la arbitrariedad, destruye el imperio de la ley". Las referencias anteriores autorizan considerar, que al interpretar la ley, sus efectos deben y pueden ampliarse o restringirse cuando de su aplicación literal resultan absurdos o contradicciones disonantes como sería la pretendida en el caso del proceso". **Actor:** Abraham Fernández de Soto. **Sentencia** de 13 de julio de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Rafael Rueda Briceño. 297

ELECTORALES.—(Actos de la Rama Jurisdiccional. Suspensión provisional. Caso en que no es admisible.)— El acto acusado por disposición expresa de la ley, no esta sujeto a la

Páginas

suspensión provisional de que trata el artículo 94 de la Ley 167 de 1941, sino por el contrario es de aquellos contra los cuales conforme al artículo 98 ibídem., no puede ejercitarse la acción accesoria de suspensión provisional. El acto materia de la demanda no es otra cosa que un acto electoral. Pero si hubiera de considerarse la acción, indebidamente desde luego, como ordinaria de plena jurisdicción y por consiguiente, procedente la acción accesoria de suspensión provisional, no aparece a primera vista que el acto demandado implique una manifiesta violación de las normas positivas que se señalan como violadas ya que no resulta establecido que el demandante hubiera sido el único abogado titulado aspirante al cargo de Juez 89, Penal Municipal, ni tampoco que la persona que fué elegida no sea abogado titulado. Además el apoderado en su postrer escrito aditivo de la demanda dice que "atendiendo el artículo 218 del Código Contencioso Administrativo, antes de la admisión de la demanda, solicita la apertura del juicio a prueba", y ocurre que el artículo 218 citado corresponde al Capítulo que regula el procedimiento de la acción especial contencioso-electoral. **Actor:** Herman Gans Abello. **Proveído** de 14 de diciembre de 1955. **Consejero Ponente,** doctor Rafael Marriaga. 313

I

IMPUESTOS. **(Determinación de la renta líquida de todo contribuyente que se dedique a la compra y venta de mercancías de cualquier género).**— Es principio general de nuestra legislación tributaria el de que, para determinar la renta líquida de todo contribuyente que se dedique a la compra y venta de mercancías de cualquier género, se sumen al precio de factura los gastos necesarios para que la mercancía pueda ser vendida, en forma de poder determinar claramente cuál ha sido el precio real de la cosa que se vende. En otras palabras: es necesario determinar en primer término el precio de costo. Siguiendo este principio, el numeral 3o. del art. 33 del Decreto 818 de 1.936, reglamentario de la Ley 78 de 1.935, orgánica de los impuestos, establece que para determinar el costo de las mercancías compradas para la venta, se sumarán el precio neto de adquisición, además de otros gastos, los premios pagados por cambios de monedas extranjeras, con lo cual

debe entenderse que en tratándose de mercancías compradas en el exterior, con moneda distinta a la colombiana, el costo debe determinarse tomando en consideración la suma que en pesos colombianos -y efectivamente- haya tenido que desembolsar el comerciante para pagar tales mercaderías. La regla anterior debe sujetarse, como es natural, al tipo oficial del cambio asignado por el Gobierno para cada caso. Pero con el propósito de preservar las reservas nacionales de divisas, el Gobierno se ha visto obligado en diversas ocasiones a controlar la importación de mercancías mediante el señalamiento de grupos distintos según sea más o menos esencial la necesidad que el país tenga de ellas. En algunos casos se ha llegado hasta la prohibición definitiva. Es así como las mercancías aparecen clasificadas en mercancías de primero, segundo, tercero, etc., grupos, y como el otorgamiento de las licencias de importación queda también sometido a la importancia que la legislación vigente en determinado momento atribuye a ciertas clases de artículos. También las monedas extranjeras provenientes de las exportaciones han sido sometidas, entre otras, por las disposiciones del Decreto 1949 de 1948, al control oficial. Según esta norma todas las monedas extranjeras provenientes de la exportación de mercancías a que se refiere el art. 1o. del Decreto citado, deberían ser cambiadas en el Banco de la República, a la rata oficial del cambio. Pero las provenientes de otras fuentes, es decir, las originadas en la exportación de mercancías distintas a aquellas de que trata el art. 1o, u originadas por la importación de capitales, si bien deberían también ser cambiadas en el Banco de la República, su cambio no estaba sometido al tipo oficial del 175. A cambio de ellas el Banco expedía a sus propietarios los llamados "certificados de cambio" que conforme al artículo 3o. ibidem, eran de "libre mercado". Esta diversidad de tratamiento para las divisas provenientes de una y otra fuente se encaminaban a fomentar la producción y exportación de determinados productos y a promover la introducción de capitales nuevos. El costo real de las mercancías no es el que resulte de calcular los dólares pagados por tales mercancías al tipo oficial sino el que resulte de calcularlos al tipo real de compra. La equivocación de la Jefatura reside en creer que para el año de 1948 toda operación de compra debía calcularse al tipo oficial, cuando la le-

Páginas

gislación de entonces permitía adquirir divisas no solamente del Banco de la República sino también en el mercado libre. Actores: Diego Constantino y Andrés B. Nasser. Sentencia: de 22 de junio de 1.955. Consejero Ponente: Dr. Manuel Buenahora..... 316

IMPUESTOS. (Condiciones para deducir si las "comisiones" causan gravamen).— La Sala considera que en tratándose de comisiones, debe evidentemente indagarse el origen y la naturaleza de èstas para saber si se han causado o nò y deducir en cada caso si pueden o nó ser objeto de gravamen. Deben igualmente averiguarse las condiciones del pacto que las originan. Cuando la comisión depende de que se ejecute o nó un trabajo, es natural que si dicho trabajo no se realiza, tampoco la comisión se produce. Por eso sería necesario averiguar en cada caso concreto las condiciones del negocio para poder deducir si las comisiones se han causado; si provienen del trabajo personal de comisionista; si para producirlas intervino un capital o, en fin, si constituyen renta mixta por derivarse del capital y del esfuerzo personal combinados. En general, la comisión que se produce debido al esfuerzo de cobrar unos arrendamientos, mientras el comisionista no logre terminar el trabajo de hacer que el arrendatario los pague, no puede decirse que la comisión se haya causado aun cuando las mensualidades estén ya vencidas. El comisionista no puede acreditarlas en su contabilidad por que el propietario no ha recibido aun el beneficio que esperaba de su trabajo, y si lo hace, no quiere ello decir que el propietario del inmueble le adeude esa comisión. Si el arrendatario no paga, la comisión no se ha causado, no se ha derivado utilidad ninguna y por lo mismo no hay objeto sobre el cual pueda recaer el gravamen. Actor: Alberto de la Espriella. Sentencia de 22 de junio de 1.955. Consejero Ponente: Dr. Manuel Buenahora..... 330

IMPUESTOS. (Exceso de utilidades).— Para cobrar este impuesto la Jefatura parte del hecho de que para la producción de la renta en el negocio del demandante influye de manera indiscutible el capital, y agrega que como también es cierto que existe un esfuerzo personal, le reconoce el máximum de lo permitido por este concepto por los artículos 24 y 25 del Decreto 818 de 1.936, o sea, la suma de $ 15.000.00 que se le descuenta para los efectos de dicho impuesto. El demandante, de acuerdo con su tesis de que su renta proviene de

Páginas

"comisiones" y de que la "comisión es por naturaleza asalariada" (art. 333 del C. de Co.) afirma que está exento del impuesto sobre exceso de utilidades. Como se vió anteriormente, por la propia confesión del actor, para su negocio de adelantar o comprar los arrendamientos constituye factor esencialísimo el capital, y si esto es así, no puede decirse que la producción de su renta constituya un salario sino la natural retribución de su capital invertido y de su esfuerzo personal. En ningún caso podría decirse que tal renta es consecuencia exclusiva del último. La propia definición del C. de Co. citada por el demandante indica que la comisión es por su naturaleza asalariada, con lo cual se quiere significar que solamente puede llamarse "comisión" a la utilidad que se produce por el solo esfuerzo personal, sin intervención de un capital propio del comisionista. No puede olvidarse que para la producción de cualquier renta, inclusive la originada en capital, es necesario un mínimum de esfuerzo personal y por eso el legislador para casos en que, como el presente, la utilidad es fruto del capital y del esfuerzo personal combinados, permite que además del 12% que se considera como utilidad normal del capital, para la liquidación de este impuesto se deduce igualmente una suma razonable como compensación del esfuerzo personal. Está comprobado que el demandante adelanta o compra los arrendamientos. Para esta operación necesita indiscutiblemente un capital, luego éste influye definitivamente en la producción de su renta y le quita a éste el carácter de salario. **Actor:** Alberto de la Espriella. **Sentencia** de 22 de junio de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Manuel Buenahora..... 330

IMPUESTOS. (Multas. Sanción al contribuyente por inexactitud en la denuncia).— El demandante alega en su favor la jurisprudencia de este Consejo conforme a la cual dicha sanción se aplica solamente sobre el impuesto correspondiente a la renta omitida y no sobre la totalidad del impuesto deducido. Como lo ha dicho el Consejo la anterior doctrina no puede hoy sostenerse como tal ante la interpretación que con autoridad hizo el Decreto legislativo No. 3222 de 1.942 al respecto. Mas podría alegarse que por tratarse de una disposición de carácter penal y que en esta materia la ley favorable o permisiva prefiere a la odiosa o restrictiva auncuando sea posterior al hecho que se imputa. Esto es cierto y la Sala ha dado aplicación a este principio en varias ocasiones. Desgraciadamente en el caso de autos

Páginas

la disposición del Decreto 3222 citado le es desfavorable al demandante y por esa razón no le da aplicación. En efecto, según esta disposición no se sanciona el contribuyente con el 50 % de la totalidad del impuesto como lo hacen las resoluciones acusadas, sino con un recargo equivalente a cinco veces el valor del impuesto correspondiente a las rentas o bienes omitidos. La base de este impuesto, según dicha norma, será la diferencia entre la liquidación definitiva y el impuesto calculado según la declaración del contribuyente. **Actor:** Alberto de la Espriella. **Sentencia** de 22 de junio de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Manuel Buenahora..... 330

IMPUESTOS. (Utilidades causadas y no recibidas por el contribuyente en un determinado año gravable).—El sentido exacto de esa doctrina es el de que deben ser declaradas y gravadas también las utilidades no recibidas físicamente por el contribuyente, cuando, habiéndose causado en su favor en el respectivo año gravable como derecho irrevocable y en cuantía líquida, *sean exigibles dentro de dicho año*, como sueldos, honorarios, dividendos, utilidades diversas no cobradas y, por tanto, no percibidas físicamente, mas suceptibles de haber sido recibidas ese año. La tesis que se estudia sin el requisito de la exigibilidad y aplicada por la sola razón de la fecha en que se causó el contrato capaz de generar renta (como lo hace la Jefatura respecto del caso de autos) lleva a extremos como éstos: Un negociante en automóviles que vende algunos en los últimos meses de un respectivo año, a crédito, mediante letras de cambio de vencimiento mensual sucesivo en quince o más mensualidades, estaría obligado a denunciar como renta del año en que se celebró el contrato, las cantidades que irá recibiendo por cuotas periódicas en el año siguiente y aún en el subsiguiente, lo que es inaceptable a todas luces. Aparece más de bulto lo injurídico de la tesis que rectifica la Sala con sólo aplicarla, v. gr., a los bancos comerciales respecto de las operaciones de un año, pero con vencimiento para el siguiente o a los bancos hipotecarios con relación a las operaciones a 10, 15 o 20 años. Los solos ejemplos anteriormente indicados muestran a las claras cómo la Jefatura dió en este caso a la doctrina fiscal que invoca, un alcance que no puede tener por conducir a un absurdo. Y como la letra recibida por N.N. por $30.000.00 en 1.951 sólo vencía en febrero de 1.952, no podía ser incluída ni gravada como renta de aquèl año. Lo que sí debió exigir la Jefatura, y hacer la liquidación co-

Páginas

rrespondiente, fue que la cantidad que dicha letra representaba fuera incluída como patrimonio, ya que lo es como crédito activo por cobrar, al tenor de lo dispuesto en el artículo 23 de la ley 78 de 1.935 y en los 95 y 98, aparte ñ), del Decreto 818 de 1.936. Actor: Absalón Fernández de Soto. Sentencia de 27 de septiembre de 1.955. Consejero Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia. 340

IMPUESTOS. (Condiciones esenciales para que se configure la renta de trabajo).—El impuesto sobre exceso de utilidades fué establecido por el artículo 13 de la Ley 78 de 1.935, como regla general, sobre el exceso de toda utilidad líquida, es decir, sobre la diferencia entre la renta bruta y las deducciones o exenciones legales, y como excepción, el ordinal b) del artículo 14 ibídem, eximió de este impuesto las rentas provenientes de salarios, sueldos, pensiones oficiales, emolumentos y honorarios profesionales, lo que significa que tal excepción se refiere de manera exclusiva a las comunmente llamadas rentas de trabajo. Pero es evidente que al expedirse esta norma de excepción que asimila los honorarios profesionales a las pensiones, sueldos, salarios, el legislador quiso referirse únicamente a los honorarios ganados directa y personalmente por el respectivo profesional por considerar que tales honorarios eran fruto de un esfuerzo personal, y que por lo mismo, como los sueldos y salarios, constituían una renta de trabajo. Por la misma razón no es suficiente el que a una renta se le dé el nombre de "honorario" para que se la pueda considerar siempre como renta de trabajo, sino que es necesario que tal honorario haya sido causado por el esfuerzo personal del contribuyente y devengado por éste directamente. De esta suerte, si el honorario resulta causado por el esfuerzo de otro profesional distinto, no puede clasificársele entre los honorarios de que trata el artículo 14 de la ley 78 de 1.935 como renta de trabajo. En otras palabras: la producción personal y directa es condición esencial para que se configure la renta de trabajo. .....Es así como puede concluírse fácilmente que por su propia naturaleza de persona jurídica, a una sociedad comercial no puede reconocérsele renta de trabajo ya que éstas personas no existen realmente sino como una ficción legal y porque son incapaces de esfuerzo personal. Sus trabajos son siempre realizados por personas naturales que obran a su nombre, y por esa razón se parte siempre del principio de que a aquellas no puede recono-

Páginas

cérseles renta de trabajo. No ocurre lo mismo respecto de quienes trabajan para tales sociedades porque las personas que tal cosa hacen sí realizan un esfuerzo personal ya que mediante este esfuerzo se causan unas rentas que los trabajadores reciben, unas veces en forma de sueldos o salarios y otras en forma de participación. Actor: Ernesto Cuèllar Tamayo. Sentencia de 7 de octubre de 1.955. Consejero Ponente: Dr. Manuel Buenahora..... 346

IMPUESTOS. (El titular del derecho de usufructo, padre o madre, es quien responde del pago del impuesto que gravita sobre los bienes del hijo de familia.).—La Sala prohija el concepto del señor Fiscal 1º, con el que se encuentra absolutamente identificado, ya que como acertadamente lo afirma éste en su vista, al Estado sólo le interesa cobrarle al sujeto del impuesto, que en casos como el que aquí se presenta no puede ser otro que el titular del derecho de usufructo, y quien es el poseedor de un bien apreciable en dinero, como lo exige la ley. En efecto el Fiscal dice: "Si el padre goza del usufructo de todos los bienes del hijo de familia, salvo las excepciones legales, tiene derecho a percibir esos frutos y ese derecho constituye un haber apreciable en dinero. Por consiguiente, tal derecho debe considerarse, para los efectos fiscales, como parte integrante el patrimonio del contribuyente, que en estos casos es el titular del derecho de usufructo, y no del menor cuya renta pertenece al progenitor. Si así no fuera, podría presentarse el caso de que al liquidársele el impuesto al menor, éste amparándose en la ley, respondiera que el impuesto no le era exigible ya que la renta obtenida en sus bienes le pertenece a la persona que tiene la patria potestad". Además -agrega la Sala- no se allegó, ni intentó siquiera hacerlo, prueba de que la madre hubiera renunciado a percibir o gozar del usufructo dicho por haberlo dejado en beneficio de su hijo, o que se le hubiera donado o donado a un tercero, que son los casos, cuando ocurren y se demuestran, que hacen imposible gravarlo para el padre o madre del menor, liquidarlo y cobrarlo él o ella. El usufructo legal para el padre o madre de un menor de edad, sobre el peculio adventicio ordinario, y que no haya sido excluído por el testador o donante a términos del numeral 2º del artículo 291 del C. C., o que se encuentra en el caso inhibitorio o de excepción de que trata el numeral 3º del mismo art. Tampoco se demostró que se tratara no de peculio ordinario sino de extraordinario o de excepción contem-

Páginas

plada por los numerales 1o, 2o y 3o de la misma disposición. El usufructo legal que le corresponde al padre o madre sobre el peculio adventicio ordinario, conforme a las leyes fiscales es renta y renta gravable. **Actor:** Inés Angel viuda de Correa. **Sentencia** de seis de diciembre de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Antonio José Prieto 362

IMPUESTOS. (Distingos y subdistingos del tributo. Prohibiciones legales al Municipio de Bogotá para cobrar impuesto de mercancía extranjera).— El problema de saber quien paga en definitiva un impuesto o sea el fenómeno analizado por los tratadistas con el nombre de incidencia y traslación de los impuestos es un asunto sumamente complejo, que no se puede reducir a la fórmula simple de decir que los impuestos indirectos siempre son trasladados por el que recibe el impacto del mismo y que, en cambio los directos no pueden ser trasladados. Los expositores modernos Harol Somers, en su tratado "Finanzas Públicas e Ingreso Nacional", (Págs. 166 y ss.) y Luigi e Inaudi, en su tratado "Principios de Hacienda Pública", (págs. 227 ss.), estudian pormenorizadamente el asunto de que se trata. Hay que hacer en esta materia numerosos distingos y subdistingos para saber en definitiva si la persona que sufre el impacto del impuesto, es decir, el que lo paga inmediatamente, puede librarse de él trasladándolo hacia adelante o hacia atrás, y si esto lo puede hacer en todo o en parte. "Pero no siempre aquél, - dice Inaudi - que adeuda el impuesto al erario es el que efectivamente lo soporta. Es instintivo por parte del contribuyente, como cualquier otro que esté amenazado de una persuación, tratar de esquivar el peso que le cae encima. Si el contribuyente consigue echar sobre otro la carga del pago, tenemos la traslación del impuesto sobre un tercero, por parte del contribuyente percutido. Estos terceros contribuyentes pueden ser varios si aquel sobre quien se transfiere el impuesto intenta a su vez, y lo logra, desplazarlo ulteriormente; si pueden realizar no una sino varias traslaciones del impuesto". Mas que la distinción simplista de que el impuesto indirecto, se traslada y no ocurre este fenómeno con el directo, en cada caso, como lo explican los tratadistas que se comentan, hay que tener en cuenta otros fenómenos distintos; si la demanda es rígida, es decir, si aún aumentado el precio del producto la cantidad demandada es igual, o si esta es elástica o sea que a un menor precio aumenta y a mayor disminuye; si el impuesto es especial a una sola zona

Páginas

de la actividad económica o es general; si el que sufre el impuesto es un monopolista o si el mercado es de libre concurrencia; si la actividad económica en el instante del establecimiento del impuesto se halla en período ascendente o descendente, etc. En muchos casos los impuestos llamados indirectos, sobre las empresas, sobre los salarios, sobre los intereses, y, en general, sobre la renta, pueden ser trasladados, mediando determinadas circustancias y, en cambio, en muchas el que sufre el impacto de un impuesto sobre la producción o el consumo no estará por otras circunstancias en capacidad de trasladar a terceros el peso de los mismos. En el presente caso está demostrado que el impuesto sobre mercancía extranjera que grava la introducción al Municipio de Bogotá de materias primas importadas por la Sociedad recurrente para elaborar grasas y productos vegetales, no fué trasladado por la misma al público consumidor..... Esta Sala tiene establecido en varias sentencias que al tenor de lo dicho por la Ley 20 de 1.946 y de su Decreto reglamentario No. 594 de 1.947, el Municipio no puede cobrar impuesto de Mercancía extranjera a las entidades como a la que aparece en condición demandante, por caer en la prohibición establecida por las mismas disposiciones. **Actor:** Fábrica de Grasas y Productos Químicos Ltda. **Sentencia** de 19 de abril de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Rafael Rueda Briceño. 369

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION (**Baldíos. Concesión otorgada para extracción de corteza de mangle. Los litigios a traves de los cuales se alegue propiedad, dominio y posesión, compete resolverlos a los jueces ordinarios.**—Las alegaciones del Estado fundadas en lo prescrito en los artículos 45 -aparte e)- y 107 del Código Fiscal y en el artículo 3o. de la Ley 200 de 1.936, lo mismo que la tradición a que aluden las escrituras adjuntas a la demanda, llevan, de manera indudable, al ánimo de la Sala la convicción de que el punto controvertido compete resolverlo a lo jueces ordinarios, tal como lo observa con indiscutible acierto el señor Agente del Ministerio Público. Y desde este punto de vista es jurídico aceptar que en el caso de autos se configura la excepción de incompetencia de jurisdicción. Además el actor demandó la Resolución número 36 por la cual se negó la reposición, pero no acusó la providencia de 3 de marzo de 1.949, ni la Resolución número 100, que fueron las que en realidad de verdad le ocasionaron el perjuicio con la suspensión del pago del porcentaje, que la Sociedad Comercial "Liscano Hermanos" había

Páginas

pactado directamente con la demandante, en virtud de haber considerado que la actora tenía títulos legítimos sobre los terrenos ya mencionados. De manera que por este otro aspecto la demanda también es sustantivamente inepta. **Actor:** Angela Gutièrrez de Germán. **Sentencia** de 4 de diciembre de 1.955. **Consejero Ponente:** doctor Rafael Rueda Briceño. 375

INCOMPETENCIA DE JURISDICION. Acción de Revisión. (Las sentencias del Consejo de Estado no están sujetas a recursos distintos de los taxativamente enumerados en la ley 167 de 1.941).—El Consejo no podría, sin violar la disposición contenida en el artículo 92 del Código Contencioso Administrativo, aceptar un recurso que como el de revisión no ha sido establecido sino para las sentencias relacionadas con pensiones y para las recaídas en los juicios de cuentas. Y el hecho de que el legislador, al expedir la ley 167, hubiera consagrado expresamente el recurso de revisión para los casos citados, está indicando precisamente que no existe vacío en el procedimiento contencioso administrativo en lo que respecta a la acción general de *revisión* consagrada por el derecho universal como excepción al principio de la cosa juzgada. El artículo 282 traído por el demandante ordena es llenar con las normas del procedimiento civil los vacíos en el *procedimiento* contencioso-administrativo, y aquí no se trata de que se desconozca cómo debe actuarse, cómo debe procederse en un juicio determinado, sino de saber si una determinada acción -la extraordinaria de revisión- está o no consagrada por la ley. Y de una norma que tal cosa estatuye no podría decirse que es procedimental sino eminentemente sustantiva. Las sentencias definitivas proferidas por el Consejo no están sujetas al recurso de revisión en los casos enunciados por el artículo 542 del C.J. Esto lo sostiene también, entre otros, el doctor Tulio Enrique Tascòn en su conocida obra, dice: "Corolario de que las sentencias definitivas proferidas por el Consejo de Estado y los Tribunales seccionales causan ejecutoria, es la de que *no están sujetas a recursos distintos de los establecidos en este Código.* Pero cabe observar que él no establece el recurso de revisión de las sentencias definitivas para rectificar los errores en los casos que enumera el art. 542 del C.J. para las sentencias ejecutoriadas de la Corte Suprema o de los Tribunales Superiores apenas concede la revisión de las sentencias que reconocen el derecho a pensiones, sueldos de retiro, y otras gracias pagaderas por el Te-

Páginas

soro Público, en los casos que, *taxativamente*, enumera el art. 167, y la revisión de las sentencias recaídas en los juicios de cuentas, en los casos del art. 186". Proveído de 7 de febrero de 1.955, recaído en la demanda instaurada por Graciela Rueda Martínez. Consejero Ponente: Dr. Manuel Buenahora..... 381

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. Acción de Revisión. (La Ley 167 de 1941 no establece el recurso extraordinario de revisión de las sentencias proferidas en los juicios ordinarios ventilados ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, fuera de la revisión que taxativamente consagran los artículos 167 y 186 de la citada ley).— En el estado actual de la legislación en cuanto se refiere a la regulación del procedimiento en los juicios contencioso administrativos, es un fenómeno ostensible e indubitable que de una parte, no se puede decir que se encuentre establecido expresamente el recurso contra las sentencias pronunciadas en los juicios ordinarios, y de otra, no se puede afirmar que la falta de consagración y regulación del recurso de revisión, constituya un vacío u olvido involuntario del legislador que con fundamento en conocidas reglas positivas sobre hermenèutica, pueda y deba llenarse mediante la aplicación de normas semejantes existentes en otros estatutos legales. Ello es indiscutible en presencia de textos claros y expresos del actual Código de lo Contencioso Administrativo, o sea, la ley 167 de 1.941, y de la aplicación inexcusable de elementales normas de hermenéutica jurídica. Solamente subsiste hoy un caso en que el referido Código de lo Contencioso Administrativo, establece una acción de revisión y regula el procedimiento respectivo. Tal es el artículo 164 que consagra la acción de revisión contra las sentencias de los Tribunales Administrativos o del Consejo de Estado que versen sobre reconocimientos pecuniarios a cargo del Tesoro Público; y el procedimiento especial para el caso, se encuentra regulado en los artículos 165, 166, 167 y 168 de la citada obra. El artículo 181 que establecía una acción de revisión de la sentencia proferida en el juicio de cuentas, fué derogado tácitamente por la ley 58 de 1.946. Así, pues, no existiendo, como no existen disposiciones semejantes para las sentencias que se pronuncien en los demás juicios contencioso administrativos, bastaría para concluír que respecto de éllas el legislador no tuvo a bien establecer el recurso extraordinario de revisión, la consideración de que en cuanto lo quiso otorgar, lo hizo de manera expresa y

Páginas

especial, sin que incurriera para los demás casos en olvido u omisión involuntaria. Fué, pues, una manera tácita de expresar su voluntad de no consagrar el recurso extraordinario de revisión contra los casos a que expresamente se refirió. Y como quiera que no se trata de una enumeracion simplemente explicativa, sino ostensiblemente taxativa, es claro que no cabe en manera alguna interpretación extensiva o analógica, sino restringida a los casos particulares expresamente contemplados. Pero si alguna duda quedara al respecto, acerca del pensamiento del legislador, ella queda completamente disipada ante la manifestación directa y expresa consignada en el artículo 92 de la Ley 167 de 1.947. Es manifiesto que esta declaración negativa respecto de recursos no establecidos en la ley, equivale a la prohibición expresa para los Jueces de otorgarlos, aceptarlos o tramitarlos. Así las cosas, no solamente no estarían los Tribunales autorizados para aceptar la acción en que se intentara el recurso extraordinario de revisión contra las sentencias proferidas en los juicios ordinarios contencioso administrativos para las cuales no está establecido, sino que quebrantarían su precepto legal prohibitivo si admitieran el recurso. Actor: Graciela Rueda Martínez. Proveído de 27 de julio de 1.955. Consejero Ponente, Doctor Rafael Marriaga..... 385

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. (Incompetencia del Consejo de Estado para conocer de la inconstitucionalidad de los decretos reglamentarios de leyes cuando su acusación no se basa en la trasgresión del ordinal 3º. del artículo 120 de la Carta -esto es, la extralimitación de la ley que dice reglamentar- sino en otra disposición distinta que se oponga a su operancia. La potestad reglamentaria es limitada).— Los Decretos del Ejecutivo, como ya ha tenido ocasión de decirlo la Corte Suprema de Justicia, pueden dividirse en cinco categorías, a saber: 1º. Decretos Legislativos propiamente dichos, llamados así por el artículo 11 de la Ley 153 de 1.887; 2º. Decretos con fuerza de leyes, denominados por los comentadores Decretos-Leyes o Decretos de carácter extraordinario, dictados por el Gobierno en uso de precisas facultades extraordinarias; 3º. Decretos que dicta el Gobierno basado en una autorización especial y expresa, de carácter ordinario, como lo prevé la atribución 11a. del artículo 76 de la Constitución; 4º. Decretos reglamentarios que dicta el Gobierno en desarrollo de la facultad que le concede el ordinal 3º. del artículo 120 de la misma codificación, y 5º. Decretos simplemente e-

Pàginas

jecutivos, que dicta el Gobierno para ejercer funciones constitucionales o legales, como los que se refieren a nombramientos de empleados. Un decreto reglamentarió de una ley puede incidir en dos violaciones: una directa a la ley que pretende reglamentar y que sirve de marco a las facultades del Gobierno al respecto, e indirecta a la norma del ordinal 3º del artículo 120 de la Carta; y otra referente a una distinta disposición constitucional que se oponga a su operancia. La potestad reglamentaria es limitada; completa a la ley, fijando y desarrollando los detalles de aplicación de los principios que ella contiene y nada más. Por consiguiente, no puede dictarse con ese carácter ninguna disposición nueva. El Consejo conceptúa que cuando se trata de una violación de la primera clase, es decir, si se acusa un decreto por exceder a la ley que dice reglamentar, tiene plena competencia para conocer de la demanda; pero no cuando la tacha es de la segunda clase, pues en este evento tendría necesariamente que decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la materia misma de la ley, lo cual está privativamente atribuido a la Corte Suprema. Para llegar a esta conclusión basta el siguiente análisis: Una ley es acusada ante esta última corporación y es declarada inconstitucional. Virtualmente el decreto o decretos reglamentarios que se hubieren dictado en su desarrollo dejan automáticamente de regir, porque lo accesorio sigue a lo principal. Por el contrario, si se pudiera demandar válidamente ante el Consejo un decreto reglamentario por violación distinta a la de la ley reglamentada, cabría el supuesto que al ser él declarado constitucional o inconstitucional, tal declaración podría contradecir a la que hiciera la Corte Suprema en una demanda contra la ley, lo que daría por resultado un conflicto de decisiones entre las dos más altas entidade jurisdiccionales del país, con mengua del prestigio de ambas y especialmente del Consejo, ya que la resolución de aquella debe prevalecer dentro de nuestra organización institucional. Actor: Carlos García Herreros. Sentencia de 19 de agosto de 1.955. Consejero Ponente: Dr. Ildefonso Méndez..... 391

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. (Competencia del Consejo de Estado para conocer de la acusación contra los decretos dictados por la rama ejecutiva del Poder Público).— El Acto Legislativo de 1.945, hoy artículo 216 de la Codificación Constitucional, otorgó al Consejo de Estado la competencia para conocer, cuando esto es procedent-

Páginas

te de la acusación contra los decretos dictados por el poder ejecutivo por motivos de inconstitucionalidad, con excepción de los expedidos en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76 y artículo 121 del mismo estatuto, los cuales deben ser demandados ante la Corte Suprema a virtud del mandato contenido en el artículo 214 ibídem. Actor: Carlos García Herreros. Sentencia de 19 de Agosto de 1.955. Consejero Ponente: Dr. Ildefonso Méndez 391

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. "Incompetencia de jurisdicción" (Las cuestiones referentes a litigios entre el Estado y los particulares que tengan origen en contratos bilaterales, no son de competencia del Consejo de Estado.— Establece el artículo 73 del C.C.A. que no son acusables ante la jurisdicción contencioso-administrativa "las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo, que tengan origen en un contrato". El Consejo ha dicho en reiterada jurisprudencia que cuando el legislador expidió esta norma no hizo otra cosa que sustraer del conocimiento de la jurisdicción contenciosa todas las cuestiones que tengan origen en un contrato en que sea parte la Administración. Es decir, que a la norma general de que el Consejo de Estado conoce de toda contención administrativa para la cual no se hubiera señalado una regla particular de competencia, se le hizo la excepcion de todas aquellas cuestiones que aunque referentes a litigios entre el Estado y los particulares, tuvieren origen en contratos de que aquel es parte. Lo anterior porque cuando el Estado contrata lo hace generalmente en su carácter de persona privada, en cuyo caso sus actividades pierden la naturaleza administrativa que les asiste comunmente a todos sus actos para asimilarlos a los de cualquier particular contratante, razón por la cual tales actividades se juzgan por la justicia ordinaria y conforme a las normas civiles que regulan la conducta entre los particulares. Por esta razón no puede interpretarse esta norma en el sentido restringido de que se refiere solamente a los actos que tienen origen en un contrato perfecto, es decir, en un contrato para cuya celebración se han observado todas las formas propias que la ley señala para los de su clase, sino en el más amplio de que escapan de la jurisdicción contenciosa todas aquellas actuaciones realizadas por la Administración como consecuencia o desarrollo de un concurso bilateral de voluntades y no como el ejercicio natural de la potestad administrativa. En otras palabras: que para deter-

Páginas

minar la competencia del Consejo de Estado en demandas contra la Administración, debe examinarse ante todo la naturaleza de los actos o hechos que se le imputen a fin de determinar si ellos han sido ejecutados en desarrollo de estipulaciones voluntarias pactadas entre la administración y la persona que se considere lesionada, porque si tal cosa resulta cierta, la jurisdicción contencioso administrativa será incompetente para juzgar tales actos dada su naturaleza civil. Actor: Carlos A. Puerta L. Sentencia de trece de julio de 1.955. Consejero Ponente: doctor Manuel Buenahora 397

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR TRABAJOS PUBLICOS. (Responsabilidad de la Administración).- Desde la expedición de la ley 167 de 1941, la responsabilidad de la Administración por los perjuicios ocasionados por trabajos públicos surge de la Ley independientemente del delito o culpa, esto no quiere decir que estas figuras no puedan coexistir imputables a los agentes que los ejecutaron y es una categoría especial de la responsabilidad extracontractual de las personas públicas de naturaleza objetiva y no subjetiva como la puramente civil. De consiguiente, en el contencioso por trabajos públicos el sujeto pasivo del daño no está obligado a comprobar otra circunstancia distinta que la realización del trabajo, ni otros hechos que los perjuicios sufridos como titular del derecho, para que tenga acción contra la entidad responsable. (El fallo cita luego las disposiciones legales que consagran la responsabilidad de la Administración). Actor: Castillo Angulo Hermanos Ltda. Sentencia de 20 de marzo de 1956. Consejero Ponente: Dt. Ildefonso Méndez. 403

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR TRABAJOS PUBLICOS. (Valorización y desvalorización. El actor debe comprobar el importe de los daños ocasionados).— Lo corriente es que toda desvalorización -como toda valorización- por una obra pública tenga su zona de influencia, únicamente pued eaceptarse, salvo caso de prueba en contrario -que no se trajo a los autos- que el fenómeno operó en los potreros que perdieron la riverania con el Canal y proporcionalmente los que la perdieron en parte y no que la alícuota de desvalorización de $50.00 -estimada por dos de los tres peritos que actuaron en la diligencia- afecte totalmente a todos los potreros, aún a los no colindantes. Los perjuicios para que sean indemnizables deben ser actuales y ciertos, es decir, existentes en el momento en que la acción para su reclamo se ejerci-

Páginas

ta y no simplemente eventuales (véase G.J.2053/54,tomo LXIII). Actor: Castillo Angulo Hermanos Ltda.. Sentencia de 20 de marzo de 1956. Consejero Ponente: Doctor Ildefonso Méndez 403

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR TRABAJOS PUBLICOS (Competencia. Casos en que conoce la justicia contenciosa y la ordinaria).—La competencia para conocer de los perjuicios derivados de tales trabajos no está unificada en nuestra legislación -como es lo técnico y sería lo deseable-; así, ella corresponde: A lo contencioso administrativo, cuando el trabajo público no comporta ocupación permanente de la propiedad privada (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 20 de junio de 1.955) y siempre que se unan estas dos condiciones: que los daños causados tengan origen en el conjunto de operaciones materiales realizadas para su construcción, reparación o conservación; y que el perjuicio sea directo -que exista una relación de causa a efecto entre éste y aquél,- en otras palabras que no se haya interpelado ningún elemento extraño productor del daño. A la justicia ordinaria, cuando la ocupación de la propiedad privada sea de carácter permanente (sentencia citada); cuando los daños son resultante de la obra pública ya concluída -como secuela de hechos o aún de faltas o culpas por su uso o explotación- y no del trabajo público; y cuando el perjuicio no es directo, en el sentido ya estudiado. Actor: Castillo Angulo Hermanos Ltda.". Sentencia de 20 de marzo de 1.956. Consejero Ponente: Dr. Ildefonso Méndez..... 403

INDEMNIZACION POR TRABAJOS PUBLICOS. (Municipio de Bogotá).— Demostrado que el inmueble fuè cercenado con el exelusivo objeto de ampliar dos vías públicas no se vè cómo pueda decirse que el conocimiento de este negocio escapa a la jurisdicción contencioso administrativa, siendo así que la ley 167 de 1.941, señala como elementos indispensables para la prosperidad de esta clase de acciones: la expresión del carácter o título con que la indemnización se reclama, el hecho que la causa, el funcionario o agente público que hubiere ordenado la ocupación o causado el daño y el monto de la indemnización que se reclama, requisitos todos que se hallan satisfechos en el negocio que se está decidiendo. En efecto, en los autos corre la copia de la escritura nùmero 4047 de 12 de noviembre de 1.945, otorgada en la Notaría 3a. de Bogotá, en donde aparece hecha a la demandante la adjudicación del lote si-

Páginas

tuado en la carrera 5a. con calle 21 de esta ciudad; copia de la demarcación número 654, expedida por la Secretaría de Obras Públicas; y si a esto se agrega que en el libelo se indicó el agente de la Administración que ordenó la ocupación y el monto de la indemnización a que se cree tener derecho, forzoso es concluir que los requisitos de la ley se hallan satisfechos. Ya quedó dicho que los elementos que estructuran la acción consagrada en el Código Contencioso Administrativo llamada indemnización por trabajos públicos, están plenamente reunidos. Y como los razonamientos del Tribunal de instancia tienen la suficiente solidez, esta Sala los prohija y, en consecuencia, procede confirmar el fallo apelado. **Actor:** Noemi Henao de Ramos. **Sentencia** de 19 de abril de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Rafael Rueda Briceño..... 411

J

JURISDICCION COACTIVA. (La sentencia sobre reconocimiento de "bienes ocultos" no tiene "per se" fuerza compulsiva para decretar un mandamiento de pago).—El señor apoderado del Instituto Colombiano de Seguros Sociales enuncia en su alegato que las sentencias proferidas por el Consejo de Estado en juicios de plena jurisdicción tienen poder coercitivo con la misma amplitud y fuerza de las sentencias pronunciadas por la justicia ordinaria; pero a esta afirmación puede observarse que el auto de cuya reposición se trata no desconoce el expresado fallo de 1.950 y se limita sólo a sostener y a demostrar por qué el título ejecutivo con el cual se ha librado el mandamiento de pago contra Grace & Cia. (Colombia) S. A., no reune las condiciones exigidas por la ley para tales efectos, las cuales son severas y precisas porque como lo ha dicho la H. Corte Suprema: "Más que un juicio (se refiere al ejecutivo), esto es un modo de cobrar. De ahí el que se requiera que la obligación sea nítida, deslumbrante, expresa y actualmente exigible...." Siendo el juicio ejecutivo uno en que se condena sin debate previo, debe estar rodeado de seguridades: por eso exige que la obligación sea claramente eficaz"..... "El bien oculto declarado por el Consejo de Estado en sentencia de 5 de diciembre de 1.950, consiste en las sumas dejadas de recaudar o cobrar por la Administración del Terminal Ma-

rítimo de Barranquilla a las naves marítimas por las labores de cargue y descargue de éstas en horas extraordinarias y que corresponden al 50% del valor de los jornales del personal supernumerario o eventual que ha venido empleando el Terminal para ese servicio, a partir del día ocho de enero de 1.940, hasta la fecha de la ejecutoria de la presente providencia. Aquel 50% desde luego hay que reconocerlo, es un porcentaje cierto y cierto debería ser también el monto de ese porcentaje liquidado sobre el valor de los jornales y por el tiempo a que alude el párrafo anterior. Pero no es así, porque la suma que da la liquidación de dicho porcentaje no es clara porque es discutible, ni es expresa por los factores de relatividad que se conjugan para llegar a la cifra deducida como valor de los jornales especificados en el fallo". Lo anterior es fundamental, básico, y por lo mismo decisivo, para dejar sin piso -usando una locución corriente ahora muy diciente por cierto- el mandamiento de pago, porque es imposible pretender que sin delimitar previamente el alcance de los Decretos 672 de 1.937 y 2747 de 1.946, en cuanto a las tasas allí fijadas para la labor de cargue y descargue de las naves marítimas en horas no reglamentarias, ajustándose en esa liquidación a las normas dadas en los mismos Decretos, se libre mandamiento de pago por una cantidad deducida en contra de la parte demandada con un criterio unilateral acerca de la interpretación de aquellas normas, las que estudiadas a su hora por el Ministerio de Minas y Petróleos y por la Procuraduría General de la Nación no les permitieron concluír que el Estado hubiera dejado de percibir parte de las tasas por los servicios portuarios de que se trata. Es claro que a la mencionada declaratoria ha de preceder un estudio del cual debe deducirse que el bien denunciado como oculto tiene probabilidades, "visos" como se anotó en el auto recurrido, de pertenecerle a alguna entidad de derecho público, pero esto no equivale a un título incontrovertible que es precisamente la tesis de la H. Corte Suprema cuando observa: "No es que semejante declaratoria, hecha por el órgano administrativo, constituya ipso facto la existencia legal del derecho del Estado, como si esta quedase comprobada con la declaratoria de ser oculto el bien en que pueda radicar ese derecho". "El denunciante apoderado de la Nación echa sobre sí la carga de establecer la acción y comprobar en juicio el derecho del Estado, pues la declaratoria de bien oculto no sig-

Páginas

nifica propiamente que éste pertenezca de un modo indubitable al Estado ya que puede comprobarse que ello no es así". La ley (art. 982 del C. J.) fija, por cierto muy claramente, los requisitos que han de llenar los documentos que se presenten como recaudo ejecutivo, entre ellos" que del documento o decisión judicial resulte a cargo del demandado una obligación expresa, clara y actualmente exigible, de consiguiente, todo vacío o deficiencia sobre el particular implica una falla en los presupuestos procesales que deben tenerse presentes para, con respaldo en ellos, librar mandamiento de pago. Quiere esto decir que sin el lleno de las exigencias de aquella disposición no procede la orden de pagar por la vía ejecutiva. Si esto no fuera así, cabe a su turno preguntar: qué objeto tendría el recurso de apelación contra el auto ejecutivo?. Es que hay dos momentos o etapas procesales en que se discuten entre las partes distintas cuestiones jurídicas. En la primera o sea en torno del mandamiento de pago se debe estudiar el presupuesto de la acción, y si éste es completo, en la segunda procede el examen de las defensas del demandado, para contradecir la acción del ejecutante, presentadas en la forma de excepciones en la amplia oportunidad prevista por la ley, a efecto de declarar inexistente o enervada la acción del demandante. Por eso es allí a donde se pueden oponer contra la obligación que se pretende cobrar ejecutivamente las excepciones de falsedad, dolo, simulación, compensación, cosa juzgada, prescripción, etc. Y la razón filosófica, de equidad y de equilibrio entre las partes, para la diferenciación establecida por la ley entre los dos mencionados momentos procesales, es que sin que la obligación en contra del presunto demandado sea clara, expresa y actualmente exigible, resultaría injusto someter a éste hasta que se decidiera el incidente de excepciones o se resolviera el juicio, a la traba de sus bienes con todas las consecuencias graves que conlleva esta medida precautelativa. **Actor:** Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales. **Proveídos** de 27 de abril y 4 de agosto de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. José Urbano Múnera..... 416-448

JURISDICCION COACTIVA. (Excepciones de incompetencia de jurisdicción, ilegitimidad de la personería sustantiva, e inexigibilidad de la obligación).— "La justicia fiscal o jurisdicción coactiva -dice el señor Fiscal- es uno de los privilegios, llamados por Haouriou "exorbitantes", que la ley ha concedido a las entidades de derecho público

consistentes en que tales entidades no litigan, desde este punto de vista, sobre un plano de perfecta igualdad con los particulares pues el representante de la entidad pública ejerce ante sí mismo la acción de que aquella es titular al cobrar los créditos que tiene a su favor, y aparentemente ejerce las funciones de juez y parte. El artículo 143 del C. J., define la competencia como la facultad que tiene el juez o el Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República. De esto se deduce que la *jurisdicción* es la facultad de administrar justicia, y la *competencia* es la facultad de administrar justicia en determinados asuntos o negocios. La jurisdicción es el *género* y la competencia es la *especie*. Las disposiciones atrás enumeradas, (en el fallo), no establecen la competencia ni la jurisdicción coactiva en razón de la calidad de *empleado público* que pueda tener el deudor, sino que la fija como se ha dicho en función de la calidad de la entidad ejecutante y de la naturaleza del asunto. El señor apoderado del ejecutante pretende deducir la INCOMPETENCIA DE JURISDICCION o DECLINATORIA DE JURISDICCION, que es como técnicamente se denomina la excepción que se estudia, del hecho de que su representado no tenía la calidad de empleado público sino particular, pero esa calidad en nada influye para fijar la jurisdicción coactiva y la competencia del Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales, porque, se repite, la jurisdicción y la competencia de dicho funcionario se fija por la naturaleza del asunto (responsabilidad por manejo de dineros públicos), alcance deducido por la Contraloría General de la República, mediante fenecimientos legalmente ejecutoriados". En corroboración de las tesis de su colaborador, el Consejo dice: En primer lugar cabe anotar para el caso sub-lite que el Consejo de Estado en fallo de 13 de diciembre de 1.938 sostuvo que "se puede ser civilmente responsable y penalmente irresponsable". En segundo término la Sala observa que es muy discutible la afirmación del jurado cuando al absolver una de las preguntas que se le formularon contestó, por mayoría, que N.N. no era funcionario o empleado público en su condición de Habilitado del Senado, y esto porque el jurado es un juez de conciencia y no de derecho y por tanto calificaciones, de esa clase, están fuera de su órbita y de consiguiente son antitècnicas y no obligan a los falladores en derecho. Dentro del sistema legal colombiano resulta ab-

Pàginas

surdo que quien como los Habilitados pagadores, manejan fondos del Erario Público, son nombrados por las Cámaras, se les fijan por éstas sus deberes y asignaciones las que se les cubren con dineros del Estado, no tengan el carácter de funcionarios públicos que según el numeral 2o. del artículo 5o. del Código Político y Municipal "son los empleados que no ejercen jurisdicción o autoridad, pero que tienen funciones que no pueden ejecutar sino en su calidad de empleados". Los Habilitados de las Cámaras no tienen carácter particular ninguno y sí todas las calidades y funciones que distinguen a los empleados públicos. Véase el ordinal 1o. del artículo 103 de la Constitución Nacional. **Actor:** Juez de Ejecuciones Fiscales. **Sentencia** de 7 de junio de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. José Urbano Múnera..... 459

JURISDICCION COACTIVA. (Excepción de "ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte ejecutante").— El artículo 3o. del Decreto 1315 de 1.936 fija la competencia de los jueces allí indicados en razón de hacer efectivas las deudas en favor del Estado de quienes por cualquier motivo manejan fondos nacionales y tengan o nó el carácter de empleados públicos. De suerte que la competencia de los jueces de ejecuciones fiscales no nace de la calidad de empleado público que tenga quien maneja fondos nacionales y en un momento dado aparece como deudor de un alcance declarado por autoridad competente sino del hecho de manejar dineros de la Nación sea funcionario público o nó. Por tanto, en el caso que se estudia la competencia del Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales no desaparece por el hecho de que el señor N.N. no tuviera el carácter de empleado público cuando ocurrió el alcance que él mismo reconoce, en los dineros del erario nacional que se le confiaron en la condición de Habilitado Pagador del Senado de la República para pagar los sueldos y viáticos de su personal, manejo para el cual prestó fianza. De no ser así, puede preguntarse, quedarían desamparados los intereses del fisco no obstante ser un hecho manifiesto que el ejecutado recibió del Tesoro Nacional los dineros precisos para el pago de los referidos sueldos y viáticos y que dispuso, en su provecho, según su propia confesión, de las cantidades por las cuales la Contraloría le elevó los alcances. Debe tenerse presente, además, el artículo 1058 del C.J..... **Actor:** Juez de Ejecuciones Fiscales **Sentencia** de 7 de

Páginas

junio de 1.955. Consejero Ponente: Dr. José Urbano Múnera 459

JURISDICCION COACTIVA. (Excepción "inexigibilidad por vía ejecutiva, de la obligación que se cobra".)— Lejos de ser inexigible por la vía ejecutiva la obligación de que se trata, como se sostiene en esta cuarta excepción, puede y debe ella cobrarse por la vía escogida por quien como el señor Juez de Ejecuciones Fiscales tiene jurisdicción para ello, porque el artículo 1059 del C. J. en sus dos primeros incisos establece: "Además de los actos y documentos mencionados en el artículo 982 de estos juicios (los por jurisdicción coactiva) prestan también mérito ejecutivo: 1o. Los alcances líquidos y definitivos deducidos contra los responsables del Erario, por el Departamento de la Contraloría, los demás Tribunales de Cuentas Nacionales, departamentales o municipales". De otra parte es muy clara la jurisdicción que el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales tiene para conocer de procesos como este, pues el artículo 3o. del Decreto 1315 de 1.936, que ya se mencionó, le otorga atribuciones para ello en forma que no es posible discutir por lo manifestado. Actor: Juez de Ejecuciones Fiscales. Sentencia de 7 de junio de 1.955. Consejero Ponente: Dr. José Urbano Múnera 459

JURISDICCION COACTIVA (Excepción de inexistencia de la obligación a favor del Estado).— Los fenecimientos ejecutoriados, dictados por autoridad competente, tienen fuerza legal compulsiva dentro de esta clase de juicios, según lo ordenado por la ley 42 de 1.923, especialmente en los artículos 39, 40, 41, 42 y 43 que establece la responsabilidad de quienes manejan fondos públicos y disponen de ellos y la obligación ante la cual están de responder de los dineros u otra clase de bienes confiados a su guarda. "El fenecimiento ejecutoriado, contiene suficiente entidad para servir de título ejecutivo. El fallo se asimila a una sentencia que finaliza el juicio de cuentas y presta mérito ejecutivo aúncuando contra él pueda intentarse el recurso de revisión". - Actor: Juez de Ejecuciones Fiscales. Sentencia de 7 de junio de 1955. Consejero Ponente: Dr. José Urbano Múnera. 459

JURISDICCION COACTIVA.—(Ilegitimidad de la personería de la parte ejecutada. El juzgador debe observar "la plenitud de las formas propias de cada juicio". Nulidades). En el juicio ejecutivo, por su índole propia, en el cual se ejecuta una obligación, la que por lo mismo debe ser clara para que el Juez la decrete con el sólo exa-

Páginas

men de los documentos, la prueba acerca de la personería de quienes representan la sucesión demandada debe producirse antes de librarse la ejecución. Y no existiendo la prueba en referencia, como no existe en el caso de autos, se está en presencia de la causal de nulidad contemplada por el inciso 2º. del artículo 448 del Código Judicial, por ilegitimidad de la personería de la parte ejecutada. Cuando el Estado comparece ante la justicia, en calidad de parte interesada, y la justicia es ejercida a la vez por la Administración Pública y los órganos de lo Contencioso Administrativo, como acontece con "la justicia especial que pudiera llamarse con propiedad justicia fiscal, que es la que se ejerce con jurisdicción coactiva y que está concretamente destinada a hacer efectivas contra los ciudadanos las deudas fiscales en favor del Estado", *esta dualidad de funciones, esto es, de Juez y parte*, no implica en manera alguna la quiebra de los principios fundamentales del derecho procesal civil que tienen sus raíces y razón de ser en la norma constitucional según la cual el juzgador debe observar "la plenitud de las formas propias de cada juicio". Los funcionarios del Poder Público, investidos de las facultades que conlleva el ejercicio de la jurisdicción coactiva, instauran o se plantean así mismos la cuestión, problema o caso jurídico que han de resolver, decidir o ejecutar y, a la vez, tienen la misión de tutelar y garantizar la aplicación y observancia, fiel y exacta, de las normas jurídico-procesales que informan y regulan la iniciación y desarrollo del juicio o proceso encaminado hacia la resolución o decisión judicial definitiva que corresponda. En estas condiciones, cobra mayor importancia el *fenomeno jurídico-procesal de la nulidad* -impropiamente llamada adjetiva-, que constituye en toda clase de negocios jurisdiccionales, tanto para las partes como para el juzgador, el mejor medio o instrumento para mantener el curso o trámite del proceso dentro de los cauces legales pertinentes y que obliga, en los juicios por jurisdicción coactiva, a subordinar los intereses económicos y fiscales de la Administración Pública al interés jurídico, de orden público, que asista al Estado para que la justicia sea administrada con sujeción a las normas propias de cada juicio". Actor: Inspector Nacional de Rentas e Impuestos Nacionales de Cartago. Auto de 11 de mayo de 1.955. Consejero Ponente: Dr. Guillermo Acosta Acosta..... 471

JURISDICCION COACTIVA. (Pendiente el recurso de apelación contra el auto aprobatorio del remate no puede el juez

Páginas

obrar en el sentido de ordenar la inscripción del remate en el Registro de Instrumentos Públicos y Privados). El artículo 741 del Código Civil preceptúa, es verdad, que *el Juez es el representante legal del tradente*, o sea, de la persona cuyo dominio se trasfiere en las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor; pero, no es menos cierto y evidente que, para que sea válida la tradición hecha por ese representante legal en los juicios en que tal fenómeno se opera como ocurre en los ejecutivos adelantados por los trámites de la jurisdicción coactiva, *"se requiere además"* por mandato expreso del artículo 744 del mismo Código *que ese representante legal obre dentro de los límites de su representación legal*, y, mal puede aceptarse la afirmación de que la Inspectoría General de Rentas hubiera obrado dentro de los límites de su representación legal en el momento de festinar, como festinó, la orden de inscripción del remate en el Registro de Instrumentos Públicos y Privados, la cancelación del embargo y la entrega de las fincas rematadas por el secuestre a los rematadores, toda vez que se hallaba pendiente el recurso de apelación contra el auto aprobatorio del remate, que tales medidas ordenaba, y carecía, por tanto, del elemento formal vinculante de toda decisión judicial, dentro del juicio, o sea, el de que contra ella no procede ningún recurso. No se hace en esta disposición (artículo 507) distingo alguno en relación con el efecto en que haya sido concedida la apelación, lo cual está indicando que la prosecución del juicio por el juez de la causa, cuando concede la apelación en el efecto devolutivo, no puede llegar hasta el extremo límite de ejecutar o realizar actos procesales que hagan perder la jurisdicción del superior..... Además "para que el secuestre restituya el depósito al adjudicatario, se requiere según mandato expreso del artículo 2281 del Código Civil que la sentencia que así lo ordena haya sido "PRONUNCIADA Y EJECUTORIADA", apenas es natural concluir, sin el menor esfuerzo de lucubración mental, que mientras no esté *ejecutoriado* el auto aprobatorio del remate a que se refiere el artículo 1051 del Código Judicial, no se puede verificar, legalmente, la entrega de la cosa rematada por el secuestre al rematante. De donde resulta que el artículo 1052 del Código Judicial al equiparar a escritura pública "la diligencia de remate y el auto de su aprobación" necesariamente está indicando que tal evento se produce siempre y cuando que el auto aprobatorio del remate tenga, dentro del proceso, la fuerza y eficacia formal y ma-

Páginas

terial de la cosa juzgada. Actor Inspector Nacional de Rentas e Impuestos de Cartago. Auto de 11 de mayo de 1.955. Consejero Ponente Dr. Guillermo Acosta Acosta. 471

JURISDICCION COACTIVA. (Competencia del Consejo de Estado para conocer de esta clase de asuntos).— De acuerdo con el espíritu del artículo 142 del Código de Organización Judicial y con la doctrina de los expositores sobre la materia, tales como Manresa y Navarro, entiende esta Sala que *la jurisdicción* "es la facultad de que se hallan revestidos los Jueces para administrar justicia" de acuerdo con la Constitución y la ley. En tanto que *la competencia,* según el artículo 143 ibidem, "es la facultad que tiene el Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República". Ahora bien, los artículos 3o., 4o. y 5o. de la ley 67 de 1.943 y el Decreto Ejecutivo No. 4120, de 1.949, que adscribió a la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado el conocimiento de esta clase de asuntos, son màs que suficientes para establecer que esta Sala sí tiene competencia para ejercer la jurisdicción fiscal o coactiva en los términos y negocios prescritos por las leyes de la República. Actor: Inspector Nacional de Rentas e Impuestos Nacionales de Cartago. Auto de 11 de mayo de 1.955. Consejero Ponente, Dr. Guillermo Acosta Acosta..... 471

JURISDICCION COACTIVA. (Nulidades procedimentales).— *Las nulidades procedimentales* que tienen su "raíz y fuente causal" en la transgresión de principios normativos de orden público, que regulan la iniciación y desarrollo del procedimiento a fin de hacerlo apto para el fin propuesto, una vez ejecutoriada la providencia que las decreta hacen que sea legalmente inexistente e ineficaz toda actuación desarrollada a partir del acto, elemento o circunstancia procesal de donde se originó la causal de nulidad. Actor: Inspector Nacional de Rentas e Impuestos de Cartago. Auto de 11 de mayo de 1.955. Consejero Ponente: Dr. Guillermo Acosta Acosta..... 471

JURISDICCION COACTIVA. (Competencia del Consejo de Estado. Extralimitación de funciones del funcionario comisionado).— La inhibición de la Sala no puede llevarse hasta el extremo de abstenerse de corregir la extralimitación de funciones en que incurriera el funcionario comisionado para hacer la entrega material de la finca objeto del remate anulado. Tal extremo conduciría al doble absurdo de que la nulidad decretada, en la rea-

Páginas

lidad carecería de trascendencia para la sucesión del señor N.N., que así continuaría privada de la propiedad de un bien que le pertenece, no obstante carecer de todo título sus actuales tenedores, y que un simple funcionario comisionado para practicar actos necesarios a la ejecución de una providencia resultara con facultades más amplias que las del Juez o Tribunal comitente. La acción jurisdiccional atribuída a la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado para conocer de las apelaciones de esta clase de negocios está circunscrita, categóricamente, a los recursos de apelación que se interpongan y procedan en los juicios por jurisdicción coactiva en asuntos nacionales, cuando la cuantía del negocio sea de quinientos pesos o más, así como a los incidentes de excepciones y tercerías de igual cuantía y naturaleza, también lo es que, dentro de la órbita de su competencia, implícitamente tiene la Sala la facultad de conocer, por vía de apelación, de todos los actos o relaciones jurídicas vinculadas a la sujeta materia de la anterior decisión. Es por esto que actuaciones como las de la autoridad comisionada en el caso *sub-judice*, que excediendo los términos de la comisión, reconoció y concedió el derecho de retención inoportunamente ejercitado, necesariamente deben quedar sujetos a la revisión del comitente. De no ser así, daríase el caso insólito, extravagante, dentro de las normas que fijan las atribuciones de los funcionarios en cada rama del servicio público y establecen jerarquía entre ellos, de subalternos cuyos actos oficiales no podrían ser revisados. Si la Sala se declara inhibida para conocer de la apelación interpuesta contra la determinación del Recaudador que reconoció el derecho de retención, ante què autoridad distinta podrían las partes en litigio reclamar de tal determinación? Ante la justicia ordinaria. No, porque sin lugar a duda esta justicia se declararía incompetente para conocer de un incidente nacido de la ejecución de una providencia proferida por jurisdicción distinta, cual es la contencioso-administrativa. Por este camino se llegaría al extremo de dejar sin oportunidad de revisión por parte de una entidad superior la actuación desmedida de un funcionario comisionado y tal evento alcanzaría los límites de la denegación de justicia. De lo anterior se deduce lógicamente y sin esfuerzo, esta conclusión: si el Consejo de Estado no tiene competencia para conocer de controversias privadas, tales como las de prestaciones mutuas previstas en la ley, menos aún lo tiene el empleado del orden administrativo comisionado para eje-

Páginas

cutar una providencia emanada de la justicia contencioso-administrativa. Y si, como en el caso de autos, el inferior excedió los términos de la comisión y por añadidura lo hizo invadiendo al propio tiempo extraña jurisdicción, es obvio que al Consejo compete conocer del recurso de apelación contra su extralimitación interpuesto, y corregir su error reduciendo su actuación al límite preciso de su competencia. Actor: Inspector General de Rentas e Impuestos Nacionales de Cartago. Proveído de 13 de octubre de 1.955. Consejero Ponente: Dr. Manuel Antonio Dangond Daza..... 492

JURISDICCION COACTIVA. (Manera como se procede en los casos en que se concede o reconoce el derecho de retención).— Si en los juicios posesorios se ordena la restitución y al hacer la entrega de la propiedad se opone a ella un tercero que la tiene en su poder, el funcionario comisionado la deja en poder de éste en calidad de secuestro, el cual se levanta si antes de los cinco días siguientes el demandante no promueve el correspondiente juicio posesorio u ordinario (art. 882 del C. J.). Pero si el demandante niega al opositor el dederecho de oponerse, se decide el punto mediante una articulación, durante la cual subsiste el secuestro y el opositor debe probar su derecho a retener. (art. 883 ibídem). Aquí, como se ve, el mismo funcionario delegado para hacer la entrega está autorizado para dejar la cosa en manos del tercero a quien se le concede el derecho de retención, siempre que posteriormente pruebe, ante el Juez de la causa que ordenó la entrega, no ante el comisionado, "su derecho a retener la cosa en su poder". Igual cosa sucede cuando el poseedor vencido tenga un saldo para reclamar en razón de las expensas y mejoras y alegue el derecho de retener la cosa en su poder hasta que se verifique o se asegure el pago (art. 970 del C J.), pues en tal caso, si la cosa se entrega por funcionario comisionado, cualquier determinación que tome éste en relación con el derecho de retención ejercitado, por los medios indicados en el artículo 10 de la ley 95 de 1.890, tendrá siempre el control del juez del proceso. Otro tanto ocurre en el caso previsto por el artículo 859 del Código Civil, cuando el usufructuario pide la retención de la cosa fructuaria hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones a que según la ley está obligado el propietario, y en el contemplado por el artículo 1995 del mismo Código, cuando se deben indemnizaciones al arrendatario a quien se le concede el derecho de retención de

Páginas

la cosa arrendada hasta tanto se le pague o se le asegure la cancelación de tales indemnizaciones. Como es obvio, el juez que conoce del respectivo juicio en uno u otro de estos casos tiene la facultad legal para decidir acerca del derecho de retención allí previsto, ya sea que lo conceda o reconozca directamente, revisándole, por vía de apelación, al funcionario comisionado para la entrega de la cosa, lo que éste último decidiere sobre el particular. **Actor:** Inspector General de Rentas e Impuestos Nacionales de Cartago. **Proveído** de 13 de octubre de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Manuel Antonio Dangond Daza..... 492

JURISDICCION COACTIVA. ("En el actual procedimiento civil no existen disposiciones que permitan alegar nulidades contra sentencias ejecutoriadas o autos interlocutorios por vicios que puedan afectarlos en su esencia, tomándolos como piezas aisladas e independientes del juicio." Las resoluciones ejecutoriadas son ley del proceso).—Es improcedente el recurso de nulidad propuesto contra el auto de fecha trece de octubre del presente año, pues, el Código Judicial vigente (Ley 105 de 1.931) no contempla esta clase de recursos contra los autos interlocutorios, ni contra las sentencias ejecutoriadas como elementos aislados del juicio o proceso. "Ese medio, -dice la Corte- para subsanar irregularidades procedimentales, fué suprimido por inútil e innecesario, siendo por tanto aplicable el artículo 40 de la Ley 153 de 1.887 en relación con el 1228 del actual Código Judicial". (Véase página 620 del número 1901 y 1902 de la Gaceta Judicial). La Sala de Negocios Generales del Consejo se ha mantenido dentro de "la órbita de su competencia" y está ejercitando "la facultad de conocer por vía de apelación, de todos los actos o relaciones jurídicas vinculados a la sujeta materia de la anterior decisión" con la mira de corregir el error del inferior "reduciendo su actuación al límite preciso de su competencia", o sea la que le señala el Capítulo I, Título XV del Libro II del Código Judicial, para ejercer, por autoridad de la ley, en este negocio determinado, la jurisdicción que corresponde a la República (artículo 143 del Código Judicial). Las resoluciones ejecutoriadas son ley del proceso para quienes han intervenido en el juicio y sus causahabientes a título universal o particular. **Actor:** Inspector General de Rentas e Impuestos Nacionales de Cartago. **Auto** de 29 de noviembre de 1.955. **Consejero Ponente:** doctor Guillermo Acosta Acosta..... 500

Páginas

P

PENSION DE JUBILACION. (El legislador colombiano consagró separadamente el derecho a la pensión de jubilación por parte de los empleados civiles y de los servidores del ramo docente. No acumulables los servicios).—Los preceptos de la ley 50 de 1.886 concernientes a la pensión de jubilación de los empleados y obreros nacionales, han sido sucesivamente modificados, adicionados y reformados por las leyes 29 de 1.905; 6a. de 1.945; 65 de 1.946; 24 y 72 de 1.947 y los Decretos 1600 de 1.945 y 2921 de 1.948, y, el reconocimiento y pago de de esta prestación social ha estado a cargo del Minisnisterio de Hacienda y Crédito Público, de la Caja Nacional de Previsión Social de empleados y obreros nacionales o de las Cajas o entidades de previsión social de conformidad con las precitadas disposiciones.--A la vez el estatuto especial sobre jubilación de los servidores del ramo docente ha sido regulado independientemente de la ley 50 de 1.886, como se deduce de los preceptos que han venido consagrando las leyes 100 de 1.892; 114 de 1.913; 116 de 1.928; 45 de 1.931; 37 de 1.933; inciso 2o. del artículo 29 de la ley 6a. de 1.945; ley 6a. de 1.946; leyes 24 y 64 de 1.947 y Decretos 62 de 1.935 y 2081 de 1.949, y, el reconocimiento de esta prestación se hace por el Ministerio de Educación Pública a cargo del Tesoro Nacional. No es el caso de acumular a los servicios prestados en varias entidades de derecho público los desempeñados en el profesorado, por no ser estos de tiempo completo ni haber sido el actor profesor escalafonado. **Actor:** Dr. Carlos Bravo. **Sentencia** de 19 de agosto de 1.955. **Consejero Ponente:** doctor Guillermo Acosta Acosta..... 507

PESION DE JUBILACION (NOTARIOS) (Para tener derecho a pensión de jubilación es necesario estar afiliado a la Caja Nacional de Previsión o a otra institución oficial de pensión oficial. Es ésta una de las TRES condiciones esenciales que deben reunir los empleados y obreros nacionales de carácter permanente para obtener dicha prestación.) A qué servidores del Estado pagará la Caja Nacional de Previsión las prestaciones a que aluden los artículos de la Ley 6a. de 1.945 y 1o. del Decreto 1600 del mismo año, entre los cuales se cuenta la pensión mensual vitalicia de jubilación?. Es incuestionable que a sus afiliados UNICAMENTE; aquellos que, por serlo, a sus haberes han contribuído con la cuota de afiliación; con

Páginas

buena parte de los aumentos registrados en sus sueldos y con sus correspondientes aportes periódicos. La respuesta es concluyente; es inobjetable. Y si no son los Notarios afiliados forzosos de la Caja, ni facultativamente se hallan afiliados a ella, es obvio que carecen tales funcionarios del título legal adecuado para reclamar con derecho una prestación que por ministerio de de la Ley, a ella, EXCLUSIVAMENTE A ELLA, corresponde reconocer y pagar. A diferencia de los propiamente empleados y obreros nacionales de carácter permanente, ni son los Notarios pagados con fondos del Tesoro Público, ni, salvo contadas excepciones, de sus emolumentos u honorarios distraen ellos la más mínima parte en el sostenimiento de institución alguna de previsión social. Que en tales circunstancias el Estado les reconozca y pague una prestación que es de cargo de la Caja Nacional de Previsión y a la cual sólo tiene derecho quienes, además de otras condiciones, han satisfecho la totalidad de sus obligaciones para con la misma Caja, resulta exorbitante y establece para ellos un régimen de privilegio y de excepción que es contrario a la equidad, a la justicia y al querer y a la voluntad del legislador. Con las excepciones que relativamente a la edad y al tiempo de servicio estatutos especiales consagran, inequívocamente queda, pues, establecido que hoy, bajo el imperio de la ley 6a. de 1.945 y del Decreto 1600 del mismo año, TRES condiciones esenciales deben reunir los empleados y obreros nacionales de carácter permanente para adquirir el derecho a la prestación denominada pensión vitalicia de jubilación; son a saber: Veinte años de servicio, cincuenta años de edad y afiliación forzosa o facultativa a la Caja Nacional de Previsión o a otra institución oficial de previsión social. **Actor:** Gilberto Garrido Cañarete. **Sentencia** de 9 de agosto de 1.955. **Consejero Ponente.** doctor Manuel Antonio Dangond Daza..... 519

PENSION DE JUBILACION. (Ferrocarriles Nacionales. Casos en que es competente el Consejo de Estado para conocer de las consultas y apelaciones sobre prestaciones sociales). A partir del 25 de marzo del año en curso la empresa denominada "Ferrocarriles Nacionales de Colombia" es una persona jurídica de derecho privado y su personal se rige por las normas legales relativas a los trabajadores particulares, es claro, es obvio que, de la fecha indicada, el Consejo de Estado perdió la competencia para conocer de las resoluciones sobre reconocimiento de prestaciones sociales al personal ferroviario, ya que privativamente a los Tribunales de la Ju-

Páginas

risdicción Especial del Trabajo está encomendada la aplicación de las normas legales a que dicho personal queda ahora sometido, las cuales, según se ha visto, no son otras que las "relativas a los trabajadores particulares". Pero la incompetencia del Consejo de Estado para atender en asuntos relativos a prestaciones sociales del personal al servicio de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia surge simultánea con la vigencia del Decreto 3739 y para aquellas resoluciones que en negocios de tal naturaleza se profieran o se hayan proferido a partir del 25 de marzo ya citado, pues otro es el tratamiento a que legal y jurídicamente deben quedar sometidas aquellas que lo fueron con anterioridad a la fecha indicada. Para conocer de las consultas y apelaciones de estas últimas, que en el orden cronológico son, necesariamente primeras o anteriores, el Consejo retiene la competencia que antaño tuviera por ministerio de mandatos legales que vigentes estaban cuando tales actos administrativos se produjeron. Esta doctrina es incuestionable y no es nueva, pues ya en época anterior y en fallos análogos la sostuvo la Corporación. **Actor:** Alfonso Escobar Cuenca, **Sentencia** de 3 de marzo de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Manuel Antonio Dangónd Daza 527

PENSION DE JUBILACION, (Revisión de las Resoluciones de la Caja Nacional de Previsión. Competencia del Consejo de Estado).— Una acertada, correcta y justa interpretación del artículo 164 de la Ley 167 de 1.941, a traves de constante e invariable jurisprudencia el Consejo de Estado ha sostenido que, no solo son revisables las resoluciones sobre reconocimientos que impongan al Tesoro Público la obligación de cubrir una suma periódica de dinero, sino que, además, en el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo radica exclusivamente la competencia para REVISAR previo el correspondiente juicio especial, tales resoluciones, así el Consejo no se hubiere pronunciado sobre ellas a causa de inexistencia del grado de jurisdicción llamado de consulta o del recurso de apelación o por no interposición de este último.— De ser interpretado el citado precepto con el rigor que lo hace el distinguido profesional apoderado del actor, daríase el caso de un sinúmero de meritorios servidores del Estado, que, hallándose ante hechos que como causales de revisión consagra el artículo 164, veríanse privados del medio adecuado para demandar la modificación de la respectiva providencia administrativa. Y en cuanto se dice del individuo frente al Estado, debe

Pàginas

decirse de éste y de las distintas entidades administrativas de carácter nacional, frente al individuo. Porque, si únicamente sus propias sentencias puede el Consejo de Estado REVISAR, a qué autoridad correspondería hacerlo en tratándose de aquellas resoluciones para las cuales ha sido suprimida la "consulta" y el recurso de apelación o éste no se interpuso oportunamente, cuando quiera que en relación con ellas concurra una de las causales a que se hace referencia, siendo, como es incuestionable, que sólo en el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo radica la competencia para conocer del juicio especial instituído por el artículo atrás citado?. Tal interpretación por ser contraria al espíritu de la ley, desnaturaliza el concepto de equidad, que, según Aristóteles, consiste en el ejercicio de una justicia superior a la simplemente legal, en una corrección de la ley positiva cuando ésta, dentro de su universalidad no ha podido prever algunos casos particulares y resultaría inicuo aplicarla a ellos al pie de la letra. **Actor:** Gilberto Polanco. **Sentencia** de 25 de mayo de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Manuel Antonio Dangond Daza. 532

PENSION DE JUBILACION.-(Revisión.-Oficiales retirados de las Fuerzas Militares.- Aplicación retrospectiva de la ley en materia de prestaciones sociales).—De conformidad con un principio generalmente aceptado, en materia de prestaciones sociales y en casos excepcionales, consideraciones de justicia y de equidad determinan la aplicacion retrospectiva de la ley. Anda equivocada la apreciación consistente en estimar que sólo cuando la misma ley expresamente lo ordena puede ella aplicarse retrospectivamente. Es lo contrario. Cuando el legislador ha querido sustraer de tal principio determinadas disposiciones legales, así categóricamente lo ha consignado o dispuesto en èl texto de la misma disposición. Tal el ordenamiento del articulo 34 de la ley 2a. de 1945. Si de acuerdo con el artículo 87 de la citada ley 2a., ella "rige desde la fecha de su sanción", què propósito distinto del de quitarle al artículo 34 el efecto retrospectivo pudo tener el legislador al redactarlo en los términos en que lo hizo?. La respuesta es clara y ella necesariamente coincide con las apreciaciones de la Sala a las cuales da seguridad de acierto y un indiscutible fundamento. Está fuera de lugar la invocación de la jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual la ley derogada sigue gobernando los actos cumplidos bajo su imperio. La Sala reitera y reafirma tal jurisprudencia. Pe-

Páginas

ro es obvio que respecto de ella pueden existir y existen casos de excepción; algunos, consagrados por la nueva ley; otros, por inmanentes principios de derecho, de justicia y de equidad. Porque es innecesario hacer de ellos una larga enumeración, se limita la Sala a citar, por vía de ejemplo, el consagrado implícitamente por el ordinal 6o. del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, el cual, al señalar una de las causales de revisión, consagrando está también implícitamente el principio de la retroactividad en materias sociales. El artículo y ordinal citados son del tenor siguiente: "La revisión, que podrá solicitarse en cualquier tiempo, tendrá lugar en los casos siguientes: . . . .6o. Cuando la cuantía ha sido aumentada o disminuída por disposición posterior al reconocimiento. . . . .". De conformidad con el precepto transcrito, un extrabajador o exempleado del Estado pensionado en las condiciones previstas por la Ley 6a.de 1945, podrá más tarde pedir que la cuantía de su pensión sea aumentada si las bases de liquidación para esta prestación oficial fuere por una ley posterior favorablemente modificada. Y así, por los términos, el sentido y la frecuentísima aplicación de la disposición copiada, advertirá el señor abogado demandante cómo no siempre la ley derogada o antigua sigue gobernando los actos cumplidos bajo su imperio y cómo el propio legislador autorizó e inspira la aplicación retrospectiva de la ley en materia de prestaciones sociales. **Actor:** Abogado del Ministerio de Guerra. **Sentencia** de 24 de septiembre de 1.955 **Consejero Ponente:** Dr. José Urbano Múnera. 542

PENSION DE JUBILACION. (Resoluciones de la Caja Nacional de Previsión Social). Fecha desde la cual debe cubrirse la pensión de jubilación. Prescripción de las "acciones que emanan de las leyes sociales".—En lo relacionado con la fecha desde la cual debe cubrirse la pensión, según las normas legales que gobiernan la materia, el goce de una pensión de vejez es incompatible con la que recibe su beneficiario por asignaciones del Tesoro Público, siempre que el valor conjunto del sueldo y la pensión no pase de cuatrocientos pesos ($400.00), artículos 33 de la ley 6a. de 1.945 y 7o. del Decreto 320 de 1.949, menos para los empleados docentes -quienes pueden recibir simultáneamente sueldo y pensión- (artículo 1o. del Decreto Legislativo 2285 de 1.955) y para los militares, quienes tambien pueden devengar sueldo y percibir pensión siempre y cuando que aquél no sea pagado por el Ministerio de Guerra. El Código Sustantivo del Trabajo dispone para los trabajadores -ofi-

Páginas

ciales y particulares- ligados por un contrato de trabajo lo siguiente: "ARTICULO 262. La pensión vitalicia de jubilación se debe desde la fecha en que el trabajador la solicite, siempre que en esa fecha reúna los requisitos del artículo 260. Si la solicitud la hace cuando esté al servicio de la empresa sólo se deberá la pensión desde el día de su retiro". Igual cosa preceptúa para los trabajadores ferroviarios tanto el artículo 17 del Decreto 1471 de 1.932 como el 170 del *reglamento general del trabajo para los ferrocarriles nacionales*, expedido en desarrollo del artículo 6o. de la ley 29 de 1.931 en relación con los artículos 1o. de la Ley 6a. de 1.945 y 4o. de su Decreto reglamentario No. 2127 del mismo año. Para los trabajadores públicos -es decir, los que están unidos a la Administración por relación legal y reglamentaria- no existe una norma específica, de orden general, pero el Consejo, Sala de Negocios Generales, ha conceptuado que tienen derecho a la pensión desde la fecha del retiro del servicio, menos cuando por culpa del empleado no se hace la petición sino mucho tiempo después, ya que en este caso la prestación únicamente debe cubrirse desde la fecha de la solicitud. El fallo no comparte la tesis anterior, así: a). "Según los doctrinantes de la ciencia del derecho la acción para solicitar una pensión vitalicia de jubilación, por naturaleza, es imprescriptible, porque sólo son susceptibles de este fenómeno las obligaciones exigibles, y como únicamente las mesadas pensionales vencidas se pueden cobrar y no las vencidas, son aquéllas y no éstas las que deben caer bajo tal sanción. Sinembargo la legislación positiva colombiana establece que el derecho a solicitar pensiones cuando no se ha fijado por disposición especial un lapso distinto prescribe a los TREINTA AÑOS, según el parágrafo 2o. de la Ley 116 de 1.928, norma ésta no cobijada por los efectos de la Ley 50 de 1.936, que redujo a VEINTE AÑOS las prescripciones treintenarias, pues como en un mismo texto se dice ello es exclusivamente para los derechos sujetos al imperio del Código Civil. b) La prescripción de las mesadas exigibles para los empleados oficiales vinculados a la Administración por relación de DERECHO PUBLICO o mediante contrato de trabajo está regulada por el artículo 151 del Decreto Legislativo 2158 de 1.948. Y se considera que dicha disposición, no obstante hallarse incluída en el Código Procesal del Trabajo que básicamente se refiere a conflictos derivados del contrato de trabajo, gobierna también en lo pertinente,

Páginas

las relaciones de servicio de derecho público con la Administración porque el ordenamiento, según sus claras voces, tiene un ámbito de mayor radio de acción: "LAS ACCIONES QUE EMANAN DE LAS LEYES SOCIALES". Actor: Guillermo Alvarez A. Sentencia de 8 de noviembre 1.955. Consejero Ponente, Dr. Ildefonso Méndez.. 558
Con salvamento de voto del H. Consejero Dr.Antonio Josè Prieto..... 574

PENSION DE JUBILACION. (Resoluciones de la Caja Nacional de Previsión Social). Criterio para fijar la competencia de una reclamación sobre prestaciones sociales.— El Consejo ha sostenido que el criterio para fijar la competencia de una reclamación sobre prestaciones sociales contra la Nación, los Departamentos, los Municipios y los Establecimientos Públicos, es el de averiguar la naturaleza del vínculo jurídico que unió últimamente al trabajador con la entidad obligada, así cuando se trata de EMPLEADOS PUBLICOS, o sea de los incorporados a la Administración por una relación de derecho público, la competencia es de esta jurisdicción; y cuando se suscita el conflicto con *trabajadores oficiales*, esto es, de los ligados por contrato de trabajo -expreso o presuntivo- la competencia radica en la justicia laboral. Actor: Guillermo Alvarez A. Sentencia de 8 de noviembre de 1.955. Consejero Ponente: Dr. Ildefonso Méndez. 558

PENSION DE JUBILACION. (Resoluciones de la Caja Nacional de Previsión Social. De conformidad con el Decreto 2921 de 1.948, reglamentario del artículo 21 de la ley 72 de 1.947, deben acusarse no sólo las disposiciones de la Caja sino todas las provenientes de entidades obligadas al pago de las cuotas correspondientes.— La demanda no ha sido formulada en forma técnica, al acusar solamente las disposiciones de la Caja y no las de las otras entidades obligadas al pago de las cuotas correspondientes, mas ésta Corporación, con un criterio de amplitud -explicable por tratarse de un asunto de carácter social- estima, como en otras ocasiones, que la acusación se ha hecho contra toda la operación jurídica llevada a cabo y que culminó con la negativa de la Caja a las prestaciones solicitadas por el demandante. Actor: Guillermo Alvarez A. Sentencia de 8 de noviembre de 1.955. Consejero Ponente: doctor Ildefonso Méndez 558

PENSION DE JUBILACION. (No son de cargo de la Nación las prestaciones sociales para los empleados y obreros de aquellos municipios que por ministerio de la ley están e-

Paginas

exentos de pagarlas).— Al tenor de lo dispuesto por el inciso subrayado, el Dr. N. N., exempleado del Municipio de Titiribí, que fué clasificado por el Departamento Nacional del Trabajo en la clase "E", podrá ser excluído, entre otras, de la prestación denominada pensión de jubilación. Sentado lo anterior, y en presencia de la solicitud elevada por el médico demandante ante el señor Ministro de Hacienda y de la decisiòn adoptada por este alto funcionario, resulta indispensable dejar establecida a quièn corresponde conocer de la solicitud en referencia, y consecuencialmente, a qué entidad compete pronunciarse sobre la posible exclusión relativa a la prestación reclamada. Es incuestionable que nó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En primer término, porque de conformidad con lo estatuído por el artículo 1o. del Decreto número 2921 de 1.948, "los empleados nacionales, departamentales o municipales que tengan derecho a solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, elevarán la solicitud a la Caja o Institución de Previsión Social a la cual estén afiliados en el momento de retirarse del servicio oficial, si es el caso. Cuando la entidad respectiva no tenga establecida su Caja o Institución de Previsión Social, la solicitud deberá ser dirigida a dicha entidad para la tramitaciòn correspondiente". Y, en segundo lugar, porque *ninguna* disposición legal deja a cargo del Tesoro de la Nación la obligación de atender al pago de prestaciones sociales para aquellos empleados a que alude el tantas veces mencionado Decreto 2767. Es, pues, a la entidad respectiva, en el caso de autos al Municipio de Titiribí, a quien legalmente compete pronunciarse sobre la demanda de pensión de jubilación promovida por el actor. **Actor:** Julio Quintero Restrepo. **Sentencia** de 26 de octubre de 1.956. **Consejero Ponente,** Dr. Manuel Antonio Dangond Daza..... 578

R

RECURSO DE SUPLICA. (Representación en los juicios administrativos. La Administración puede intervenir por medio de representante especial, sin que esto afecte la actuación del Agente del Ministerio Público que es el vocero legal tratándose del Estado).— Cuando se demanda la anulación de un acto de la Administración y consecuencialmente el restablecimiento de un derecho patrimonial

Páginas

que el demandante considera que se le ha violado por aquél, es de lógica presumir que la Administración tenga interés directo en las resultas del juicio y de acuercon la regla comentada pueda intervenir por medio de un representante especial para impugnar la demanda, y sin que esta intervención afecte la actuación del Agente del Ministerio Público que es el representante legal trantándose del Estado. Actor: Dr. Herrera Anzoátegui. Proveído de 4 de octubre de 1.955. Consejero Ponente: Dr. Rafael Marriaga..... 582

RESOLUCIONES MINISTERIALES. (El retiro "en forma absoluta" de un Suboficial Mecánico de la Fuerza Aérea no lo priva de prestaciones sociales sin que haya mediado declaración por sentencia ejecutoriada. Derechos sucesorales).— La argumentación del señor Fiscal sería irrebatible, si las prestaciones establecidas en favor de los beneficiarios de los Suboficiales a que se refieren los artículos 26 del Decreto 1025 de 1.942, 5o. de la ley 43 del mismo año y 1o. de la ley 81 de 1.947, originadas con motivo de la muerte del Suboficial, implicaran o constituyeran reconocimiento o creación de derechos sucesorales para procurar la adquisición, por transmisión del derecho a tales prestaciones sociales a título universal; pero ya quedó demostrado en el capítulo IV de este fallo, que el sueldo, pensión o asignación de retiro es de carácter personal e intransmisible. Cosa distinta es la de que, por consideraciones de otro orden que tienen mira en el bienestar de la familia, les otorgue la ley determinadas prestaciones sociales a los parientes del Suboficial que ha prestado sus servicios al Estado por el tiempo necesario para obtener sueldo de retiro, en su caso, y, es así como debe entenderse la locución "a la muerte de un Suboficial en goce de sueldo de retiro", pues, de lo contrario se cometería una tremenda injusticia al colocar en condiciones de inferioridad a los beneficiarios del Suboficial que al tiempo de su retiro del servicio activo reunía todos los requisitos legales que configuran el derecho a obtener el reconocimiento y pago del sueldo, pensión o asignación del retiro, pero que no tuvo la oportunidad o los medios de ejercitar la acción correspondiente dentro del plazo que la ley permite al efecto. Si bien es cierto que el artículo 27 del Código Civil dispone que "cuando el sentido de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal so pretextó de consultar su espíritu", no es menos cierto que, cuando existe una ley clara y expresa, como lo observa el comentarista argentino Raymundo M. Salvat, "hay un ca-

Páginas

so, sinembargo, en que por excepción es permitido apartarse del sentido literal de la ley, a saber: En tales casos, la interpretación literal de ella, llamada entonces *interpretación judáica*, nos llevaría en realidad a violarla, so pretexto de observarla escrictamente". La ley no es estática -como lo cree el señor apoderado de la recurrente y lo creían los antiguos exégetas-, pues en ella se encierra y concreta la solución de todas las ocurrencias que se derivan de las relaciones jurídicas, económicas y sociales que se ocasionan por el hecho de vivir el hombre en sociedad. De ahí por qué está vedado al Juez dejar de resolver las cuestiones propuestas pretextando silencio u obscuridad en la ley, y, por qué se ha atribuído como misión principal a la jurisprudencia la de procurar la adaptación de los hechos reales de la vida jurídica, económica y social a las normas del derecho a fin de dar a cada cual aquello que justamente le corresponda. Actor: Isabel Rodríguez viuda de Ramírez. Sentencia de 16 de diciembre de 1.955. Consejero Ponente, Dr. Guillermo Acosta Acosta..... 586

RESOLUCIONES MINISTERIALES. (Falsa motivación. No todo desacuerdo con la verdad debe sancionarse. La sanción a la Administración por un hecho inexacto debe graduarse en concierto con el perjuicio realmente recibido. Casos en que no hay perjuicios indemnizables en la destitución de un funcionario).—El Consejo, inicialmente, sostuvo en forma absoluta -fundándose en la teoría de la falsa motivación, concebida por doctrinantes extranjeros- que los actos de la Administración apoyados en hechos inexactos -cualquiera que fuera el grado de ésta- no tienen validez, con todas las consecuencias anexas, considerando que al demostrarse que no son ciertos los hechos en que ellos se basan se desvanece la presunción de legalidad que los ampara. Posteriormente, restringió el alcance de la jurisprudencia, en el sentido de que no todo desacuerdo con la verdad debe sancionarse. Así, en sentencia de 8 de octubre de 1.951, dijo que la falsa motivación en el caso que se haya fingido una renuncia para encubrir la destitución de un funcionario público, sólo computa nulidad cuando lesiona el status del empleado inscrito en una Carrera o la estabilidad consagrada en favor de quien desempeñaba un cargo de período fijo y dentro del cual es inamovible (Anales Tomo LIX, Nos. 372 a 376, páginas 13 y siguientes). De conformidad con la última tesis, que es la que actualmente prohija la mayoría de la Sala, y vertebrando más su contenido conceptual, puede re-

Pàginas

sumirse la doctrina diciendo que la falsa motivación de una providencia ùnicamente enerva su legalidad cuando envuelve una imputación dañosa del patrimonio moral o económico de una persona; y que como el restablecimiento de un derecho violado, no puede tener otra consecuencia que la de colocar al afectado, en lo posible, en la misma situación que tenía antes de su producción, se impone distinguir si la lesión incide en su acervo moral o en su acervo económico, para que de esta manera la condigna reparación del perjuicio siga la resultante consultando así el principio supralegal de la graduación de la sanción en concierto con la falta, pues no resulta conforme a las normas superiores de justicia, por ejemplo, castigar a la Administración con la condena máxima -pago de sueldos y restitución del empleado al cargo- por todas las inexactitudes, aún por aquellas que no ocasionan daño alguno. Se explica: si se trata de la destitución de un trabajador público habrá que tener en cuenta las diversas situaciones posibles: a). Si el empleado pertenece a una Carrera, la reparación pretendida deberá ser las asignaciones que pudiera haber recibido durante todo el tiempo transcurrido entre la cesantía y su reincorporación; bb). Si el empleado es de período fijo e inamovible, el restablecimiento del derecho se hará en igual forma, más si el período ya se hallare extinguido la reparación del perjuicio será el pago de lo que también hubiera podido percibir por el mismo concepto desde la destitución hasta el vencimiento, porque precisamente en esta fecha ya era posible su retiro de servicio, por aplicación del efecto extintivo de la función temporaria por vencimiento del plazo para el cual fué designado, es decir, del principio llamado por los tratadistas "de la desinvestidura automática", aceptado en sus lineamentos generales por esta entidad, al conceptuar que salvo disposición en contrario la investidura de empleado -inamovible dentro del período- se torna precaria al vencimiento de èste, produciéndose de este modo la vacancia del cargo, mas sin que el funcionario pueda abandonarlo hasta tanto se presente su reemplazo. Véanse sentencias de 31 de agosto de 1.954. Anales, Tomo LX, Nos. 377 a 381 pàg. 83; y de 23 de septiembre del año en curso, expediente 5547. Jorge Salazar Guzmán contra el Municipio de Condoto); cc). Si el empleado es de libre nombramiento y remoción y el acto de desinvestidura le imputa una falta que no ha cometido o se hace una consideración lesiva a su persona, como el perjuicio, en este supuesto, únicamente pue-

Páginas

de incidir en su patrimonio moral, el daño queda resarcido con la anulación de la providencia y su restablecimiento en el cargo. Y se dice que el perjuicio sólo es de esta naturaleza, no obstante quedar el empleado privado del sueldo que devengaba, porque dado el hecho que él podía ser libremente removido, y también, que el perjuicio recibido como consecuencia del ejercicio de un derecho legítimo del que lo causa -tal como es el derecho de la Administración a cambiar a su albedrío a los empleados que no gozan de la inamovilidad relativa- no es *indemnizable*, el daño EFECTIVO que el empleado sufre, en este orden de ideas, no puede radicar sino en la falsa imputación que hiere su haber moral. Esta conclusión deriva, pues, del mismo principio que fundamenta el caso anteriormente contemplado -el del ordinal bb)-, ya que si para aquellos trabajadores la idemnización pecuniaria queda limitada por el vencimiento del respectivo periodo, porque precisamente de esta fecha en adelante ya era posible su baja, a fortiorti, no puede haber -PERJUICIOS INDEMNIZABLES por esta causa para éstos, que son de libre nombramiento y remoción ; y dd). Si el empleado es de libre nombramiento y remoción y la imputación inexacta no ataca ni su patrimonio moral ni su patrimonio económico, como la razón de ser de toda indemnización es compensar un PERJUICIO INDEMNIZABLE, al no configurarse éste, carece de interés jurídico cualquiera reclamación sobre el particular, y como además, la nulidad de un acto -en acción de plena jurisdicción- es apenas medio para obtener la reparación del derecho violado, si no hay reparación viable -como en este caso-, no procede hacer declaración sobre si la providencia que se acusa por tal motivo es o no nula. **Actor:** Pablo Leopoldo Guevara. **Sentencia** de 15 de diciembre de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Ildefonso Méndez..... 600

SALVARON SU VOTO SEPARADAMENTE LOS HONORABLES CONSEJEROS DOCTORES RAFAEL RUEDA BRICEÑO y ANTONIO JOSE PRIETO..... 609-611

RESOLUCIONES MINISTERIALES. **(Status que ampara al personal que después de retirado del servicio activo entra a formar parte del Ramo Territorial y Movilización. Suboficiales de las Fuerzas Militares).**—De acuerdo con la interpretación exegética del artículo 3o. de la ley 3a. de 1.937, cabe considerar como suboficiales "únicamente aquellos individuos que han ingresado al Ejército como soldados y han sido ascendidos rigurosamente después de prestar el correspondiente servicio en filas en

Páginas

cada grado," y, mientras no cumplan este requisito y no tengan su grado militar reconocido, no adquieren la categoría de Suboficiales las personas o empleados que a continuación se expresan: a) Los individuos que desempeñen puestos civiles, con la asignación de Sub-Oficiales (Escribientes de los Comandos, empleados civiles del Ramo Territorial, ecónomos, jefes de talleres, mecánicos, mayordomos de casino, etc, y b). Los civiles asimilados a Suboficiales. Los Suboficiales así reconocidos y siempre que conforme el artículo 13 de la precitada ley 3a. de 1.937 "hayan servido siquiera cinco años en filas" quedaron facultados "para pasar al Servicio Territorial Militar" previa petición al Ministerio de Guerra con el apoyo de los Comandos. De modo que a todos los Suboficiales que, en las condiciones anotadas, entraron al sevicio del Ramo Territorial antes de la expedición de la precitada ley precisa computarles, como de actividad militar para la formación de su hoja de servicios, el tiempo servido en los cuadros de Servicio Territorial Militar, pues de otra manera vendrían a quedar en situación de inferioridad en relación con los Suboficiales que ingresaron al mismo servicio y en idénticas condiciones, pero cumplidas con posterioridad a la fecha en que entró en vigencia la ley 3a. de 1.937. La locución "siempre que hayan servido cinco años en filas", empleada por el artículo 13 de la ley 3a. de 1.937, está indicando que comprende también los servicios prestados con anterioridad a la vigencia de la ley pero siempre que lo hayan sido en las mismas condiciones contempladas en dicho estatuto, pues, si el legislador de 1.937 hubiera querido favorecer únicamente a quienes "se encontraban en filas y con su grado militar reconocido al tiempo de entrar en vigencia la ley 3a. de 1.937", hubiera empleado la siguiente expresión: "siempre que sirvan o sirvieren siquiera cinco años en las filas", u otra locución semejante que no dejara la menor duda acerca de la eficacia de la norma en cuanto al tiempo, presente o futuro, al cual habrían de extenderse los beneficios consagrados por la ley 3a. de 1.937 en favor de los Suboficiales que después de cinco años de servicio en filas y con su grado militar reconocido pasaren al servicio Territorial Militar. Es como dice el profesor italiano Francesco Carnelutti "las leyes están hechas con palabras; pero estas palabras generan efectos maravillosos: de un sí o de un nó depende el destino de innumerables hombres; por un sí o por un nó se adquiere la riqueza co-

Páginas

mo se pierde la libertad o la vida", y, de ahí por qué la inflexión verbal "hayan servido", empleada por el artículo 13 de la Ley 3a. de 1.937, le dá a ésta un carácter retrospectivo en cuanto a la eficacia y aplicación de la ley a las mismas situaciones o condiciones cumplidas con anterioridad a la fecha de su vigencia. El status o situación legal en esta clase de servidores del Ramo de Guerra, en los cuadros del Servicio Territorial, antes de entrar en vigencia la ley 3a. de 1.937, se encontraba contemplada en los siguientes textos legales, así como en los que los adicionan y reforman; (El fallo los enumera y detalla). **Actor:** Francisco Montoya Zapata. **Sentencia** de 9 de agosto de 1.955. **Consejero Ponente:** Doctor Guillermo Acosta Acosta..... 616

RESOLUCIONES MINISTERIALES. (No tienen el carácter de prestación social los sueldos que durante tres meses después de su retiro siguen pagándose al ex-empleado civil del ramo de Guerra.(artículo 67 del Decreto 2332 de 1.946 y 66 de la Ley 2a. de 1.945). Si se examinan las leyes y Decretos que sucesivamente han señalado las prestaciones sociales para los empleados civiles del ramo de Guerra, se verá cómo en ninguno de tales estatutos se incluyen los sueldos correspondientes a los "tres meses de alta" que a dichos empleados se da para la formación de su hoja de servicios. Así ocurre con los decretos 646 de 1.943 y 2332 de 1.946 y la ley 2a. de 1.945. Si el artículo 67 del decreto número 2332 de 1.946 citado, consagra, en los términos ya vistos, el derecho al sueldo durante los tres meses de alta, lo hace en seccion aparte de aquellas que enumeran las distintas prestaciones a que tales empleados son acreedores, pues que dicho artículo aparece incluido en la "SECCION DECIMA" que contiene las "Disposiciones Especiales". y el artículo 66 de la Ley 2a. de 1945, que hace parte de las "Disposiciones Complementarias" materia de la "SECCION V" ,distinta, desde luego, de la" IV" ,que trata, esta última "De las prestaciones sociales para los empleados civiles y soldados de las Fuerzas militares" es del tenor siguiente: " Las formas de retiro que conforme a este estatuto dan derecho a pensión, asignacion 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 tres meses, durante el cual el interesado *disfruta de su renta, primas y demás prerrogativas de actividades*". **Actor:** Roberto Ramirez M. **Sentencia** de 6 de diciembre de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Manuel Antonio Dangond Daza... 621

Páginas

RESOLUCIONES MINISTERIALES .("Análisis de la prueba de la inspección ocular practicada por el Cónsul Colombiano en Hamburgo").— La inspección ocular practicada por el Cónsul Auxiliar del Consulado General de Colombia en Hamburgo el 12 de marzo de 1.951, sobre el inmueble, no sólo no levantó acta de la diligencia de la inspección que él personalmente y en asocio de los arquitectos que designó como peritos, sino que si la inspección ocular efectivamente la practicó, tal prueba no aparece y resulta completamente fallida a la luz de los artículos 724 y 730 del Código Judicial, porque no aparece ninguna narración o recuento de lo que el Cónsul Inspector hubiera examinado sobre el inmueble, examen de propio visú, que es de rigor verificar anotando la apreciación y reconocimiento que el Juez de la cosa litigiosa o el comisionado en su caso hace del estado de ella, existente en la actualidad, y el concepto que el juez en la diligencia respectiva debe dejar, ya directamente, ya aprobando el dictamen pericial cuando la inspección se realiza con expertos. (Veáse Casación de 15 de diciembre de 1.928, No. 4307). En la Inspección ocular concurren dos pruebas, la del acta de la inspección que debe contener los hechos y circunstantancias observados por el juez, y que si los contiene constituye plena prueba; y el experticio en sí, que para que tenga fuerza probatoria debe intrínsecamente reunir los requisitos que la ley exige. El experticio que se produjo y que tan ampliamente se ha analizado en capítulos anteriores, aislado, desvinculado de la prueba existente de la inspección ocular carece de juego, no puede apreciarse debida y legalmente por la omisión que se anota y en que se incurrió tan gravemente. De todo lo anterior se colige que aparece demostrado que se ocasionó un perjuicio de daño patrimonial, consistente en daño emergente y también en lucro cesante, parcialmente este último, pero falta la prueba de la extensión de ambos perjuicios y de consiguiente la fijación neta, real, precisa y conducente al valor en dinero de uno y otro perjuicio. La prueba de la inspección ocular resulta por lo tanto fallida y como estaba enderezada a constituír el piso, el fundamento del experticio mismo, sucede que no comprueba junto con este, por omisión, el valor, concretamente de los daños patrimoniales sufridos por la parte actora. Corresponde por lo tanto hacerse una condenación en abstracto en relación tanto al perjuicio de daño emergente como al de lucro cesante. Actores: Herederos de la sucesión del

Páginas

General Luis Suárez Castillo. Sentencia de 1º. de abril de 1.954. Consejero Ponente: Dr. Antonio José Prieto..... 625

RESOLUCIONES MINISTERIALES. (Indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el Reich Alemán Nazi en la Guerra Mundial de 1.939 a 1.945).— La doctrina y la jurisprudencia aceptan que, transgredidas por un Estado las normas del Derecho de Gentes, la comunidad puede y debe obligarlo a dar las satisfacciones y a cubrir las reparaciones a que haya lugar, en forma proporcional y adecuada. Estas últimas, como en el derecho interno, bajo las formas, bien de restitutio in integrum, bien de daños y perjuicios, sin que la primera excluya siempre los segundos. Allí en donde la restitución no es posible o suficiente, tiene lugar la aplicación del sistema de daños y perjuicios en forma tal, que puede decirse que es esta una de las zonas de absoluta confluencia del Derecho Internacional con el Derecho Civil. Las normas de este último, de claro abolengo romano, han sido aplicadas, por su perfecta compatibilidad, en los más recientes casos internacionales. La Corte de Justicia Internacional de La Haya dijo en uno de sus últimos fallos: "Restitución del cuerpo cierto, o, si ella no es posible, pago de una suma correspondiente al valor que tendría lo restituído; fijación, si hay lugar, de daños y perjuicios por las pérdidas sufridas y que no serían recompensadas por la devolución y por el pago subsidiario. Tales los principios en que debe inspirarse la fijación de indemnizaciones por causa de un hecho contrario al Derecho Internacional". (Receuil d'Arrets, número 17, página, 47). Al sostener que en materia de responsabilidad el Derecho Internacional corre parejas en su evolución con el Derecho Civil, el concepto debe ser complementado con la observación de que en el campo de la responsabilidad civil, más que una evolución, lo que se ha operado, como lo anota Josserand, es una revolución. Revolución que va de la antigua noción de falta con sus presunciones correlativas, a la de "riesgo creado", con sus fecundas consecuencias. Cuán tentador sería proseguir y ampliar este paralelo con la aplicación de la "teoría del riesgo creado", a la responsabilidad que echó sobre sí el nazismo por razón de los riesgos a que sometió a la humanidad". El legislador colombiano al expedir la Ley 39 de 1.945 sobre reparaciones por causa de la guerra internacional de 1.939 a 1.945, tuvo en cuenta los principios universales procedentemente esbozados, reguladores de la responsabilidad civil de or-

Pàginas

den contractual y extracontractual. Por lo tanto el fundamento de Derecho sustentado en el artículo 2341 del Código Civil es pertinente y la Sala lo halla bien traído. **Actores:** Herederos del General Luis Suárez Castillo. **Sentencia,** de 1o. de abril de 1.954. **Consejero Ponente:** Dr. Antonio José Prieto..... 625

RESOLUCIONES MINISTERIALES. (Perjuicios directos y perjuicios indirectos).— Siguiendo los tratadistas franceses, especialistas sobre la materia como Planiol y Ripert se llega a la conclusión de que existe imposibilidad de formular una regla que permita afirmar en qué caso el perjuicio es una consecuencia demasiado lejana del hecho generador de la responsabilidad para que se incurra en èsta. La expresiòn de daños indirectos dicen esos autores se emplea sinembargo, a veces, en las sentencias y preceptos legales, y es útil, en efecto, para designar el daño demasiado remoto para producir responsabilidad (No. 551-Tomo sexto del tratado práctico del Derecho Civil Francés). En los perjuicios directos no es posible la duda ni la vaguedad para deducir la responsabilidad, por cuanto la relación de causalidad aparece y debe aparecer siempre tan estrechamente ligada entre la culpa y el daño, que aquella siempre es ostensible, siempre es tan manifiesta que el daño aparece fluyendo del acto culposo, y esto es tanto más cierto si se trata de culpa intencional.....En el caso de autos se trata de un perjuicio indirecto, toda vez que el bombardeo que infirió el daño al inmueble de los actores no fuè producido por un ataque directo de las fuerzas alemanas sobre él, sino originado por los ataques de contraofensiva de los aliados. Comprobado el bombardeo y el daño no es posible eximir de responsabilidad al Reich Alemán, como no es posible negar la imputabilidad a tal Entidad de dicho daño, ni negar la causalidad indirecta entre la culpa y el daño en ese acto, y menos es posible negar que por ser indirecto el daño no pudiera sancionarse con la responsabilidad civil que el caso demanda, deduciendo la indemnización que sea pertinente. Pero es que aun cuando fuera difícil por lo complicado, o sea por tratarse de un perjuicio indirecto construír jurídicamente la configuración de responsabilidad civil extracontractual, ésta no podría dejarse de aplicar con el argumento de no estarse frente a un perjuicio directo, toda vez que en el texto de los artículos 1o. y 9o. de la Ley 39 de 1.945, de modo expreso quedò establecido que "los daños causados por Alemania o por sus súbditos a las pro-

Páginas

piedades de Colombia *o de los ciudadanos colombianos, o a las personas de estos,* se harán efectivos en primer término, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1o. del Decreto 2622 de 1.943 y 7o. del Decreto 1723 de 1.944, y en la forma como se establece en esta ley....." (art. 1o.), y "los daños y perjuicios causados a los colombianos en sus *personas o en sus bienes, con motivo de la guerra provocada por el Reich Alemán,* serán pagados por el Estado colombiano de los fondos que se hallen en fideicomiso en el Fondo de Estabilización en el momento de ser sancionada esta ley....." (art. 9o.). La parte transcrita del citado artículo 9o. en concepto de la Sala estatuye la reparación de los perjuicios tanto directos como indirectos sufridos por los colombianos en sus personas o en sus propiedades, en forma muy explícita al decir perentoriamente "con motivo de la guerrra provocada por el Reich Alemán". Esta frase quiere decir que todos los perjuicios directos o indirectos que se hayan ocasionado por culpa del Reich Alemán y con motivo de haber éste *provocado la guerra,* deben repararse. **Actores:** Herederos del General Luis Suárez Castillo. **Sentencia** de 1o. de abril de 1.954. **Consejero Ponente:** Dr. Antonio José Prieto. 625

RESOLUCIONES MINISTERIALES. (Responsabilidad civil extracontractual culposa).— El artículo 2341 del C. C. constituye un principio universal de derecho consagrado por las principales legislaciones del mundo y se refiere a la responsabilidad civil extracontractual culposa, o sea la culpa aquiliana consagrada también por el antiguo derecho romano. Constituye un principio de orden general y según la doctrina y la jurisprudencia colombiana sirve especialmente para configurar y deducir la responsabilidad por culpa directa. Tal disposición, es el fundamento básico de nuestro Código Civil del título 34, que trata de la responsabilidad común por los delitos y las culpas y al igual del artículo 1382 del Código Civil Francés, establece el deber general de no perjudicar a tercero y lo subordina a la responsabilidad y la obligación de reparar el daño a la existencia de la culpa. Por tanto, la culpa es el elemento capital de la responsabilidad civil. En general los códigos no la definen limitándose a expresar que está constituída no solamente por todo acto voluntario, sino así mismo por todo acto de negligencia o imprudencia (artículo 2356, inciso 1o.). Los tratadistas franceses como Planiol y Riper y Reno Savatier están de acuerdo en que parece imposible formular una definición general con-

Páginas

veniente en la práctica, porque se incurre en culpa cuando se actuó de modo diverso a como debió actuar. "Y los actos, cuidados y previsiones obligatorios varían según la materia a que se apliquen, y aún, en una misma materia según la época; una variación en los hechos, en las leyes, en las concepciones morales o sociales inclinará a los Tribunales a considerar culpable un acto que antes no era tenido como tal y viceversa". La responsabilidad civil extracontractual se puede definir en tesis general como la obligación que puede incumbir a una persona para reparar el daño causado a otro por su hecho, o por el hecho de las personas o de las cosas dependientes de ella. En todo caso, hay que poner de manifiesto un aspecto fundamental constante: la culpa, conducta desviada, supone un acto realizado por un ser dotado en el momento de ejecutarlo de una inteligencia y de una voluntad suficientes. La noción de culpa es inseparable de la responsabilidad moral. Tal es la doctrina predominante, que ha descartado la responsabilidad del loco y del menor. Esa responsabilidad, cuya condición esencial se halla en una actividad del sujeto, ha sido denominada responsabilidad subjetiva (Véase tomo sexto, Derecho Civil Francés de Planiol y Riper No. 477)....." **Actores:** Herederos de la sucesión del General Luis Suárez Castillo. **Sentencia** de abril 1o. de 1.954. **Consejero Ponente:** Dr. Antonio José Prieto..... 625

RESOLUCIONES MINISTERIALES. **(Sanción-multa-impuesta por transgresión de las disposiciones sobre campaña Antiaftosa).** De los antecedentes que respaldan las resoluciones acusadas recogidas por el informativo levantado al efecto, como de las otras pruebas allegadas dentro del término del juicio, y de modo especial la que hace relación oficial de las multas impuestas en el año de 1.952 a diferentes personas ganaderas, que dan cuenta de que sólo a la Empresa Sam o Sociedad, se le impuso multa de dos mil pesos, siendo ésta la más alta que antes se había impuesto y el único máximo que se registra, se desprende que las autoridades que sancionaron al señor NN. no tuvieron en cuenta las circustancias atenuantes a favor del multado, y como de aquellos antecedentes no fluyen circunstancias graves y concurrencia en cúmulo total que justifiquen la imposición de la pena de cuatro mil pesos, o sea en grado muy alto, porque es indiscutible que esta sanción fué la primera que se le impuso, o sea que no era reincidente, y que el ganado que movilizó era de pocas reses. Estos as-

Páginas

pectos son suficientes para que la Sala se incline a atemperar la multa impuesta por el Ministerio a los preceptos que consigna el Código Penal sustantivo vigente, en sus artículos 36, 37, 38, 39, sobre aplicación de la sanciòn, en lo que respecta a deducir la graduación de la pena, teniendo en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en la comisión de un delito o de una transgresión de la ley penal, de acuerdo con el artículo 7º de la ley 133 de 1.951. **Actor:** Josè María Iregui M. **Sentencia** de 22 de agosto de 1.955. **Consejero Ponente:** Dr. Antonio Josè Prieto..... 682

RESOLUCIONES MINISTERIALES. (**Escalafón y retiro del cargo de Director de Grupo. Caso en que la demanda es sustantivamente inepta**).— El actor es verdad que está escalafonado y fué retirado del cargo de Director de Grupo, reemplazándosele por persona ajena al escalafón, pero la demanda no contempló lo relativo a las cátedras que correspondían al demandante, es decir, se omitiò demandar el acto que violó el vínculo existente entre el Profesor y el Estado, nacido no del cargo dicho que es de simple carácter administrativo, sino de su misión y deberes culturales para con el plantel a que estaba asignado. Esa falta de haber identificado las clases y horas que correspondían al demandante en el Liceo de Zipaquirá, en su condición de Director de Grupo, viene a hacer inepta la acción incoada para obtener la reparación por la violación del fuero con que está amparado y de los perjuicios consiguientes, sin que ello obste para que el actor tenga derecho a ser reintegrado a un empleo que corresponda a su escalafón. Y en cuanto al cargo de Profesor de Algebra de la sección femenina del mismo establecimiento, cabe anotar que en el libelo fuè confundido con el de Director de Grupo. En efecto, como se advirtió al principio de esta sentencia, se trata de dos posiciones distintas, como con claridad aparece demostrado con las piezas allegadas al juicio. Eran dos cargos distintos, como se ha evidenciado, los que el actor desempeñaba, a saber: Director de Grupo del Liceo Nacional de Varones de Zipaquirá y Profesor de Algebra curso 3º. de la sección femenina del mismo Liceo; la designación para cada uno de ellos fuè hecha por actos diferentes, así como la destitución de ambos, pues para la primera, se expidió la Resoluciòn 174 de 1.950, que es la demanda, y para la segunda, la Resolución Nº. 0434 de 10 de marzo del mismo año, que ni siquiera se menciona en el libelo; en el primer caso, el demandante fué

Páginas

reemplazado por NN. y en el segundo, por XX. Esta última relacionada directa y exclusivamente con la separación del demandante, como Profesor de Algebra curso 3º., no ha sido materia de la acción que se ejercitó por medio de este juicio, es natural que los pedimentos que atañen a tal cargo, están desprovistos de la fuerza legal requerida para su prosperidad y deben desecharse en la decisión. En este caso, resulta sin lugar a duda alguna que la demanda es sustantivamente inepta en su integridad. **Actor:** David Aponte G. **Sentencia:** de 7 de febrero de 1.955. **Consejero Ponente:** Doctor Rafael Rueda Briceño..... 690

RESOLUCIONES MINISTERIALES. **(Cesantía adicional a los Notarios. Es necesaria la afiliación correspondiente para tener derecho a gozar de las prestaciones respectivas).**— La creación de las Cajas de Previsión o de los Institutos de Seguros Sociales tiene como finalidad sustituir a los patronos (oficiales o particulares) en sus obligaciones para con sus trabajadores en el pago de prestaciones sociales, mediante el aporte proporcional de ellos y de éstos a formar el fondo de tales Cajas o Institutos; por eso es necesaria la afiliación correspondiente para tener derecho a gozar de las prestaciones respectivas. No es que el derecho mismo desaparezca por la no afiliación, como trata el demandante de interpretar el argumento anterior, sino que ésta es condición para la efectividad del derecho y si tal condición no se cumple, no puede realizarse el derecho. Injusto es a todas luces que cuando todos los empleados públicos deben cubrir determinadas cuotas periódicas y derechos de afiliación para poder gozar de las prestaciones sociales que el Estado les otorga mediante la respectiva Caja de Previsión, los Notarios pudiesen recibir fuertes sumas de dinero por concepto de cesantía adicional sin haber realizado erogación alguna en favor del Estado que se las pagará. La segunda razón es clarísima y no queda desvanecida con el argumento de la "delegación para cobrar tasas o contribuciones destinadas al sostenimiento del servicio público notarial", pues con este argumento habría que sostener que existe vinculación económica inmediata entre el Estado y todos los particulares que prestan un servicio público y que, por tanto, cobran para sí las tasas o retribución correspondiente al servicio prestado. Este es uno de esos argumentos que dicen los lògicos que no prueba nada por probar demasiado. Lo evidente es que los Notarios no reciben sueldo o emolumento alguno del Tesoro Pú-

Páginas

blico y no tienen con el Estado, por este aspecto, vinculación directa, lo que impide el despacho favorable de la prestación solicitada. Actor: Vicente Casas Castañeda Sentencia de 16 de febrero de 1.956. Consejero Ponente: Dr. José Enrique Arboleda V..... 696

RESOLUCIONES MINISTERIALES. (LA CARRERA ADMINISTRATIVA "no es un estatuto personal" del trabajador público, sino "un estatuto real de los empleos" de cada Ministerio o ramo administrativo).- Tal como está organizada por la ley la Carrera Administrativa en Colombia *no es un estatuto personal* del trabajador público, sino un *estatuto real de los empleos* de cada Ministerio o ramo administrativo. Por eso todas las resoluciones sobre escalafonamiento de empleados usan la misma fórmula, MUTATIS MUTANDI: inscribir al señor XX en el cargo de....., que pertenece a tal categoría; de allí que los decretos correspondientes hablen de Escalafón de *empleos* de tal o cual Ministerio, y de eso, por último, que en el oficio en que fue comunicada al demandante su inscripción hubiera empleado el Consejo Nacional de Administración y Disciplina esos indicados términos, como aparece de la transcripción hecha por la Sala anteriormente. Crece la fuerza de este aserto si se compara la organización de la Carrera Administrativa con la del Profesorado de Segunda Enseñanza, que sí es un estatuto personal del trabajador docente, ya que el escalafonamiento no se lleva a cabo por *empleos* sino por *grupos, especialidades* y *categorías.* Es decir, en aquella Carrera los empleados no se encuentran clasificados por sus conocimientos o aptitudes, sino inscritos en un determinado cargo público, que pertenece a una determinada categoría del Escalafón respectivo; los profesores, en cambio, se hallan divididos en dos grupos, cada uno de los cuales tiene cinco especialidades y cuatro categorías. En realidad, pues, la inscripción en la carrera administrativa sólo confiere al empleado derecho a no ser removido del cargo en el cual fué inscrito en el Escalafón correspondiente; pero si ejerce otro distinto, no tiene respecto de éste el mismo amparo legal, salvo nueva inscripción correlativa. Confirman este punto las dos razones siguientes: a) Los ascensos no son automáticos y, b). Aún para cargos de una misma categoría dentro de un mismo Ministerio, suelen exigirse condiciones y actitudes diversas. (El fallo respalda la anterior doctrina con un análisis fundamental de indiscutible mérito jurídico sobre el punto controvertido). Actor: Alberto Martín F. Sentencia de

Pàginas

20 de febrero de 1.956. Consejero Ponente: Dr. José Enrique Arboleda V..... 700

RESOLUCIONES MINISTERIALES. (Bienes ocultos. Se niega la admisión de la demanda por falta de personería del apoderado de la parte demandante).— La Sala al revisar el expediente encuentra que hay falta de personería del apoderado de la parte demandante, y por tanto, antes de entrar a resolver en el fondo sobre la admisión de la demanda, ésta debe ser rechazada por este motivo. En efecto, no aparece que al doctor NN. se le haya otorgado en forma legal por el interesado poder especial para instaurar la acción de que trata la demanda. Ni aparece tampoco que se le haya otorgado por escritura pública poder general para toda clase de pleitos o especial para varios pleitos. Al respecto son muy claras las disposiciones de los artículos 255 y 256 del Código Judicial. Y la presentación de la demanda la regula el artículo 223 del mismo Código. En tal virtud, el rechazo de la demanda debe mantenerse pero no por las razones expresadas en el auto suplicado, sino por la anotada anteriormente. Actor: Jorge Martínez Landínez. Proveído de 8 de septiembre de 1.955. Consejero Ponente: Doctor Rafael Marriaga. 706

RESOLUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ANONIMAS. (Su reglamentación. Disposiciones legales vigentes sobre la materia).— El Decreto 2521 de 1.950, al cual pertenece el artículo 67 tantas veces citado, como lo dice el mismo Decreto, es reglamentario del Capítulo 2o. del Código de Comercio, de la ley 58 de 1.931, del artículo 40 de la ley 66 de 1.947 y de las demás disposiciones legales vigentes sobre sociedades anónimas. Es, pues un estatuto completo sobre la materia, que no excede en forma alguna el poder reglamentario del Organo Ejecutivo. Actor: Compañía Nacional de Chocolates. Sentencia de 2 de mayo de 1.956. Consejero Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo 709

REVISION. Sueldos de retiro. (La Hoja de servicios militares constituye elemento esencial de prueba para el reconocimiento de las prestaciones sociales).—La eficacia legal y jurídica de la situación en que se encuentra un militar -ya retirado o en servicio activo- al tiempo de su muerte, en relación con el reconocimiento por la vía que corresponda de la situación jurídica que las leyes consagran en favor de determinados familiares del militar, está representada en su hoja de servicios expedida con las formalidades que la ley ordena y, por tan-

Páginas

to, no es suficiente legalmente que los hechos constitutivos de aquella situación se encuentren acreditados por medios probatorios diferentes, o por una de servicios deficientemente elaborada, como ocurre en el caso de autos, pues, la hoja de servicios del militar es a la vez prueba y elemento esencial constitutivo de las condiciones exigidas para el reconocimiento de las prestaciones sociales..... La exigencia anotada no equivale a lesionar la economía procesal, habida consideración de que, cuando el derecho procesal ordena que la pretensión de tutela jurídica esté corroborada con pruebas de determinada índole, ese mismo estatuto está aplicando, justamente, el principio universal denominado de "la economía procesal". **Actor:** Isabel Brigard v. de Ortiz Borda. **Sentencia** de 17 de abril de 1.956. **Consejero Ponente:** Dr. José Urbano Múnera..... 714

S

SUSPENSIONES PROVISIONALES. (Clausura de tejares en la parte oriental de la ciudad de Bogotá. Solamente los actos ilegales pueden ocasionar perjuicios).—Según el precepto del artículo 669 del Código Civil -que se dice violado- se puede gozar de la propiedad y disponer de ella libremente, no siendo contra ley ni contra derecho ajeno. Empero, ya se vió cómo de los fundamentos de los actos acusados que no han sido por ahora desvirtuados y que constituyen cuestiones de hecho establecidas por la autoridad administrativa mediante inspección ocular de los ingenieros oficiales y su concepto, la explotación clausurada por los actos demandados, iba contra derecho ajeno porque amenazaba otras propiedades particulares y bienes de uso público; y contrariaba la ley 51 de 1.942 y los Decretos 184 de 1.943 y 302 de 1.944 de la Alcaldía de Bogotá, así como Acuerdos del cabildo de la misma ciudad. No puede sostenerse, a primera vista, que los actos demandados violen manifiestamente la disposición que se comenta. Además, si no aparece violación manifiesta de normas positivas superiores, tampoco puede hablarse de perjuicio notoriamente grave, porque solamente los actos ilegales pueden ocasionar perjuicios. **Actor:** Ana Calvo de Mc. Phillips. **Proveído** de 7 de diciembre de 1.955. **Consejero Ponente:** Doctor Rafael Marriaga..... 735

APENDICE

ARCHIVE

ACUERDO NUMERO 1o. DE 1.956

POR EL CUAL SE ADICIONA EL REGLAMENTO
DEL CONSEJO DE ESTADO.

ACUERDO NUMERO 1o. DE 1.956.

LA SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO,

en uso de sus atribuciones,

RESUELVE:

ARTICULO 1o. De acuerdo con lo dispuesto por los Decretos Legislativos Nos. 2318 y 2507 de 1.954, serán horas de despacho en las distintas dependencias del Consejo de Estado, las allí señaladas, o sean, de las 8 a. m. a las 12 m. y de las 2 p. m. a las 6 p. m.

ARTICULO 2o. Las entradas y salidas de los empleados subalternos serán controladas mediante el empleo de un reloj registrador, el cual estará a cargo y bajo la responsabilidad de la persona que designe el Presidente.

ARTICULO 3o. Al empleado que incumpla la obligación de registrar su entrada o salida a las horas reglamentarias indicadas se le computará por cada omisión SESENTA MINUTOS (60') para efectos de los descuentos de que se habla más adelante; los que intencionalmente la rehusaren serán sancionados con el despido.

ARTICULO 4o. Se tolera diariamente un máximo de retardo hasta de QUINCE MINUTOS (15') en las horas de entrada. No obstante cuando los retardos que excedan de ese margen pasen en el mes de cuatro horas (4) se computará el total de tardanzas para la liquidación de los descuentos aquí establecidos.

ARTICULO 5o. Cuando el total de los retardos que excedan de los QUINCE MINUTOS (15') de margen no llegue a CUATRO HORAS (4) en el mes se sancionará al empleado con un descuento de CINCO CENTAVOS ($0.05) por cada MINUTO. Pero si ellos exceden de ese lapso, o si el empleado dejare de asistir a su oficina durante medio día completo de trabajo sin que justifique su ausencia, además el Presidente lo amonestará y en caso de reiterada reincidencia se le sancionará con el despido.

ARTICULO 6o. Los permisos no ocasionales para no marcar tarjeta a la entrada o a la salida o para marcarla en horas diferen-

tes, sólo podrán ser concedidos por la Sala Plena; los ocasionales los concederá por escrito el presidente y en ellos se señalará el tiempo durante el cual puede permanecer el empleado fuera del trabajo. Estos últimos permisos, con respecto a los Auxiliares de los Consejeros, serán otorgados por éstos, en igual forma. Los permisos deben quedar en poder de la persona encargada del reloj. Las ausencias o los retardos no autorizados previamente pueden ser excusados por el Presidente, con conocimiento de causa.

ARTICULO 7o. El empleado que marque por otro la tarjeta de control será sancionado con la destitución.

ARTICULO 8o. Los descuentos a que haya lugar en cumplimiento de este Acuerdo se harán constar en las nóminas de pago respectivas e ingresarán a la Caja Nacional de Previsión Social. El Presidente dará a esta entidad el aviso correspondiente.

ARTICULO 9o. En la ocurrencia de cualquiera de los casos aquí previstos con la pena de despido, la Presidencia notificará la falta por escrito al empleado para que pueda presentar los descargos que estime convenientes, dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) HORAS siguientes, y si la Sala Plena opta por la sanción, haya o nó reclamo, se le hará saber así a éste. La destitución únicamente puede ser cumplida después de la ratificación de la Sala.

ARTICULO 10o. Este Acuerdo rige a partir de su fecha, y adiciona el reglamento del Consejo.

Dado en Bogotá, D. E., a ocho de mayo de mil novecientos cincuenta y seis.

El Presidente, *(Fdo.) José Enrique Arboleda V.*

El Secretario, *(Fdo.) Guillermo Novoa Rodríguez.*

I N D I C E

DE LOS FALLOS, CONSULTAS, ACUERDOS Y PROPOSICIONES

A

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS

Páginas

Demanda de nulidad de los artículos 9 y 10 de la Ordenanza 12 de 1.945, expedida por la Asamblea del Departamento del Valle del Cauca, incoada por el Dr. Hernán Cruz Riascos. SENTENCIA, confirma la de primera instancia, lleva fecha 22 de junio de 1.955 1

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

Demanda de nulidad del Decreto 91 de 7 de febrero de 1.951, expedido por la Gobernación del Departamento de Antioquia, en virtud del cual se hizo un nombramiento de Profesora Interna del Instituto Central Femenino de Medellín y se decretó un traslado al Liceo Departamental de Bachillerato "Braulio Mejía", en el municipio de Sonsón, instaurada por Marina Jiménez Villegas. Se REVOCO la sentencia del Tribunal y en su lugar se negaron las súplicas de la demanda por medio de fallo fechado el 16 de marzo de 1.955 7

Demanda de nulidad del artículo 2º. del Decreto número 65 de 18 de febrero de 1.954, de la Gobernación del Departamento de Caldas, por el cual se nombró Rector del Colegio Oficial de Varones "Deogracias Cardona" de Pereira, iniciada por Rafael Ramírez Valencia. Se revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar se negaron las súplicas de la demanda por medio de fallo de 15 de diciembre de 1.955..... 20

Demanda de nulidad de la Resolución Nº. 2893 de 30 de noviembre de 1.953, proferida por la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, por la cual se negó

Páginas

el pago del seguro de vida del esposo de la demandante, instaurada por Etelvina Guzmàn viuda de Muñoz. Se revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar se declaró probada la excepción de carencia de acción por medio de fallo de 15 de diciembre de 1.955..... 26

Salvamento de Voto del H. Consejero doctor Antonio Josè Prieto 31

Demanda de nulidad del Decreto 772 de 20 de diciembre de 1.949, de la Gobernación del Departamento de Antioquia, por el cual se declaran insubsitentes los nombramientos del personal docente de la Escuela Pedro Pablo Betancurt (Modelo) de Medellín, instaurada por la señorita Aura Berrío G. Se reforma la sentencia de primera instancia y se accede a las súplicas de la demanda por medio de fallo de 15 de diciembre de 1.955..... 33

Demanda de nulidad del Decreto 427 de 24 de abril de 1.950, de la Gobernación del Departamento del Magdalena, sobre insubsistencia de un nombramiento, incoada por Pedro J. Navarro. Se revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar se negaron las súplicas de la demanda por medio de fallo de 21 de septiembre de 1955.... .38

Demanda de nulidad y acciòn de plena jurisdicciòn incoada por Adel Lòpez Gómez y otros contra el artículo 3o. del Decreto 21 de 12 de enero de 1.950, de la Gobernación del Departamento de Caldas, por el cual se suprimió la Dirección Departamental de Tránsito. Se revocó la sentencia del Tribunal y en su lugar se declarò probada la excepciòn de ineptitud sustantiva de la demanda, por medio de fallo de 12 mayo de 1.955.... 42

Demanda de nulidad del Decreto 0251 bis. de 20 de febrero de 1.950, por el cual la Gobernación de Santander del Sur produjo el nombramiento de todo el personal administrativo y docente del Colegio de Santander de Bucaramanga, excluyendo dentro de los nombramientos al actor, señor Canpo Elías González, como Profesor de Educaciòn Física. Se revocó el fallo apelado y en su lugar se negaron las súplicas de la demanda por medio de SENTENCIA de 21 de septiembre de 1.955. 47

Demanda de nulidad del Decreto 851 de 26 de octubre de 1.950, de la Gobernación del Norte de Santander, por el cual ordena revisar la pensión de jubilación del señor Ernesto Garbiras Torres, concedida a sus causahabientes, y deroga el Decreto 827 de octubre 18 de 1.950. Tal demanda fué instaurada por Ernesto Garbiras Fernández. Se reformó la sentencia de primera instancia y en su lu-

Páginas

gar se declarò nulo el citado decreto 851 y dispusó que la Gobernación de Santander enviara en consulta al Tribunal Administrativo del Departamento el acto de reconocimiento contenido en el Decreto 827 citado, por medio de FALLO fechado el 15 de junio de 1.955.. 50

Demanda de nulidad del Decreto 552 de 28 de septiembre de 1.953, de la Gobernación del Departamento de Nariño, por el cual se designó a los maestros de enseñanza primaria para la zona escolar de Pasto, en el período lectivo de 1.953-1.954, instaurada por Gonzalo Acosta A. SENTENCIA confirmatoria de la de primera instancia, lleva fecha 22 de junio de 1.955..... 60

ASUNTOS MUNICIPALES

Demanda de nulidad de los Decretos 20 de 12 de febrero de 1.952, 101 de 22 de los mismos y 27 de 3 de marzo del mismo año, por el cual se declara insubsistente el nombramiento de Personero del Municipio de Condoto, incoada por el señor Jorge Salazar Guzmán. SENTENCIA reformatoria de la primera instancia lleva fecha 23 de septiembre de 1.955 65

Demanda de nulidad de las resoluciones números 1632 de 18 de octubre de 1.950 y 5 de 31 de marzo de 1.951, emanadas de la Junta de Asuntos Sociales del Municipio de Medellín, sobre reconocimiento de parte del derecho de cesantía del actor, instaurada por Gustavo Gaviria Restrepo. SENTENCIA confirmatoria de la primera instancia lleva fecha 30 de noviembre de 1.955..... 69

Demanda de nulidad de la Resolución número 10 de 24 de marzo de 1.949, dictada por la Junta Administradora de las Empresas Delegadas de Armenia (C), por la cuál se fijan los depósitos de garantía para los aparatos telefónicos, incoada por Enrique López de la Pava y otros. SENTENCIA de 1o. de diciembre de 1.955, revoca la de primera instancia y en su lugar declara probada la excepción de INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA.. 75

Demanda de nulidad del Decreto 424 de 29 de octubre de 1.949, expedido por la Alcaldía Municipal de Bogotá, sobre supresión del cargo de Oficial Mayor desempeñado por el actor y quien estaba aceptado e inscrito en el escalafón de la Carrera Administrativa, instaurada por Arturo Torres. SENTENCIA revoca la de primera instancia y accede a las sùplicas de la demanda lleva fecha 22 de junio de 1.955. 79

Pàginas

Demanda de nulidad del Decreto 409 de 29 de junio de 1.952, de la Alcaldía Municipal de Bogotá, instaurada por Rafael A. Mariño Camargo por habérsele declarado insubsistente el nombramiento de Revisor de Obras Particulares del Departamento de Control de Edificaciones Particulares. SENTENCIA de 7 de octubre de 1.955 confirmó la de primera instancia que negó las súplicas de la demanda..... 96

Demanda de nulidad de los Decretos números 78 de 29 de diciembre de 1.950, expedido por el Alcalde del Líbano, y el 119 de 22 de enero de 1.951, de la Gobernación del Departamento del Tolima, por los cuales declara vacante el cargo de Tesorero Municipal y se designó reemplazo de Raúl Rubio Villegas a Eduardo Rojas Vélez, incoada por el citado Rubio Villegas. SENTENCIA revoca la de primera instancia y en su lugar declara probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, lleva fecha 17 de junio de 1.955..... 105

Demanda de nulidad del Decreto 30 de 2 de agosto de 1.950, dictado por el Alcalde Militar de Sogamoso, en el cual suspendió la Junta Directiva de las Empresas Municipales y dictó normas sobre el funcionamiento y personal de las mismas, incoada por el Dr. Jorge Moreno Ferro. SENTENCIA de 21 de julio de 1.955, confirmatoria de la primera instancia que negó las súplicas impetradas..... 110

Demanda de nulidad de lo actuado por incompetencia de jurisdicción instaurada por el Municipio de Cali dentro del juicio referente a la nulidad de la Resolución Nº. 37 de 13 de junio de 1.949, dictada por la Personería Municipal de dicho lugar. PROVEIDO que declara no existe la causal de nulidad procesal por incompetencia de jurisdicción, lleva fecha 22 de febrero de 1.955..... 117

Demanda de nulidad del acto contenido en la orden emanada de la Secretaría de la Inspección 2a. de Circulación de Bogotá, de fecha 11 de abril de 1.955, por la cual se dió la orden de captura contra el vehículo distinguido con las placas B25066 de Fusagasugá, instaurada por la Sociedad denominada "FLOTAS BOLIVARIANA, GRANADA Y REAL LIMITADA". Proveído REVOCO el auto apelado y en su lugar admitió la demanda, lleva fecha 14 de diciembre de 1.955..... 123

AUTORIDADES NACIONALES

Demanda del Mayor José Rafael Escandón Bucheli para que

Pàginas

se ordene reformar el Decreto número 1384 de 9 de junio de 1.952, originario del Ministerio de Guerra, en el sentido de que el ascenso o promoción dentro de la carrera militar de dicho miembro del ejército debe hacerse con retroactividad al 1º de noviembre de 1.945. SENTENCIA declaró probada la excepción perentoria de petición de modo indebido, lleva fecha 14 de junio de 1.955.... 127

Demanda de indemnización de perjuicios de la empresa editorial "El Siglo, S.A.", incoada por medio de apoderado, en contra de la Nación, y tendiente a obtener la reparación de la lesión ocasionada con la expedición de la Resolución número 57 de 24 de septiembre de 1.953, expedida por la Oficina de Información y Propaganda del Estado. PROVEIDOS REFERENTES A LA INADMISION Y ADMISION DE LA DEMANDA: 9 de marzo de 1.954, 22 de julio de 1.955 revocatorio del anterior; 22 de julio de 1.955 (salvamento del H. Consejero Arboleda Valencia); julio 22 de 1.955 y junio 28 de 1.955 (salvamentos de votos de los Honorables Consejeros doctores Ildefonso Méndez y Antonio José Prieto).... ....141 y ss

Demanda de nulidad de la Resolución No. 253 de 28 de abril de 1.950, expedida por el Registrador Nacional del Estado Civil, y del Acuerdo No. 38 bis de 28 de junio del mismo año, originario de la Corte Electoral, confirmatorio de la resolución, incoada por Marco Antonio Constain, por habérsele removido del cargo de Delegado de la Registraduría Nacional del Departamento del Cauca. SENTENCIA de 9 de septiembre de 1.955 accedió a decretar favorablemente parte de las súplicas de la demanda.... 181

Demanda de nulidad de las Resoluciones Nos. J-7556 y J-0302, de la Caja Nacional de Previsión, por haberse dejado de computar en la respectiva liquidación definitiva las liquidaciones parciales otorgadas al demandante Dr. Bernardo Umaña de Brigard. SENTENCIA accede a las súplicas de la demanda, lleva fecha 25 de septiembre de 1.955.... 185

C

CONSULTAS DEL GOBIERNO

Informe del H. Consejo de Estado en el cual absuelve la consulta sobre la interpretación que debe darse a las disposiciones referentes a la manera como debe verificarse

Pàginas

la cancelación y de los registros que hoy existen a favor del Estado Colombiano, de marcas patentes, dibujos y su traspaso a favor de personas alemanas. Dicho informe está fechado el 15 de marzo de 1.955 y fué sometido a consideración de la Corporación por el H. Consejero doctor Guillermo Acosta Acosta.... 193

Informe del H. Consejo de Estado en el que precisa cuando cesa la prestación social de invalidez, en virtud de la consulta que formulara el Ministerio de Guerra. Tal informe tiene fecha 22 de agosto de 1.955 y fuè sometido a consideración de la Sala de Negocios Generales de la Corporación por el H. Consejero doctor Guillermo Acosta Acosta.... 204

D

DECRETOS DEL GOBIERNO

Demanda de nulidad del Decreto 2088 de 10 de octubre de 1.951, originario del Ministerio de Educación Nacional, en cuanto nombró al señor Alejandro Rey Rey para el cargo de Jefe de Negocios Generales, de Escuelas,Colonias, Inspecciones del Departamento Nacional de Educaciòn Primaria, en reemplazo del licenciado Florentino Cortés Bernal y trasladó a éste al puesto de Director o Rector del Colegio "Emilio Cifuentes" de Facatativá. SENTENCIA niega las súplicas de la demanda, está fechada el 28 de noviembre de 1.955.... 206

Demanda de nulidad del artículo 4o. del Decreto No. 2698 de 28 de octubre de 1.952, emanado del Ministerio de Guerra, por el cual retiró del servicio activo del ejército con pase a la reserva al Teniente Luis Carlos Gaitán Aldana, iniciada la demanda por éste. SENTENCIA accedió en parte a las súplicas impetradas, lleva fecha 23 de junio de 1.955..... 217

Demanda de nulidad del Decreto Ejecutivo número 3560 de 30 de noviembre de 1.950, emanado del Ministerio de Justicia, por el cual se declaró que por haber expirado el período de cuatro años para que fué elegido el Dr. Rafael Quiñones Neira, como Procurador General de la Nación, se nombraba en interinidad al Dr. Pedro Alejo Rodríguez. Dicha demanda fué incoada por el Dr. Quiñones Neira. SENTENCIA negó las súplicas de la demanda lleva fecha marzo 9 de 1.955... 226

páginas

Salvamento de voto del H. Consejero Doctor Rafael Rueda Briceño. 240

Salvamento de voto del H. Consejero Dr. Antonio Josè Prieto 241

Demanda de nulidad acción de plena jurisdicción instaurada por Vicenta Támara Sierra contra el Decreto número 1326 de 30 de mayo de 1.952, del Ministerio del Trabajo. SENTENCIA niega las súplicas impetradas, lleva fecha 21 de septiembre de 1.955.... 256

Demanda de nulidad, -acción de plena jurisdicción- incoada por el Dr. Reinaldo Escobar Camargo contra el Decreto 2137 de 14 de julio de 1.954, originario del Ministerio de Justicia. SENTENCIA de 10 de octubre de 1.955, declara probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda 260

Salvamento de voto del H. Consejero Dr. Antonio José Prieto.... 265

Salvamento de voto del H. Consejero Dr. Daniel Anzola Escobar..... 266

Demanda de nulidad del Decreto Nº. 1055 de 31 de marzo de 1.954, originario del Ministerio de Salud Pública, "por el cual se reglamentan los artículos 39 y siguientes del Decreto Extraordinario número 124 del año en curso", incoada por el Dr. Diógenes Sepúlveda Mejía. SENTENCIA de 14 de octubre de 1.955, niega las sùplicas impetradas..... 275

Demanda de nulidad del Decreto 1226 de 7 de mayo de 1.952, del Ministerio de Guerra, por el cual se modificó la situaciòn de retiro del Ejército del Teniente Coronel Juan A. Sarmiento, incoada por éste, fué fallada en SENTENCIA de 17 de noviembre de 1.955 negando las peticiones de la demanda..... 287

E

ELECTORALES

Demanda de nulidad de la Resolución número 37 de 18 de octubre de 1.954 y del Acuerdo número 12 de 31 de julio de 1.954, del Tribunal Supremo del Trabajo, referentes a la elección y confirmación del cargo de Magistrado del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, para que fué designado el Dr. Manuel Forero Navas, instaurada dicha demanda por el Dr. Abraham Fernández de Soto. SENTENCIA de 13 de julio de 1.955, accede a las súplicas impetradas. 297

Páginas

Demanda de nulidad del Acuerdo número 375 del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Atlántico, en lo que se refiere al nombramiento del señor Hernando Mendoza como Juez 8º Penal de Barranquilla, instaurada por el Dr. Hernán Gans-Abello. PROVEIDO no accede a reponer el auto suplicado, lleva fecha 14 de diciembre de 1.955. 313

I

IMPUESTOS

Demanda de nulidad y revisión de las Resoluciones números R-1462-H de 28 de agosto de 1.950, R-307-H y R-308-H de febrero 28 de 1.951, de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, incoada por los señores Diego Constantino y Andrés B. Nasser. SENTENCIA de 22 junio de 1.955 revoca la sentencia consultada, proferida por el H. Tribunal Administrativo del Valle, y en su lugar declara probaba la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda. 316

Demanda de nulidad de las Resoluciones No. R-1225-H de 17 de julio de 1.950 y Nº. R-1732-H de 19 de noviembre de 1.952, de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, incoada por Alberto de la Espriella. SENTENCIA confirmatoria de la pronunciada por el Tribunal Administrativo del Atlántico lleva fecha 22 de junio de 1.955. 330

Demanda de nulidad de las Resoluciones R-2059-H y R-3962-H de fechas 5 de junio y 5 de diciembre de 1.953, respectivamente, incoada por el Dr. Absalòn Fernández de Soto. SENTENCIA de 27 de septiembre de 1.955, REVOCA el fallo apelado del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca y dispone revisar la operación administrativa de liquidación de impuestos sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades. 340

Demanda de revisión de las Resoluciones Nos. R-922-H de 1.951 y R-579-H de 1.953, de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, incoada por Ernesto Cuéllar Tamayo. SENTENCIA de 7 de octubre de 1.955, confirma la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. 346

Demanda de nulidad de las Resoluciones Nos.R-1228-H y R-632-H de 22 de septiembre de 1.948 y 9 de mayo de 1.949, emanadas de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, incoada por Inés Angel viuda de Correa.

Páginas

SENTENCIA confirmatoria del fallo del Tribunal Administrativo de Medellín, lleva fecha diciembre 6 de 1.955.... 362

Demanda de nulidad de la operación administrativa de liquidación del impuesto de mercancía extranjera hecha por el municipio de Bogotá a la Sociedad "FABRICA DE GRASAS Y PRODUCTOS QUIMICOS Ltda.", incoada por tal sociedad. SENTENCIA de 19 de abril de 1.955, REVOCA la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y accede a las súplicas de la demanda.... 369

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

Demanda de nulidad de la Resolución número 36 de 20 de febrero de 1.952, expedida por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, sobre concesión otorgada para extracción de corteza de mangle, incoada por Angela Gutiérrez de Germán. SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE de 1.955, declara probada la excepción de incompetencia de jurisdicción..... 375

Demanda de revisión de la sentencia de 30 de septiembre de 1.954, proferida por el Consejo de Estado en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho particular privado, intentada por la señorita Graciela Rueda Martínez contra la Resolución 1428 de 23 de agosto de 1.952, y cuyo fallo fuè negativo a las pretensiones de la actora. PROVEIDO de 27 de julio de 1.955, la Sala de Decisión confirma el auto de 7 de febrero del mismo año, dictado por el Consejero ponente negando la admisión de la demanda por no existir en la ley el recurso extraordinario de revisión de las sentencias pronunciadas en los juicios ordinarios ventilados ante la jurisdicción contencioso administrativa 381/85

Demanda de inconstitucionalidad de los Decretos 1254 de 1.943 y 0105 de 1.947, emanados del Ministerio de Justicia incoada por Carlos García Herreros. SENTENCIA del 19 de agosto de 1.955 declara probada la excepción perentoria de incmopetencia de jurisdicción. 391

INDEMNIZACIONES

Demanda de Carlos A. Puerta L., en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 68 del C.C.A., pidiendo se condene al Instituto de Colonización e Imigración, o en su defecto al Estado colombiano, a pagarle la suma de $400.000.00 como indemnización de perjuicios, por la ocupación de la Hacienda "La Victoria." PROVEIDO de

Páginas

13 de julio de 1.955, confirma el auto suplicado de fecha 22 de noviembre de 1.954 que negó admitir la demanda por considerar que el Consejo carece de jurisdicción para conocer de ella..... 397

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR TRABAJOS PUBLICOS

Demanda de la Sociedad "Castillo Angulo Hermanos Ltda." contra el Estado colombiano por indemnización de perjuicios causados como consecuencia de las obras de rectificación del "Canal del Dique". SENTENCIA condena a la Nación, lleva fecha 20 de marzo de 1.956 403

Demanda de indemnizaciòn por trabajos públicos ejecutados por el Municipio de Bogotá en una zona de terreno de propiedad de Nohemí Henao de Ramos, incoada por dicha señora. SENTENCIA de 19 de abril de 1.955, confirma la de primera instancia que accedió a las súplicas de la demanda 411

J

JURISDICCION COACTIVA

Ejecutivo del Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales contra la Compañía "GRACE & CIA. (Colombia) S.A.". PROVEIDO de 27 de abril de 1.955, REVOCA el auto ejecutivo y ordena levantar el embargo..... 416

Proveído de 4 de agosto de 1.955 que niega la reposición del auto de 27 de abril del mismo año a que se hizo mención anteriormente..... 448

Ejecutivo del Juzgado de Ejecuciones Fiscales contra Antonio Ordóñez Mutiz. AUTO de fecha 7 de junio de 1.955, declaró no probadas las excepciones propuestas..... 459

Ejecutivo de la Inspección General de Rentas de Cartago contra los herederos de la sucesiòn de Guillermo Rivera Abadía. PROVEIDO DE 11 de mayo de 1.955, niega la nulidad de la actuación y las demàs peticiones de uno de los interesados en el juicio. 471

Proveído de 13 de octubre de 1.955, en el cual se repone el auto de 11 de mayo de 1.955, a que se hizo mención anteriormente, y se REVOCA lo resuelto por el Inspector General de Rentas Nacionales de Cartago en cuanto aceptó la oposición formulada por el señor Vicente

Páginas

Emilio Trujillo y le reconoció el derecho de retención del inmueble denominado "Piedra de Moler". 492

Auto de veintinueve (29) de noviembre de 1.955, en el cual no se accede a reponer el auto de fecha 13 de octubre de 1.955 y se declara improcedente la nulidad impetrada contra dicha providencia. 500

P

PENSION DE JUBILACION

Pensión vitalicia de jubilación pedida por el doctor Carlos Bravo. SENTENCIA de 19 de agosto de 1.955 reconoce y ordena el pago de $ 80.00, por concepto de la prestación aludida, a partir de la fecha de la presentación de la demanda. 507

Auto de 27 de septiembre de 1.955, alusivo a la demanda últimamente relacionada, en el cual no se accede a reconsiderar la providencia que precede de 19 de agosto de 1.955. 518

Pensión de Jubilación. (Notarios). La Resolución 814 de 13 de abril de 1.955, dictada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por medio de la cual se reconociò a favor del señor Gilberto Garrido Cañarete una pensión mensual vitalicia de jubilación, enviada al Consejo de Estado en consulta, fué REVOCADA y negada dicha prestación por medio de SENTENCIA de 9 de agosto de 1.955. 519

Pensión de Jubilación. SENTENCIA de 3 de marzo de 1.955, dictada por el H. Consejo de Estado, en la cual se CONFIRMA la Resolución de 22 de febrero del mismo año, del Ministerio de Obras Públicas, sobre reconocimiento de pensiòn mensual vitalicia de jubilación a favor del extrabajador ferroviario Alfonso Escobar Cuenca. 527

Pensión de Jubilación. Revisión. Demanda instaurada por la Caja Nacional de Previsión en la cual se pidió revisión de la Resolución 7942 de 27 de octubre de 1.950, por medio de la cual se reconoció dicha prestación por la cantidad de $600.00 a favor del doctor Gilberto Polanco. SENTENCIA de 25 de mayo de 1.954 revisò la resolución citada y dispuso rebajar la pensión de jubilación a la cantidad de $500.00 mensuales. 532

Pensión de Jubilación. Revisión. Demanda instaurada por el General Jorge Martínez Landínez solicitando la revisión de la sentencia de 2 de diciembre de 1.953, en cuanto

Páginas

por ella se reconoce asignación de retiro. SENTENCIA de 24 de septiembre de 1.955 revisó su propio fallo citado antes en el sentido de disponer que la asignación reconocida sea pagada a partir del 10 de diciembre de 1.953. 542

Pensión de Jubilación. Demanda del doctor Julio Quintero Restrepo incoada ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicitando pensión mensual vitalicia de jubilación, por haber prestado servicios al municipio de Titiribí, en el Departamento de Antioquia, durante 25 años y en ejercicio del cargo de MEDICO OFICIAL. SENTENCIA de 26 de octubre de 1.955, revocando la Resolución ministerial que negó la prestación y disponiendo que es al citado municipio a quien legalmente compete pronunciarse sobre la demanda en mención 578

Pensión de Jubilación. Demanda de nulidad de las Resoluciones números J-2670 y J-5175 de fechas 18 de mayo y 24 de septiembre de 1.954, originarias de la Caja Nacional de Previsión Social, por medio de las cuales se negó la pensión mensual vitalicia de jubilación de Guillermo Alvarez A., incoada por éste. SENTENCIA de 8 de noviembre de 1.955 decretó nulidad impetrada y declaró que la Caja Nacional de Previsión está obligada a reconocerle y pagarle dicha prestación, lo mismo que la cesantía por exceso de tiempo servido 558

Auto aclarativo de la providencia anterior. 568

Salvamento de Voto del H. Consejero Doctor Antonio José Prieto. 574

R

RECURSO DE SUPLICA

Representación en los juicios administrativos. La administración puede intervenir por medio de representante especial, sin que esto afecte la actuación del Agente del Ministerio Público que es el representante legal tratándose del Estado.... 582

RESOLUCIONES MINISTERIALES.

Resolución del Ministerio de Guerra. Recurso de apelación interpuesto por la señora Isabel Rodríguez viuda de Ramírez contra la Resolución No. 0295 de 11 de febrero

Pàginas

de 1.954, proferida por el Ministerio de Guerra, aprobatoria del Acuerdo 235 de 8 de octubre de 1.953, de la Junta Directiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. SENTENCIA de 15 de diciembre de 1.955, por la cual se REVOCA la citada resolución y se reconoce a favor de la demandante una pensión en su condición legal de madre legítima del Suboficial fallecido Pompilio Ramírez Rodríguez.... 586

Resolución del Ministerio de Guerra. Demanda de nulidad de la Resolución nùmero 415 de 15 de febrero de 1.951, en cuanto separó al señor Pablo Leopoldo Guevara del cargo de Mecanógrafo Primero Comandante de la Circunscripción del Distrito Militar No. 33, incoada por el citado Guevara. SENTENCIA accede en parte a las súplicas de la demanda lleva fecha 15 de diciembre de 1.955... 600

Salvamento de Voto Del H. Consejero Doctor Rafael Rueda Briceño. 609

Salvamento de Voto Del H. Consejero Doctor Antonio Josè Prieto. 611

Resolución del Ministerio de Guerra. Recurso de apelación interpuesto por Francisco Montoya Zapata contra la Resolución número 627 de 1.954, por la cual el Ministerio revocò el Acuerdo número 165 de 22 de julio de 1.953, en el cual se reconoció a favor del citado Montoya Zapata una asignación de retiro como Sargento 2o. del Ejèrcito. SENTENCIA de 9 de agosto de 1.955, REVOCO la resolución y CONFIRMO el Acuerdo, reconociendo igualmente una recompensa igual al valor de un mes de sueldo por un año de exceso de servicio del tiempo requerido por la ley para merecer asignación de retiro. . 616

Resolución del Ministerio de Guerra. Recurso de apelación interpuesto por Roberto Ramírez M. contra la Resolución número 2677 de 28 de octubre de 1.953, por la cual negó el reconocimiento de los sueldos correspondientes a los tres meses de alta posteriores a su retiro del servicio. SENTENCIA de 6 de diciembre de 1.955 confirmatoria de la providencia apelada, por considerar que no tienen el carácter de prestación social los sueldos que durante tres meses después de su retiro siguen pagándose al ex-empleado civil del Ramo de Guerra 621

Resolución del Ministerio de Hacienda y Crèdito Público. Demanda de nulidad de las Resoluciones 1943 o 1993 de 24 de agosto de 1.949 y 2708 de 25 de noviembre del mismo año, en cuanto lesionan los derechos civiles y se pide en favor de la sucesión testada del General

Páginas

Luis Suárez Castillo indemnización de perjuicios por razón del perjuicio indirecto ocasionado por el Reich Alemán Nazi en la Guerra Mundial de 1.939 a 1.945, consistente en deterioros materiales causados por bombardeos aéreos de las Fuerzas Aliadas a una mansión de propiedad de aquel causante, situada en la ciudad alemana de Hamburgo. SENTENCIA de 1º. de abril de 1.954, se accede a la súplicas de la demanda 625

Resoluciones del Ministerio de Agricultura y del Director Técnico de la Campaña Antiaftosa. Demanda de nulidad de las Resoluciones números 9 de 1º. de agosto de 1.952 y de la de fecha 12 de noviembre de 1.952 (sin número), dictadas por el Director Técnico de la Campaña Antiaftosa y del Ministerio de Agricultura, incoada por José María Iregui M. por haber sido multado, entre otras sanciones, con la cantidad de $ 4.000.00. SENTENCIA de 22 de agosto de 1.955 reformó las providencias en el sentido de rebajar la multa a $ 1.000.00 682

Resolución del Ministerio de Educación Nacional. Demanda de nulidad de la Resolución número 174 de 9 de febrero de 1.950, en cuanto se nombró al señor Luciano Mora O. en reemplazo del señor David Aponte G. como Profesor, Director de Grupo del Liceo Nacional de Varones de Zipaquirá, sin estar inscrito en el Escalafón de Profesores de Segunda Enseñanza. SENTENCIA de 7 de febrero de 1.955 declaró que la demanda instaurada es sustantivamente inepta y que el señor Aponte G. tiene derecho a solicitar y obtener del Ministerio, que sea nombrado como Profesor de Enseñanza Secundaria dentro de la especialidad y categoría a que pertenece en el respectivo Escalafón 690

Resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Demanda de nulidad incoada por Vicente Casas Castañeda contra las Resoluciones números 2840 de 30 de diciembre de 1.950 y 0064 de 12 de enero de 1.953, del Ministerio citado, en cuanto negó el reconocimiento y pago de una suma de dinero por concepto de auxilio de cesantía. SENTENCIA de 16 de febrero de 1.956 negó las súplicas de la demanda, por no estar afiliado a la Caja Nacional el actor en su carácter de Notario. 696

Resolución del Ministerio de Educación Nacional. Demanda de nulidad incoada por Eduardo Martín F. contra la Resolución 2830 de 20 de octubre de 1.953, por la cual se declaró insubsistente del cargo de Almacenista de Cinematografía dependiente del Departamento de Cultura Popular y Extension Artística y nombró al señor Eme-

Pàginas

terio Avila. SENTENCIA de 20 de febrero de 1.956, niega las súplicas de la demanda 700

Resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Pùblico. Demanda de nulidad del acto contenido en la providencia de fecha 20 de agosto de 1.954, emanada del Ministerio citado. El negocio vino en recurso de súplica ante esta Corporación interpuesto por el interesado Jorge Martínez Landínez contra el auto que inadmitió la demanda. PROVEIDO de 8 de septiembre de 1.955, CONFIRMO el auto recurrido 706

RESOLUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ANONIMAS

Demanda de nulidad de las Resoluciones números 1426 de 23 de diciembre de 1.954 y 267 del 4 de abril de 1.955, dictadas por la Superintendencia de Sociedades Anónimas, y cuya acción fué incoada por la Compañía Nacional de Chocolates. SENTENCIA de 2 de mayo de 1.956, NIEGA las súplicas de la demanda 709

REVISION

Demanda instaurada por los herederos del General Eduardo Ortiz Borda sobre prestaciones sociales a cargo de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares. Iniciaron la acción las señoras Isabel Brigard de Ortiz Borda y su hija Alicia Ortiz Brigard y se NEGARON las súplicas impetradas por SENTENCIA de 17 de abril de 1.956.... 714

S

SUSPENSIONES PROVISIONALES

Demanda de nulidad intentada por la señora Ana Calvo de Mc. Phillips contra las Resoluciones números 295 de 6 de mayo de 1.954 y 6 de julio del mismo año, proferidas por la Alcaldía de Bogotá, y la número 315 de 13 de diciembre de 1.954 de la Gobernación de Cundinamarca, referentes a la clausura de unos tejares en la parte oriental de Bogotá, demanda que se formuló solicitando previamente la suspensión provisional de los actos citados. El Tribunal de instancia admitió la demanda y negó la suspensión provisional pedida. EL CONSEJO DE ESTADO por auto de 7 de diciembre de 1.955, CONFIRMO el auto materia de la alzada. 734

Bogotá, enero 24 de 1.957

Señores Ministro de Justicia
Doctor Luis Carlos Giraldo
y Jefe de Vigilancia Judicial
Doctor Héctor B. Guerra Mora.
PRESENTES.

Atentamente acompañamos a Uds. los cuadros estadísticos relativos al movimiento de negocios que cursaron en el año de 1.956 en la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado.

El cuadro general contiene la discriminación del saldo en 20 de diciembre de 1.955 y el saldo en 20 de diciembre de 1.956 con el dato de lo entrado durante el año: el dato de los mismos saldos para cada Consejero con el dato de lo despachado por cada uno durante el año.

También se discrimina lo entrado y despachado en el renglón general contencioso administrativo o negocios de esta clase, y lo mismo respecto a los negocios de prestaciones sociales.

Desde el ingreso (1º de septiembre de 1.956) de negocios de prestaciones sociales a hoy, ha disminuído el despacho de negocios contenciosos administrativos a causa de que aquel renglón es muy creciente y su naturaleza impone despacho y atención preferenciales.

Anteriormente el señor Secretario con fecha once de los corrientes envió la estadística pero sin la discriminación que se hace hoy, y por esto y también para corregir algunos datos numéricos equivocados, sin imputación al secretario actual sino al anterior, es por lo que nos permitimos enviar nuevamente los cuadros estadísticos que acompañamos y que llevan los datos dados por cada Sala de cada Consejero que están conformes en general salvo, dos o tres, con los datos tomados por la Secretaría y sobre la realidad física de haber contado y chequeado la existencia de los expedientes y libros de entrada y salida, lo que hace que haya de dársele prioridad a los cuadros secretariales.

Con sentimientos de consideración, nos suscribimos de Uds. servidores Attos.

ANTONIO JOSE PRIETO — *Presidente de la Sala Contenciosa.*

FRANCISCO A GOMEZ G. — *Secretario General.*

ESTADISTICA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO CORRESPONDIENTE AL AÑO DE 1.956.

Detalle por Consejero:	S. Anterior	Entrados	Despachados	Saldo
Dr. Luis Buenahora	62	180	178	64
Dr. Gutiérrez M. Ricardo	71	155	124	102
Dr. Marriaga Rafael	77	154	172	59
Dr. Méndez Ildefonso	65	151	146	70
Dr. Prieto Antonio José	150	150	202	98
Dr. Rodríguez Suárez	93	158	169	82
Dr. Rueda B. Rafael	189	159	151	197
TOTALES:	707	1107	1142	672

ADVERTENCIA:

Los HH. Consejeros doctores LUIS BUENAHORA, RICARDO GUTIERREZ MEJIA Y GONZALO RODRIGUEZ SUAREZ, quienes reemplazaron en su orden a los doctores ANZOLA ESCOBAR DANIEL, ABELARDO GOMEZ NARANJO Y JOSE ENRIQUE ARBOLEDA V., despacharon durante el presente año el siguiente movimiento:

	Entrados	Sentencias	Interloc.
Dr. Buenahora Luis (Sep. 3 al 19 de Dcbre. de/56)	99	51	3
Dr. Gutiérrez Mejía (Sep. 22 al 19 de Dcbre./56)	41	26	1
Dr. Rodríguez Suárez G. (Sep. 4 al 19 de Dcbre./56)	92	36	1

Bogotá, enero 11/57.

El Presidente de la Sala,
(fdo). *Antonio José Prieto.*

El Secretario General,
(fdo). *Antonio Gómez G.*

DISCRIMINACION:

Para mayor claridad en la interpretación del cuadro sinóptico estadístico anterior se hace la siguiente discriminación:

1a.- Acervo total de negocios atendidos por el conjunto de la Sala.....		1.814
Saldo quedante en 20 de diciembre de 1.955.....	707	
Entrados en el año de 1.956.....	1.107	
Totáles.....	1.814	1.814
Lo despachado arroja la cifra de.....	1.142	
El saldo en 20 de diciembre de 1.956 es de.....	672	
Que se descomponen así:		
Contenciosos.....	397	
Prestaciones Sociales.....	275	
Total.....	672	

2a.- De los 672 indicados a cada Consejero le quedó un saldo en 20 de diciembre de 1.956 así:

	Prestaciones Sociales	Contenciosos	Total
Dr. Buenahora Luis	38	26	64
" Gutiérrez Mejía	47	55	102
" Marriaga	29	30	59
" Méndez	33	37	70
" Prieto	41	57	98
" Rodríguez Suárez	39	43	82
" Rueda Briceño	48	149	197
Sumas	275	397	672

3a.- A virtud del decreto ley 1722 de 16 de julio de 1.956, en 4 de septiembre del mismo año la Sala de Negocios Generales entregó a la Contencioso 289 negocios de prestaciones sociales y ésta le entregó a aquella 120 negocios de impuestos.

PRESTACIONES SOCIALES

Existencia en 4 de septiembre de 1.956.	289
Entrados de esa fecha al 19 de diciembre.	195
Total	484
Despachados.	209
Saldo en 20 de diciembre de 1.956	275

CONSEJEROS DE ESTADO EN 11 DE ENERO DE 1.957

Autoridades Nacionales	Indemnizaciones	Resoluciones Ministeriales	Suspensiones Provisionales	Prestaciones Sociales	Actos de las Asambleas	TOTAL
10	1	3	0	38	1	64
22	4	9	2	47	2	102
			Varios			
12	2	7	1	29	1	59
14	0	8	2	33	-	70
22	4	8	-	41	-	98
15	3	8	-	39	3	82
52	7	27	-	48	1	197
147	21	70	5	275	8	672

O 15 SALVAMENTOS DE VOTO EN ASUNTOS CONTENCIOSOS.

			Recurso de Hecho	Autoridades Dptales.	Carrera Administ.	
13	1	2	1	1	1	35
2						3

gistrados por el resto de los Consejeros alcanzaron a ser despachados por
gistrados por el Dr. Rueda Briceño y los 3 registrados por el Consejero Dr.

REEMPLAZOS DE CONSEJEROS

4a.- El doctor Luis Buenahora en septiembre 4 de 1.956 reemplazó al doctor Daniel Anzola. Como la Sala del Doctor Anzola, hoy doctor Buenahora, arroja un total de negocios despachados en número de 178, y aparece que el doctor Buenahora despachó 54, resulta que el doctor Anzola despachó 124.

El doctor Gutiérrez Mejía reemplazó al doctor Abelardo Gómez Naranjo en el mismo septiembre. La Sala del doctor Gómez Naranjo fué la misma que tuvo el doctor Manuel Buenahora, quien fué reemplazado en febrero de 1.956 por el doctor Gómez Naranjo. La Sala despachó un total de 124 negocios así: El doctor Gutièrrez Mejía 27 y el doctor Gómez Naranjo 97.

SALA DEL DOCTOR RODRIGUEZ SUAREZ

El Dr. Gonzalo Rodríguez Suárez reemplazó al doctor Jorge Enrique Arboleda en el mismo septiembre de 1.956. Como esta sala despachó en total 169 negocios; esto se descompone así: 132 negocios despachados por el doctor José Enrique Arboleda y 37 negocios despachados por el doctor Gonzalo Rodríguez Suárez.

SALVAMENTOS DE VOTO

El Consejero Dr. Antonio José Prieto produjo 15 salvamentos de Voto relativos a quince fallos en asuntos contenciosos.

PROYECTOS DE FALLOS REGISTRADOS

En 19 de diciembre de 1.956 aparecían registrados 35 proyectos de fallo, que no alcanzaron a despacharse, del Consejero doctor Rafael Rueda Briceño.

En la misma fecha aparecieron registrados, y que no alcanzaron tampoco a despacharse, tres proyectos, de fallos contenciosos del Consejero doctor Antonio José Prieto.

C O N T R A T O S

Durante el año de 1.956 entraron 289 contratos. Fueron despachados 286. Quedó un saldo en 19 de diciembre de 1.956 de tres que no alcanzaron a ser despachados por haber entrado el 17 de diciembre de 1.956, o sea dos días antes de cerrarse el Despacho y haberse clausurado las sesiones de la Sala.

Bogotá, enero 24 de 1.957.

El Presidente de la Sala Contenciosa,
Antonio José Prieto.

El Secretario General del Consejo,
Francisco A. Gómez G.

ESTADISTICA DEL MOVIMIENTO DE NEGOCIOS DE LA SALA DE NEGOCIOS GENERALES DEL H. CONSEJO DE ESTADO CORRESPONDIENTE AL AÑO DE 1.956.

I

Movimiento durante 1.956 de los negocios de Prestaciones Sociales (Consultas, Revisiones y Apelaciones) de que conoció la Sala hasta el 31 de Agosto de 1.956, fecha en la cual, por virtud del Decreto No. 1722 de 19 de Julio de este mismo año, pasó a la otra Sala, la de lo Contencioso Administrativo, el saldo de negocios de esa naturaleza en ese día, recibiendo de aquella, a su vez y en la misma fecha, los relacionados con Impuestos.

NATURALEZA DE LOS NEGOCIOS:	Saldo Anterior.	Entrados.	Salidos.	Saldo.
Pensiones y Recompensas (Consultas)	16	614	546	84
Pensiones y Recompensas (Revisiones y Apelaciones)..	236	273	362	147
Totales.....	252	887	908	231

DETALLE POR CONSEJERO:	Saldo Anterior.	Entrados.	Salidos.	Saldo.
Dr. Acosta Acosta	77	295	296	76
Dr. Dangond Daza	88	297	315	70
Dr. Josè Urbano Múnera	87	295	297	85
Totales.....	252	887	908	231

Este saldo de 231 de negocios se encontraba en la Secretaría en tramitación, pues en los Despachos de los tres Consejeros que integran la Sala no se encontraba ningún asunto pendiente en 31 de Agosto de 1.956.

NATURALEZA DE LOS NEGOCIOS:	Autos de Sustanciación.	Autos Interlocutorios.	Audiencias Públicas.
Pensiones y Recompensas (Consultas)	47	4	0
Pensiones y Recompensas (Revisiones y Apelaciones)..	987	36	0
Totales.....	1.034	40	0

MOVIMIENTO DE SECRETARIA:

Negocios Fijados en Estados	1.543
Negocios Fijados en Lista	432
Oficios	465
Despachos Librados	102
Edictos	592
Inspecciones Oculares	0

II

Movimiento de los negocios de que conoció la Sala durante 1.956, incluyendo los 120 de Impuestos que recibió el 1º de septiembre de este mismo año, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con lo estipulado por el Decreto Nº. 1722 de 1.956:

NATURALEZA DE LOS NEGOCIOS:	Saldo ant.	Entrados.	Salidos	Saldo.
Jurisdicción Coactiva	45	29	49	25
Consultas del Gobierno	0	18	18	0
Condonaciones	3	1	4	0
Impuestos	120	38	61	97
Totales	168	86	132	122

DETALLE POR CONSEJERO:	Saldo ant.	Entrados	Salidos	Saldo
Dr. Acosta Acosta	15	69	42	42
Dr. Dangond Daza	16	69	40	45
Dr. Múnera José Urbano	17	68	50	35
Totales	48	206	132	122

NATURALEZA DE LOS NEGOCIOS:	Autos de Sustanciación.	Autos Interlocutorios.	Audiencias Públicas.
Jurisdicción Coactiva	120	9	0
Consultas del Gobierno	4	0	0
Condonaciones	5	0	0
Impuestos	232	3	1
Totales	361	12	1

* * * * *

MOVIMIENTO DE SECRETARIA:

Negocios fijados en Estados	332
Negocios fijados en lista	98
Oficios	91
Despachos librados	17
Edictos	108
Inspecciones oculares	0

RESUMEN FINAL de los negocios tramitados y fallados por la Sala durante 1.956, incluyendo los relacionados con prestaciones sociales, de los cuales conoció hasta el 31 de agosto de este mismo año.

NATURALEZA DE LOS NEGOCIOS	Saldo anterior.	Entrados.	Salidos.	Saldo.
Pensiones y recompensas (Consultas)	16	614	546	84
Pensiones y recompensas (Revisiones y apelaciones).	236	273	362	147
Jurisdicción coactiva	45	29	49	25
Consultas del Gobierno	0	18	18	0
Condonaciones	3	1	4	0
Impuestos	120	38	61	97
Totales	420	973	1.040	353

Es decir, que durante el año de 1.956, la Sala de Negocios Generales conoció de 1.393 negocios, de los cuales falló 1.040.

Bogotá, D. E., Diciembre 19 de 1.956.

El Secretario,
José A. Guzmán Alandete.

* * * * *