REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

AÑO XXXVIII - TOMO LXVI - NUMEROS 401 Y 402

1.963

(Enero a Julio)

Relatores:

Dra. CLARA FORERO DE CASTRO

Dr. OMAR RODRIGUEZ OLAYA

IMPRESO EN: GRAFICAS MONSERRATE - BOGOTA

CONSEJO DE ESTADO

1.963

SALA PLENA

Presidente:

Dr. JOSE URBANO MUNERA

Vicepresidente:

Dr. CARLOS GUSTAVO ARRIETA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Presidente:

Dr. RICARDO BONILLA GUTIERREZ

Consejeros:

Dr. CARLOS GUSTAVO ARRIETA
Dr. ALEJANDRO DOMINGUEZ MOLINA
Dr. FRANCISCO ELADIO GOMEZ GOMEZ
Dr. GABRIEL ROJAS ARBELAEZ
Dr. JORGE A. VELASQUEZ D.

Secretario:

ALVARO LEON CAJIAO BOLAÑOS

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Presidente:

Dr. JORGE DE VELASCO ALVAREZ

Consejeros:

Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY
Dr. ALFONSO MELUK
Dr. JOSE URBANO MUNERA

Secretario:

MARCO A. MARTINEZ B.

Fiscales:

Dr. BELISARIO ARCINIEGAS
Dr. OSVALDO ABELLO NOGUERA

Relator:

Dr. ANTONIO J. DE IRISARRI RESTREPO

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

TITULO I. — Conceptos Obligatorios de la Sala de Servicio Civil

CONSULTAS DEL GOBIERNO

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL

EMPLEADOS DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. — Deben considerarse pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público para los efectos correspondientes a las disposiciones legales sobre Carrera Administrativa y Servicio Civil, ya que no pertenecen a ninguna de las otras ramas u órganos del Poder Público y forman parte del servicio civil de la República. Quienes hubieren sido escalafonados según las disposiciones de la Ley 165 de 1938, tienen derecho, al pasar de la Contraloría General a otro organismo no dependiente de ella, a invocar una asignación igual a la que devengaban en la Contraloría.

Consejo de Estado — Sala de Negocios Generales — Bogotá, D. E., enero veinticuatro de mil novecientos sesenta y tres (1963).

(Consejero Ponente: Dr. JOSE URBANO MUNERA)

Honorables Consejeros:

El señor Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, por oficio marcado con el Nº 5167, le hace a esta Sala la siguiente consulta:

"1º—Si los empleados de la Contraloría General de la República pueden considerarse inscritos a la Rama Ejecutiva del Poder Público, para los efectos correspondientes a las disposiciones legales sobre Servicio Civil y Carrera Administrativa.

"2º—Si los empleados de la Carrera Administrativa que adquirieron en calidad de tales, con fundamento en la Ley 165 de 1938, y que la iniciaron en dependencias oficiales pertenecientes a la Rama Ejecutiva, al ser trasladados a la Contraloría General de la República pueden invocar de hecho a que se les reconozca remuneración no inferior a la que alcanzaron en dicha Entidad, en el caso de que regresen nuevamente a otros organismos administrativos".

A la insinuación hecha por el Consejo de Estado al señor Jefe del Departamento dicho, en el sentido de que se sirviera aclarar el numeral 2º de su Consulta, el expresado funcionario lo hizo así:

"Tal como lo anota la comunicación, se trata en realidad de consultar si aquellos funcionarios escalafonados conforme a la Ley 165 de 1938 que pasaron a la Contraloría General de la República, al pasar de nuevo a un cargo distinto no dependiente de ésta, tienen derecho a invocar una asignación mensual igual a la que devengaron en dicha Contraloría".

En el "Prólogo Explicativo sobre la Reforma Administrativa, el Servicio Civil y la Carrera del Funcionario Público en Colombia" se encuentra la anotación siguiente:

"La Carrera Administrativa. La segunda parte del Estatuto organiza la Carrera Administrativa. En primer lugar determina que están comprendidos en ella todos los empleados del Servicio Civil, con excepción de los cargos que de modo taxativo enumera el artículo 36, excepciones que se relacionan principalmente con los funcionarios políticos, como los Ministros, Gobernadores, Alcaldes y sus Secretarios, los Jefes de Misión Diplomática, los funcionarios de período fijo y otros".

En el Decreto Nº 1732 de 1960 "sobre Servicio Civil y Carrera Administrativa", dictado por el señor Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 19 de 1958, se encuentran estas disposiciones:

"Artículo 1º—Se consideran funcionarios o empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público, para los efectos previstos en los artículos 4º y 5º de la Reforma Constitucional que recibió su aprobación en el Plebiscito de 1º de diciembre de 1957, todas las personas naturales que presten de manera regular sus servicios en funciones o empleos permanentes no adscritos a rama distinta, creados o autorizados por la ley y remunerados por el Estado en cualquiera de sus administraciones centrales o seccionales y en los establecimientos públicos, bien que estos empleados estén frente a la Administración en una situación estatutaria o vinculados a ella por un contrato de trabajo.

"Los empleos civiles de la Rama Ejecutiva que integran el Servicio Civil de la República".

El artículo 36 del mismo Decreto dice que "pertenecen a la Carrera Administrativa todos los empleados del Servicio Civil, con excepción de los que desempeñan:

"a)—Los funcionarios elegidos o designados por período fijo, sin que exista facultad legal de removerlos libremente".

Dentro de los funcionarios enumerados en la excepción a que se está haciendo referencia no están comprendidos los empleados de la Contraloría General de la República.

De otra parte debe anotarse que el artículo 1º de la Ley 42 de 1923 "sobre reorganización de la contabilidad y creación del Departamento de Contraloría" reza así:

"Créase como servicio nacional administrativo el DEPARTAMENTO DE CONTRALORIA, el cual será independiente de los demás departamentos administrativos. El Gobierno dictará en cada caso los decretos reglamentarios pertinentes".

De conformidad con lo anotado hasta aquí, se concluye que los empleados de la Contraloría General de la República, deben considerarse pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público, para los efectos correspondientes a las disposiciones legales sobre Servicio Civil y Carrera Administrativa, ya que no pertenecen a ninguna de las otras ramas u órganos del Poder Público, y hacen parte del Servicio Civil de la República.

En relación con el punto 2º de la Consulta, aclarado como se dejó explicado atrás, cabe anotar que este numeral de la Consulta debe contestarse en forma afirmativa si se tiene en cuenta lo ordenado en el inciso 1° del artículo 1º del Decreto Nº 1017 de 1961 "por el cual se reglamenta el artículo 172 del Decreto-Ley 1732 de 1960, sobre Servicio Civil y Carrera Administrativa" dictado por el señor Presidente de la República en uso de sus facultades constitucionales y oído el dictamen del Consejo de Estado.

De suerte que con las condiciones y modalidades de esta disposición, los funcionarios escalafonados de acuerdo con la Ley citada que entraron a la Contraloría General de la República, al pasar de este organismo a uno distinto no dependiente de él, tienen derecho a invocar una asignación mensual igual a la que devengaron en la expresada Contraloría, siempre que para la inscripción y escalafonamiento quienes fueron admitidos en la Carrera Administrativa de acuerdo con el artículo 172 del Decreto 1732 de 1960 llenen las condiciones y se sometan a

las exigencias a que se refieren los artículos 2º, 3º, 4º, 7º y 8º del expresado Decreto-Ley 1017 de 1961.

Como contestación a su Consulta, ya especificada, transcríbase al señor Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil el presente estudio.

Honorables Consejeros,

José Urbano Múnera

Consejo de Estado — Sala de Negocios Generales — Bogotá, D. E., enero veinticuatro (24) de mil novecientos sesenta y tres (1963).

El anterior concepto fue considerado y discutido en sesión de la Sala verificada en esta fecha, habiendo sido aprobado por unanimidad.

El Presidente, **Alfonso Meluk.** — El Secretario, **Marco A. Martínez Bernal.**

* * *

FUNCION CONSULTIVA

Sala de Servicio Civil

EMPLEADOS DE CONFIANZA. — Si bien todo trabajador público es empleado de confianza en el sentido de la que en él se deposita para que de buena fe cumpla y haga cumplir dentro de su órbita de acción la Constitución y leyes de la República, no es este el factor que las leyes especiales toman en cuenta para excluir a algunos funcionarios de las prerrogativas de la estabilidad que caracteriza a la carrera administrativa. La noción de "confianza" que debe tenerse en cuenta para estos efectos es distinta, y se identifica con necesidades imperiosas, ora del servicio mismo, ya de quien, como superior, debe orientarlo y responder de él. Se trata de un requisito indispensable para el desempeño de la función hasta el punto de que sin él, tal función no se concibe en su desarrollo completo, o su inobservancia determina causa justificada e inmediata para la remoción. Ciertamente en los casos del chofer, de la recepcionista y del secretario auxiliar de un Ministro no puede hablarse de que desempeñen funciones propias del ministro, pero es evidente que en ellos se dan

condiciones especialísimas en la prestación de su trabajo, que se resumen en la existencia de un grado máximo de confianza, pues dada su especial posición cerca de los Ministros, deben enterarse habitualmente de altos negocios del Estado respecto de los cuales suele y debe mantenerse la más severa discreción sin la cual, en determinado momento sobrevendrían trastornos o perjuicios imprevisibles.

Consejo de Estado — Sala de Servicio Civil — Bogotá, D. E., primero de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY)

En desarrollo del artículo 37 del Decreto Nº 1732 de 1960, el señor Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, ha enviado para concepto de esta Sala un proyecto de Decreto por el cual se excluyen de la carrera administrativa los cargos de Secretario Auxiliar, Recepcionista y Chofer, adscritos a las oficinas y servicios inmediatos de los Ministros del Despacho Ejecutivo. La razón aducida por la oficina consultante es la de haberlo solicitado así los propios Ministros en razón de tratarse de empleados de confianza y de haber verificado el hecho después de un estudio analítico de la situación.

En todo el que entra a servir un empleo a la administración pública es preciso depositar un grado general de confianza. El cumplimiento de los deberes propios de la función pública, desde un punto de vista genérico, añadido a los especiales de cada cargo, suponen naturalmente una serie de condiciones sin las cuales el empleo no se discerniría, y que pueden resumirse en la afirmación de que todo trabajador público es empleado de confianza en el sentido de la que en él se deposita para que de buena fe cumpla y haga cumplir dentro de su órbita de acción la Constitución y las Leyes de la Nación. Pero ciertamente no es este el factor que las leyes especiales toman en cuenta para excluír a algunos funcionarios de las prerrogativas de la estabilidad que caracteriza, por ejemplo, a la carrera administrativa, o para colocarlos por fuera de ciertos regímenes de trabajo, como el de la jornada; porque si tan general fuera el criterio las normas que buscan estabilidad en la administración y que, mediante el sistema de carrera creado por la reforma constitucional de 1957, han puesto freno al sistema tradicional de desorganizar la administración con cada cambio de Gobierno, carecerían de sentido y en la práctica serían nugatorias. Igual suerte correrían los privilegios y garantías que son propios de dicha estabilidad para la generalidad de los empleados públicos.

Por ello la noción de "confianza" que debe tenerse en cuenta para proceder, respecto de ciertos empleados, como lo permite el artículo 37 que se viene estudiando, es otra bien distinta, y se identifica con necesidades imperiosas, ora del servicio mismo, ya de quien, como superior, debe orientarlo y responder de él. Del carácter de condición general a que antes se hizo referencia, pasa a convertirse en requisito indispensable para el desempeño de la función hasta el punto de que sin él, tal función no se concibe en su desarrollo completo, o su inobservancia determina causa justificada e inmediata para la remoción. De ahí por qué, se trate de un concepto restrictivo, excepcional, y así deba tratarse. El Tribunal Supremo del Trabajo, en Casación del 7 de noviembre de 1950 y refiriéndose a los empleados particulares dijo lo siguiente para señalar los que la ley llama "de confianza":

"Pero cuando a esas condiciones comunes (de confianza) se agregan otras que por comprometer esencialmente los intereses morales o materiales del patrono, implican el ejercicio de funciones propias de éste, el elemento confianza adquiere singular relieve y por ello se le usa para calificar y distinguir el carácter del empleado". (Cas. citada. Gaceta del Trabajo, T. V., Pág. 890). Ciertamente en el caso consultado y en lo que respecta al chofer y a la recepcionista, no puede hablarse de que desempeñen funciones propias del Ministro, para emplear un lenguaje de similitud con la definición utilizada por el Tribunal Supremo. Pero tanto en ellos como en el secretario auxiliar, se dan condiciones especialísimas en la prestación de su trabajo, que se resumen en la existencia de un grado máximo de confianza originada en el hecho de que, por su especial posición cerca de los Ministros del Despacho, deben enterarse habitualmente de altos negocios del Estado respecto de los cuales suele y debe mantenerse la más severa discreción sin la cual, en determinado momento sobrevendrían trastornos o perjuicios imprevisibles. Parece entonces razonable que en esos empleados, que se repite, y en especial, el chofer, no son políticos, se reunen dos de las condiciones exigidas por el artículo 37 del Decreto antes citado para ser excluídos de la carrera administrativa: a) Corresponden a ellos funciones esencialmente de confianza; y b) Por la misma razón las conveniencias aconsejan que se les mantenga por fuera del régimen de inamovilidad de la carrera administrativa y sean de libre nombramiento y remoción de los Ministros.

Por tanto, soy de opinión de que el Decreto propuesto por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, puede dictarse y que si este concepto fuere acogido por la Sala, se transcriba al funcionario consultante.

Guillermo González Charry, Consejero

Consejo de Estado. — Sala de Servicio Civil. — Bogotá, D. E., primero de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

El anterior concepto fue considerado y discutido en sesión de la Sala celebrada el día veintiocho (28) de febrero del año en curso, habiendo sido aprobado por unanimidad

El Presidente, **Jorge de Velasco Alvarez. — Marco A. Martínez B.**, Secretario.

FUNCION CONSULTIVA

TITULO II - Consultas del Gobierno

FUNCION CONSULTIVA

TITULO II. — Consultas del Gobierno

CALIFICACION DE SERVICIO PUBLICO. EFECTOS EN EL TIEMPO DE LA QUE DE EL GOBIERNO A UNA INDUSTRIA. ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA INDUSTRIA DEL PETROLEO. — La calificación de servicio público que una vez dé el Gobierno a determinada industria o actividad en los eventos del Decreto número 753 de 1956, es jurídicamente válida para todos los casos que lleguen a presentarse posteriormente, a menos que el acto en que se haya hecho la calificación haya sido revocado en los supuestos de revocabilidad previstos por el Decreto número 2733 de 1959.

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., quince de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY)

El señor Ministro del Trabajo ha consultado al Consejo si, con fundamento en lo dispuesto por el literal h) del Decreto Nº 753 de 1956, modificativo del artículo 430 del C. S. del T., el Gobierno, cuando declara de servicio público una de las actividades allí consignadas, puede hacerlo por una sola vez o si por el contrario requiere un acto para cada caso.

Se considera:

Las actividades de explotación, refinación, transporte y distribución del petróleo y sus derivados, se encuentran consideradas de modo expreso y claro como servicios públicos para efectos del derecho de huelga por el literal h) del Decreto en mención, con la sola condición de que, a juicio del Gobierno, se encuentren destinadas al abastecimiento normal de combustibles en el país. De suerte que cuanto tiene que decidir el Gobierno, estudiadas las circunstancias y modalidades propias de las actividades citadas, es si se llena la condición requerida y proceder de conformidad. En este caso a diferencia de los contemplados en los literales precedentes del mismo Decreto, se requiere una ca-

lificación sobre el hecho determinante de que una cualquiera o todas las actividades del h) sean un servicio público. Y también, a diferencia del último literal, la calificación que haga el Gobierno no requiere el concepto previo del Consejo de Estado.

Ahora bien. Los Decretos que dicte el Gobierno para señalar la condición o característica de que se viene hablando, pueden referirse ora a una empresa determinada, o bien a varias o a todas las que integran la industria respectiva. En ambos casos, considera la Sala que la calificación es definitiva por la misma naturaleza del hecho calificado y que una vez pronunciada el Gobierno no precisa dictar nuevos Decretos sobre el particular. Es de suponerse que cuando ha procedido, lo ha hecho con conocimiento de causa, esto es, porque después de las averiguaciones pertinentes, ha concluído que las actividades del literal h) "están destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país", y por tanto, mientras esa función permanezca, la calificación continuará siendo válida jurídicamente.

No obsta lo anterior para que el Gobierno, cuando considere que respecto de cualquiera de esos Decretos —que son de contenido general y no creadores de una situación particular y subjetiva—, se han dado los supuestos de revocabilidad previstos en el Decreto 2733 de 1959, proceda a revocarlos en guarda de la Constitución, de la Ley o de las conveniencias generales. Pero, se repite, mientras esto no ocurra, la calificación que se haga una vez es jurídicamente válida para todas.

Atentamente pido que si esta opinión fuere compartida por la Sala, se transcriba al señor Ministro como respuesta a su consulta.

Atentamente,

Guillermo González Charry, Consejero

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., quince de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

El anterior concepto fue considerado y discutido en sesión de la Sala celebrada el dia catorce (14) de marzo del corriente año, habiendo sido aprobado por unanimidad.

El Presidente, **Jorge de Velasco Alvarez. — Marco A. Martínez B.,** Secretario.

FUNCION CONSULTIVA

CONSULTAS DEL GOBIERNO

INCOMPATIBILIDADES. CONGRESISTAS MIEMBROS DE LA COMISION ASESORA DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. — Los miembros de la Comisión Asesora del Ministerio de Relaciones Exteriores que sean Congresistas no pueden percibir simultáneamente los honorarios a que alude el artículo 7º de la Ley 5ª de 1962 por el desempeño de sus cargos en dicha Comisión y las dietas que les corresponden como miembros de las Cámaras Legislativas, pues recibirían dos asignaciones provenientes del mismo Tesoro, contra la prohibición expresa del artículo 64 de la Constitución Nacional. Las excepciones que este precepto permite deben ser precisas y no aplicables por interpretación ni por analogía.

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., marzo veinte de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. JORGE DE VELASCO ALVAREZ)

Honorables Consejeros:

Por nota marcada con el número 119, de fecha 6 de los corrientes, consulta el señor Ministro de Relaciones Exteriores "si hay impedimento para que los miembros de la Comisión Asesora del Ministerio de Relaciones Exteriores que también lo son del Congreso Nacional reciban los honorarios que han sido fijados por el artículo segundo del Decreto Ejecutivo número 289 de 1963.

Motiva la consulta el hecho de que tres miembros de la Comisión son senadores y uno representante a la Cámara. Dichos señores plantearon ante el Ministerio una posible incompatibilidad, consistente en recibir dos asignaciones, o sea los honorarios que para la Comisión Asesora fueron fijados por el Decreto 289 de 1963 y las dietas parlamentarias.

Se considera:

La Ley 5ª de 1962 dispuso en su artículo 1º: "La Comisión Asesora del Ministerio de Relaciones Exteriores se compondrá de seis (6) miembros con sus respectivos suplentes personales, que serán designados así: dos (2) miembros con sus suplentes por el Senado; dos (2) miembros con sus suplentes por la Cámara de Representantes, y dos (2)

miembros con sus suplentes por el Presidente de la República. En estas designaciones se aplicará la norma constitucional sobre paridad política".

Es importante dejar establecido que el estatuto mencionado no dispone que las personas designadas por el Senado y la Cámara sean miembros de esas mismas corporaciones, sino que únicamente el Congreso deberá hacer la designación respectiva para integrar la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores. Así lo entendió también el Congreso pues que eligió no dos Senadores y dos Representantes, sino tres Senadores y un Representante a la Cámara. Es decir, que los referidos congresistas no fueron designados como tales para miembros de la Comisión Asesora.

La ley, pues, sólo facultó al Congreso para designar cuatro miembros de la Comisión, que bien podrían ser extraños a la composición del Congreso, lo que estaría más acorde con nuestra organización institucional, pues lo que el Constituyente ha querido a través del Título V de la Carta, con base en la separación de los poderes públicos, es que una misma persona no pueda ejercer simultáneamente las funciones adscritas a dos órganos del Poder Público diferentes, evitando así no sólo la influencia que puede desarrollar desde la una sobre la otra, sino que sea el mismo criterio individual el que obre simultáneamente en ambas esferas.

Ni aun en el supuesto de que se entendiera el artículo 1º de la Ley 5ª en el sentido de que los miembros elegidos por las Cámaras debían ser Senadores y Representantes —lo que no es así— no podría tampoco considerarse que el artículo 7º de dicha ley, que ordena al Gobierno fijar honorarios a los integrantes de la Comisión Asesora, fuera una de las excepciones que permite el artículo 64 de la Constitución, pues tales excepciones deben ser precisas y no aplicables por interpretación ni por analogía.

En razón de lo dicho, considero que ha estado fundada la duda expuesta por los señores Congresistas miembros de la Comisión ante el Ministerio, pues sí hay impedimento para que ellos reciban simultáneamente los honorarios que a dicha Comisión le han sido señalados y las dietas parlamentarias. Recibirían dos asignaciones del mismo Tesoro contra la prohibición expresa del artículo 64 de la Constitución.

En los términos anteriores dejo rendido mi concepto y propongo que si la Sala lo acoge, le sea transcrito al señor Ministro de Relaciones Exteriores como contestación a su consulta.

Honorables Consejeros,

Jorge de Velasco Alvarez

¡Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., marzo veinte de mil novecientos sesenta y tres.

El anterior concepto fue considerado y discutido por la Sala en sesión de fecha 18 de marzo último, habiéndose aprobado por unanimidad.

Jorge de Velasco Alvarez, Presidente de la Sala. — **Marco A. Martínez Bernal,** Secretario.

* * *

FUNCION CONSULTIVA

CONSULTAS DEL GOBIERNO

IMPUESTOS: REPOSICION DE LAS REVISIONES Y RECLAMACIONES EXTRAORDINARIAS. — Habiendo consultado el señor Ministro de Hacienda si las revisiones provocadas por los contribuyentes de conformidad con los Decretos 270 de 1953 (artículo 12) y 1715 de 1960 (artículo 64) tienen o no derecho a que, una vez falladas, se les conceda el recurso de reposición para ante la División de Impuestos Nacionales de acuerdo con el Decreto 1651 de 1961, el Consejo de Estado por conducto de su Sala de Negocios Generales conceptúa que tanto para esas revisiones como para las reclamaciones extraordinarias que estableció el mencionado Decreto 1651 es procedente el recurso de reposición.

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., mayo 14 de 1963.

(Consejero Ponente: Dr. ALFONSO MELUK)

Honorables Consejeros:

En Oficio Nº 004338 de 26 de abril próximo pasado, el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público formula la siguiente consulta:

"El Gobierno Nacional, por conducto del suscrito Ministro de Ha-

cienda, se permite someter a esa honorable corporación la siguiente consulta, a fin de que sea absuelta en ejercicio de las facultades otorgadas al Consejo por los artículos 141, ordinal 1o.de la Constitución Nacional y 24 del Código Contencioso Administrativo.

"De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 12 del Decreto 270 de 1953, el Jefe de la División de Impuestos Nacionales puede revisar las liquidaciones de impuestos, a solicitud de los contribuyentes, cuando en éstas se determinen impuestos tres o más veces superiores a los que resulten de los datos de la declaración de renta y patrimonio. El ejercicio de tal facultad debe solicitarse, de acuerdo con el artículo 11 del mismo decreto, dentro del plazo de que se goce para practicar la revisión oficiosa y, antes del fallo correspondiente, debe producirse un concepto de una junta especial de revisiones creada por la misma disposición.

"Posteriormente el Decreto 1715 de 1960 en sus artículos 64 y 65, modificó la disposición anterior suprimiendo la junta especial de revisiones.

"El artículo 36 del Decreto 1651 de 1961 estableció la reclamación extraordinaria por error notoriamente grave, que difiere de la antigua revisión provocada en varios aspectos fundamentales, como los relativos al pago previo y a la competencia, que se adscribe en los Administradores de Impuestos o en la División de Impuestos, a opción del contribuyente.

"De acuerdo con el Decreto 270 de 1953, y el Decreto 1715 de 1960, fallada la revisión provocada, procedía contra la providencia respectiva el recurso de reposición. Según el Decreto 1651 de 1961 la reposición procede solamente cuando se resuelven puntos nuevos (artículo 42).

"De acuerdo con el inciso 3º del artículo 148 del Decreto 1651 de 1961, los recursos pendientes de fallo se rigen por las disposiciones anteriores, pero una vez resuelto el recurso se aplican las disposiciones de dicho Decreto.

"Se trata entonces de establecer si una vez fallada la revisión provocada, interpuesta bajo la vigencia del Decreto 270 de 1953 o del Decreto 1715 de 1960, puede otorgarse recurso de reposición o debe darse aplicación al inciso 2º del artículo 148 del 1651 de 1961 ya citado.

"Una consulta similar que el Gobierno Nacional elevó a esa entidad, sobre la aplicación del Decreto 341 de 1957, fue absuelta diciendo que, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, las normas sobre procedimiento tienen efecto inmediato y que por consiguiente no es procedente el recurso de reposición cuando las nuevas disposicio-

hacer las siguientes observaciones:

a)—El Decreto 270 de 1953, en su artículo 12, consagra la facultad de revisión, a solicitud de los contribuyentes, por **"los errores notoriamente graves** en que se incurra en las declaraciones de renta y patrimonio o en las liquidaciones del impuesto", que deben corregirse por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales. (Subraya la Sala).

Y en el inciso único, agrega:

"Se entiende por **error notoriamente grave** el que implique un impuesto **tres veces superior** al que resulte espontáneamente de los datos de la declaración, tenidas en cuenta las equivocaciones manifiestas en que haya incurrido el contribuyente". (Subraya la Sala).

Contra los fallos proferidos en virtud de este recurso, procedía el recurso de reposición.

Pero cabe observar que tal recurso no fue establecido por los Decretos citados, para la revisión, sino por el Decreto 341 de 1957, en su artículo 8º .

b)—Vino luego el Decreto 1651 de 1961, que estableció el recurso de reclamación extraordinaria, el cual, de conformidad con el artículo 36, procede: "contra las liquidaciones para corregir dobles gravámenes, indebidas imposiciones, errores puramente aritméticos. También procede contra las liquidaciones **en que se haya fijado un impuesto tres veces superior** al que resulte de la liquidación privada o de la que se practique para reclamar ésta con prescindencia de los errores que el contribuyente alegue haber cometido en su declaración". (Subraya la Sala).

Y el artículo 42 de dicho Decreto, dispone:

"Procede el recurso de reposición exclusivamente contra las siguientes providencias: .....

"b)—Las dictadas por la División de Impuestos Nacionales **cuando fijen un gravamen superior** al determinado en la providencia apelada o consultada, o cuando resuelvan puntos no discutidos en la primera instancia". (Subraya la Sala).

c)—De donde se desprende que tanto para el recurso de "revisión", del Decreto 270 de 1953, como el de "reclamación extraordinaria" del

Decreto 1651 de 1961, procede el recurso de reposición contra las providencias referentes a liquidaciones de impuestos que constituyan un gravamen superior al de la declaración del contribuyente.

Sin embargo, la Sala anota que el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público afirma en su consulta, que "según el Decreto 1651 de 1961 la reposición procede solamente cuando se resuelven puntos nuevos (Artículo 42)", haciendo caso omiso de las providencias referentes a reclamaciones contra liquidaciones que fijen un gravamen superior, que también contempla el citado artículo.

Por las consideraciones expuestas, se llega a la conclusión de que tanto para el recurso de revisión, como para el de reclamación extraordinaria, procede el recurso de reposición.

En tal virtud, propongo que de ser aprobado el presente concepto, se envíe como respuesta a la consulta formulada por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Alfonso Meluk

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., catorce de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

La ponencia anterior fue considerada y discutida por la Sala en sesión verificada en esta fecha, habiendo sido aprobada por unanimidad.

El Presidente, **Jorge de Velasco Alvarez.** — El Secretario, **Marco A. Martínez B.**

FUNCION CONSULTIVA

TITULO III - Revisión de Contratos

FUNCION CONSULTIVA

Revisión de Contratos

Concepto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sobre el contrato de promesa de venta del Ferrocarril de Antioquia, celebrado entre la Nación, como promitente compradora, representada por el señor Ministro de Obras Públicas y el Departamento de Antioquia, como promitente vendedor, representado por el señor Gobernador de dicha sección del país.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., noviembre veintisiete de mil novecientos sesenta y dos.

(Consejero Ponente: Dr. FRANCISCO ELADIO GOMEZ G.)

REFERENCIA: Expediente N° 1.345.
Contrato de promesa de compraventa celebrado entre la Nación y el Departamento de Antioquia.

La Sala Contenciosa del Consejo de Estado ordenó devolverle al Gobierno Nacional, mediante providencia pronunciada el 18 de julio de 1958, el expediente formado con motivo de la promesa de venta del Ferrocarril de Antioquia celebrada entre la Nación, como promitente compradora, y el Departamento de Antioquia, como promitente vendedor, convención consignada en el documento privado suscrito el 30 de junio del mismo año.

Estimó la Sala que el contrato sometido a su revisión adolecía de algunas irregularidades que debían subsanarse por las partes para poderlo declarar ajustado a las autorizaciones expresamente otorgadas por la Ley.

El señor Ministro de Obras Públicas no se conformó con la aludida decisión y por tal motivo, en memorial datado el 28 de julio de 1958, impetró la nulidad de ella por no haberse firmado por uno de los Consejeros de la Sala Contenciosa, y, al mismo tiempo, interpuso el recurso de reposición para que fuera revocada y en su lugar se declarara la promesa de compraventa ajustada a los ordenamientos legales.

Posteriormente, el 22 de diciembre del mismo año, el Ministerio de Obras Públicas y la Gobernación del Departamento de Antioquia le solicitaron al Consejo de Estado la devolución de la documentación para hacerle al contrato que había sido materia de revisión algunas modificaciones sustanciales. En vista de esta solicitud, el señor Consejero Ponente, en auto dictado el 26 de enero de 1959, dispuso que antes de resolverse sobre la devolución de la documentación relativa al contrato de promesa de compraventa se debía manifestar por el señor Ministro de Obras Públicas si la petición formulada implicaba el desistimiento del recurso de reposición.

En cumplimiento al aludido auto, el señor Ministro de Obras Públicas, mediante memorial presentado el 6 de febrero del mismo año, manifestó expresamente que desistía del recurso de reposición oportunamente interpuesto, desistimiento que fue admitido por auto proferido el 11 de febrero de 1959, en el cual se ordenó también la devolución de la documentación solicitada por la Nación y el Departamento de Antioquia.

Entre los reparos fundamentales formulados por el Consejo a la promesa de compraventa del Ferrocarril de Antioquia se encuentran estos:

No haberse determinado claramente cuáles bienes debían ser objeto del contrato de compraventa prometido y cuáles quedaban excluídos; haberse excluído de la compraventa del Ferrocarril de Antioquia el inmueble donde funciona la Estación Central en la ciudad de Medellín, exclusión que "supone establecer hasta una solución de continuidad en las líneas férreas" que se deben adquirir en su integridad; no haberse traído al expediente el certificado de reserva suscrito por el señor Contralor General de la República; no haberse subordinado el pago que la Nación debe hacer al Departamento de Antioquia a las apropiaciones presupuestales; no haberse fijado previamente el precio de los bienes, materia del contrato de compraventa prometido, ya que su determinación fue encomendada a terceros quienes con posterioridad a la venta señalarían el precio definitivo aplicando a un contrato administrativo la norma contenida en el artículo 1.865 del Código Civil; y resultar "inconveniente que pueda el Departamento diferir el pago de las cesantías causadas y no pagadas hasta el día en que se efectúe la entrega de la empresa del Ferrocarril a la Nación".

En el Senado de la República se le hicieron también a la promesa de compraventa observaciones semejantes figurando como primordial la de no haberse fijado en ella el precio de la venta prometida y de-

jarlo sometido a posterior regulación llevada a cabo por peritos nombrados por las partes.

Conocidas las observaciones hechas por el Consejo de Estado y por el Senado de la República, el 12 de junio de 1959, el señor Ministro de Obras Públicas, doctor Virgilio Barco, y el señor Gobernador del Departamento de Antioquia se reunieron en Barrancabermeja para continuar las negociaciones y hacerle a la promesa de compraventa modificaciones sustanciales.

En aquel puerto del río Magdalèna los nombrados funcionarios firmaron la siguiente declaración:

"DECLARACION DEL MINISTRO DE OBRAS PUBLICAS Y DEL GOBERNADOR DE ANTIOQUIA:

PRIMERO.—En el curso de las conversaciones celebradas entre el Ministro de Obras Públicas y el Gobernador de Antioquia sobre la negociación de compraventa del Ferrocarril de dicho Departamento, ambos han llegado a la conclusión de que, en vista de las observaciones hechas a la promesa de contrato suscrita inicialmente entre las partes y que alcanzó a llevarse al estudio del Consejo de Estado, es oportuno, indicado y conveniente revisar los términos primitivos del contrato.

SEGUNDO.—El Gobernador de Antioquia ha consultado con la representación del Departamento al Congreso de la República, la cual unánime, ha estado de acuerdo en la necesidad de la revisión de los términos de dicha promesa de contrato; además, el Gobierno Departamental hace expresa declaración de que someterá a la consideración de la H. Asamblea el proyecto de contrato, ya que luego del regreso a la normalidad constitucional y a las Instituciones Republicanas, es esa Corporación la que debe decidir en último término sobre su conveniencia para los intereses seccionales.

TERCERO.—Es consideración esencial para esta negociación, y las partes así lo aceptan y declaran, su utilidad pública. El Departamento de Antioquia tiene interés en ella por cuanto hace posible una mejora en los servicios y una más económica explotación de la Empresa gracias a la rectificación de algunos trayectos de la vía y la modernización de los equipos. Por su parte la Nación estima conveniente la adquisición del Ferrocarril en vista de los avances en los trabajos de construcción del Ferrocarril del Atlántico y a la terminación del tramo com-

prendido entre La Dorada y Puerto Berrío que está ya en servicio; la necesidad de integrar la red ferroviaria nacional. La unificación de itinerarios, administración, sostenimiento, operación y tarifas de las diferentes líneas férreas; la consolidación de los talleres de mantenimiento y reparación; y la economía que puede obtenerse con el intercambio y utilización del material rodante de una y otra empresa.

CUARTO.—Teniendo, pues, como fundamento de la operación su utilidad pública, la Nación y el Departamento convienen en hacer, como el mejor medio para hallar el justo precio del Ferrocarril, una estimación del valor previa al avalúo legal. Para este fin, el Ministro de Obras Públicas y el Gobernador de Antioquia designarán sendas comisiones de expertos que harán un estudio de la Empresa y la estimación de su valor, los cuales servirán de base a las partes para convenir el precio del contrato de venta.

Barrancabermeja, junio doce (12) de mil novecientos cincuenta y nueve (1959). (Fdo.). **Virgilio Barco Vargas,** Ministro de Obras Públicas. (Fdo.) **Alberto Jaramillo S.,** Gobernador de Antioquia".

En desarrollo del anterior convenio, el señor Ministro de Obras Públicas designó al ingeniero Guillermo Camacho Gamba y al señor Leopoldo Lascarro, y el señor Gobernador de Antioquia a los ingenieros Antonio Alvarez Restrepo y Juan J. Montoya M., para que por separado hicieran sendos avalúos que sirvieran de base para la fijación del precio en las negociaciones que directamente llevarían a cabo las partes contratantes. Los bienes del Ferrocarril de Antioquia que debían ser materia del avalúo fueron singularizados por las nombradas comisiones en sus respectivos informes. En éstos aparecen especificados los siguientes bienes:

La vía férrea que se extiende desde Puerto Berrío hasta la Estación "Alejandro López" (La Pintada) y que comprende la "banca, obras de arte, túneles, puentes, carrilera, aguas, servidumbres, balasteras e instalaciones de agua y combustibles. Terrenos que comprenden fajas para la vía. terrenos para estaciones y campamentos, terrenos de los talleres de Bello y los terrenos adquiridos por el Ferrocarril para la futura Estación Central. Edificios, los destinados a la explotación de las líneas tales como estaciones y oficinas, campamentos para obreros y tripulaciones, talleres y sus dependencias accesorias, exceptuándose los edificios de la actual Estación de Medellín. Material rodante: locomotoras, carros de pasajeros y de carga, autoferros de servicio. Maquinaria y equipo: que comprende maquinaria de taller, equipo de trabajo, automotores, herramientas de vía y de taller y equipo de oficinas".

Del aludido preavalúo quedaron excluídos los siguientes bienes:

La Estación Central de Medellín con sus dependencias y terrenos aledaños; las minas de carbón; los terrenos y propiedades fuera de la línea no relacionados con la explotación ferroviaria; las líneas telefónicas intermunicipales; el Hotel Magdalena de Puerto Berrío; las plantas eléctricas que prestan servicio fuera del Ferrocarril; y el Oleoducto.

Las dos comisiones avaluadoras siguieron orientaciones distintas para fijar el precio de los bienes objeto del contrato de compraventa prometido, y, consecuencialmente, los valores determinados por una de ellas no coincidieron con los señalados por la otra. Los dictámenes rendidos por los señores peritos nombrados separadamente por las partes sirvieron de base para la fijación del precio definitivo después de una serie de deliberaciones llevadas a cabo entre el Gobierno Nacional, en representación del Estado Colombiano, y la Gobernación de Antioquia, en representación de este Departamento.

Determinados claramente los bienes que debían ser objeto del contrato de compraventa futuro, singularizados los que debían quedar excluídos de la negociación, delimitando la zona de terreno destinada a la construcción de la Estación Central del Ferrocarril, convenido definitivamente el precio de la venta y señalada la suma necesaria para atender al pago de las cesantías a los trabajadores de la Empresa, se celebró entre las partes el contrato de promesa de compraventa consignado en el documento privado extendido en esta ciudad, firmado por el señor Presidente de la República, los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, Obras Públicas, el gerente de los Ferrocarriles Nacionales y el señor Gobernador de Antioquia, convención aprobada por el señor Presidente previo concepto favorable del Consejo de Ministros.

El señor Gerente General de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia intervino en la celebración del contrato de promesa de compraventa y firmó el documento privado en que aparece consignada ésta porque la Junta Militar de Gobierno, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 121 de la Constitución Nacional, expidió el Decreto Legislativo número 0218 de 27 de junio de 1958 "por el cual autoriza el traspaso del Ferrocarril de Antioquia a la Empresa de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia".

En el anexo número primero aparece al folio 22 copia auténtica del acta de posesión del señor ingeniero Luciano Elejalde J., como Gerente General de los mismos Ferrocarriles. En esta calidad ha aceptado el aporte que el Gobierno Nacional le promete hacer a la Empresa

por él representada, aporte que ha de llevarse a cabo por el valor de compra al Departamento de Antioquia.

La aludida promesa de contrato celebrada entre la Nación y el Departamento de Antioquia con el fin de subsanar las irregularidades observadas por el Consejo de Estado ha sido remitida nuevamente a esta corporación para que declare si se ajusta o no a las autorizaciones legales.

La convención celebrada en la cual figura la Nación, como promitente compradora, y el Departamento de Antioquia, como promitente vendedor, versa sobre la futura compraventa que ha de tener como objeto la "EMPRESA DEL FERROCARRIL DE ANTIOQUIA" que comprende los inmuebles, instalaciones, servidumbres, balasteras, vía férrea, puentes, túneles, viaductos, material rodante, locomotoras, autoferros, talleres, almacenes, equipos de oficina, de hospital, drogas, etc., bienes que aparecen debidamente individualizados en el documento en que aparece consignada la promesa de compraventa.

En la cláusula 2ª del contrato que es materia de revisión se determina la ubicación de los bienes raíces y se forman dos grupos a saber: Los de la "Primera División", o sea el trayecto comprendido entre la Estación Central, en Medellín, y la terminal en Puerto Berrío, bienes que están situados en los municipios de Medellín, Bello, Copacabana, Girardota, Barbosa, Don Matías, Santo Domingo, Cisneros, Yolombó, San Roque, Maceo y Puerto Berrío; y los de la "Segunda División", o sea "Medellín-La Pintada", ubicados en los municipios de Medellín, Envigado, Itagüí, La Estrella, Caldas, Amagá, Angelópolis, Fredonia, Venecia, Titiribí y Santa Bárbara. La línea férrea de la Primera División tiene una longitud aproximada de ciento noventa y cuatro (194) kilómetros, "sin incluir apartaderos ni vías férreas paralelas a la principal; el ancho mínimo es de 10,00 metros aproximadamente para la vía, y muy variable en cuanto se refiere a los solares de las estaciones, paraderos, campamentos, cortes y terraplenes". La longitud de la "Segunda División" es de ciento cuarenta y cuatro (144) kilómetros aproximadamente y su latitud para la vía férrea es de un ancho mínimo de 10 metros y también muy variable para los solares de las estaciones y paraderos, cortes y terraplenes". El total del área de los terrenos de la vía férrea que va desde Puerto Berrío hasta La Pintada, de las estaciones y campamentos es de nueve millones cuatrocientos veintiocho mil seiscientos setenta y cuatro (9.428.674) metros cuadrados aproximadamente. El terreno de los Talleres de Bello tiene una cabida aproximada de ciento veintinueve mil novecientos treinta (129.930) metros cuadrados; y el lote destinado a la nueva Estación Central con un área de ciento seis mil seiscientos cincuenta y cuatro (106.654) metros cuadrados.

En la cláusula se excluyeron los siguientes bienes:

a) El Oleoducto construído por el Departamento de Antioquia por medio del Ferrocarril de Antioquia; b) las minas de carbón adquiridas por el mismo Departamento; c) las redes telefónicas intermunicipales y de tráfico; d) los terrenos de la actual Estación Central ferroviaria en Medellín, con las edificaciones existentes en ellos, sus mejoras y anexidades, con excepción de las líneas férreas, tanques y demás elementos relacionados en el respectivo inventario; e) el Hotel Magdalena en Puerto Berrío, el terreno donde se encuentra edificado y otros solares debidamente singularizados; f) los terrenos de propiedad del Departamento adquiridos por medio del Ferrocarril de Antioquia y no vinculados directamente a la explotación ferroviaria o sostenimiento de la vía férrea; g) los bienes muebles e inmuebles que no se incluyeron en el inventario que sirvió de base para llevar a cabo los avalúos.

En la cláusula 4ª se hace la delimitación de la zona de terreno destinada a la nueva Estación Central en Medellín y de todos los bienes inmuebles situados en la Primera y en la Segunda División con indicación precisa de la cabida de cada uno de ellos y la relación de los títulos de adquisición registrados en las respectivas oficinas de los circuitos donde se encuentran situados tales inmuebles.

En la cláusula 5ª se indica el modo de adquisición de todos los bienes que el Departamento de Antioquia le debe vender a la Nación y cuya tradición se ha de hacer en la forma señalada por la ley.

En la 6ª se asevera categóricamente por el Departamento de Antioquia que todos los bienes inmuebles que han de ser materia de la venta están libres de hipotecas, arrendamientos por escritura pública, embargos, censos y demás limitaciones al dominio distintas a las que por medio de la respectiva escritura en que se ha de consignar la compraventa futura se establecerán. Allí mismo se obliga la misma entidad al saneamiento por evicción y vicios redhibitorios de acuerdo con la ley.

En la cláusula 7ª el Departamento de Antioquia se obliga a responder por todas las obligaciones pendientes en el momento de la entrega material del Ferrocarril a la Nación y originadas de reclamaciones o controversias dirigidas contra el Ferrocarril o el Departamento y de las que se susciten con posterioridad a esa fecha en los eventos en que ellas tengan una causa anterior a dicha entrega.

En la cláusula 8ª se fija la fecha de la entrega material que ha de hacerle el Departamento de Antioquia a la Nación, acto que ha de lle-

varse a cabo el décimo día siguiente al en que se declare por el Consejo de Estado que la convención que es materia de revisión se encuentra ajustada a las autorizaciones legales y el que se consignará en acta que suscribirán el señor Gobernador del Departamento de Antioquia y el representante de la Nación.

En la cláusula 9ª se estipula que en la misma fecha de la entrega material del Ferrocarril, la Nación recibirá provisionalmente del Departamento los almacenes y farmacias por el valor del kardex respectivo quedando éste sujeto a reajustes posteriores.

En la cláusula 10ª se pactó que las zonas del Ferrocarril que han de ser objeto del contrato de compraventa prometido quedarán gravadas con las servidumbres necesarias para la explotación normal, mejora y ampliación de los servicios telefónicos intermunicipales del Departamento; y en la misma estipulación se determinan las obligaciones de la Nación en lo tocante a esta servidumbre.

En la cláusula 11ª se convino que las mismas zonas quedarán gravadas con las servidumbres de paso y cruce del oleoducto perteneciente al Departamento y el cual queda excluído de la compraventa prometida.

En la cláusula 12ª el Departamento de Antioquia "se obliga a hacer las diligencias amigables necesarias a fin de que los arrendatarios de algunos terrenos comprendidos en la enajenación acepten el traspaso de los correspondientes contratos a la Nación. Si esas diligencias resultaren ineficaces, el Departamento se obliga a adelantar por su cuenta, ante las autoridades respectivas, las gestiones para la entrega material de esos terrenos".

En la cláusual 13ª se convino que el Departamento de Antioquia incluiría en la compraventa prometida, por estimarse indispensable para los servicios de expoltación del Ferrocarril, la planta e instalaciones de teléfonos internos que funcionan en el edificio de la Estación Central de Medellín y la que está integrada por los elementos allí especificados.

En la cláusula 14ª se fijó como precio básico de la Empresa del Ferrocarril de Antioquia la suma de CIENTO NOVENTA MILLONES QUINIENTOS DOCE MIL DIEZ Y SIETE PESOS ($ 190'512.017,00) m. legal, sin incluir la suma de SEIS MILLONES DE PESOS ($ 6'000.000.00) m. corriente que el Gobierno ha de entregarle al Departamento de Antioquia para contribuir al pago de las prestaciones sociales que quedaron a cargo del Departamento en la forma que se expresa en el docu-

mento en que aparece consignada la promesa de contrato de compraventa. La aludida suma fue fijada definitivamente como precio mediante el avalúo hecho por los doctores ANGEL IGNACIO ORTIZ R. y ANTONIO ALVAREZ RESTREPO designados peritos por el Ministerio de Obras Públicas y la Gobernación del Departamento de Antioquia, respectivamente.

En la cláusula 15ª se determinó la forma de pagó en los siguientes términos:

"A partir de la fecha de la entrega material la Nación se obliga: 1º—A atender el pago de la deuda externa unificada de acuerdo con el contrato de Agencia Fiscal celebrada entre algunos Departamentos y Municipios de la República de Colombia, el Banco de la República y el SCHROEDER TRUST COMPANY el 1º de junio de 1948, deuda que el 18 de febrero de 1962 asciende por capital e intereses a la suma de NUEVE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL SETECIENTOS DOLARES (US 9'683.700) con instalamentos semestrales de acuerdo con el contrato. La deducción de esta deuda sobre el activo se hará computándola al 65% de su valor nominal y tasa de conversión al peso colombiano del 6,10. 2º—A pagar la deuda a cargo de la SOCIETE GREGG D'EUROPE, según notas de pedido números 4720 y 4740 de 11 de junio de 1954, cuyo saldo asciende el 15 de febrero de 1962 a la suma de VEINTISEIS MIL DOSCIENTOS VEINTISEIS DOLARES CON OCHENTA Y OCHO CENTAVOS DE DOLAR (US 26.226,88). La deducción de esta deuda sobre el activo se hará por su valor nominal y al tipo de cambio del 6,10. 3º—A pagar a los Ferrocarriles Nacionales la cantidad aproximada de dos millones quinientos mil pesos ($ 2'500.000,00) por razón de los contratos de intercambio de tráfico según contratos de 26 de marzo de 1958 y 8 de noviembre de 1960. 4º—A pagar la deuda interna del Departamento de Antioquia representada en bonos según contratos con las siguientes entidades: con el Banco Comercial Antioqueño por escritura pública número 798 del 13 de marzo de 1943, de la Notaría Segunda de Medellín y con el Banco Popular de Medellín por documento de 20 de enero de 1953. El saldo de esta deuda asciende en el mes de febrero de 1962 a la suma de CINCO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS ($ 5'752.750,00) m. legal. Las deducciones de esta deuda sobre el activo se harán computándolas al 90% de su valor nominal".

En la Cláusula 16ª se conviene en que las obligaciones relacionadas en el aparte anterior las asume la Nación por su valor nominal con la advertencia de que la respectiva deducción sobre el activo se efectuará solamente por la suma aproximada de CINCUENTA MILLONES CIEN-

TO CINCUENTA Y CINCO MIL SEIS PESOS ($ 50'155.006.00) m. legal, cantidad que queda sometida a los ajustes que pueda sufrir al verificarse los abonos de cargo correspondientes en la fecha de la liquidación definitiva.

En la cláusula 17ª se estipula que el saldo del precio de los bienes, materia de la compraventa prometida, estimado en la suma de CIENTO CUARENTA MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL ONCE PESOS ($ 140'357.011,00) moneda legal, será pagado por la Nación por el sistema de amortización gradual y dentro de un plazo máximo de diez (10) años, contados a partir de la fecha de la entrega material de la Empresa que es objeto de la venta. Se determina así la forma de pago:

"a)—El saldo del precio de los bienes materia de la venta que se estima para los efectos de este contrato en la suma de CIENTO CUARENTA MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL ONCE PESOS ($ 140'357.011,00) se obliga a pagarlos la Nación en amortización gradual de diez y siete (17) cuotas sucesivas representada cada una en un pagaré, el primero de los cuales tendrá como fecha de vencimiento el primero (1º) de julio de mil novecientos sesenta y tres (1963), el segundo el treinta (30) de enero de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), y de ahí en adelante cada seis (6) meses. b)—La Nación deberá pagar al Departamento intereses a la tasa del ocho por ciento (8%) anual. c)— La suma de los intereses que correspondan al total del saldo del precio desde la fecha de la entrega material hasta el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1962), será dividida para su pago en diez y siete (17) cuotas, acumulables por deicisieteavas partes al valor de cada uno de los diez y siete (17) pagarés consecutivos, junto con los intereses por el respectivo saldo insoluto".

En el Parágrafo de la cláusula anterior se conviene en que el Departamento de Antioquia se obliga a atender al servicio de la deuda interna y externa que tenga vencimiento durante el período comprendido entre la fecha de la entrega material del Ferrocarril y el treinta y uno (31) de diciembre del año en curso, y la Nación se obliga a reembolsar e las sumas pagadas el treinta (30) de marzo de mil novecientos sesenta y tres (1963), previa presentación de las respectivas cuentas, y a reconocer intereses sobre tales sumas a la tasa del ocho por ciento (8%) anual a partir del primero de enero de mil novecientos sesenta y tres (1963)..

En la cláusula 18ª se establece la forma de pago en el supuesto de que, al hacerse los reajustes previstos en el contrato, resulte saldo en

favor del Departamento; y, en el caso contrario se hará el respectivo descuento del instalamento pendiente .

En la cláusula 2ª se estipula que el Departamento de Antioquia se obliga a pagar a los trabajadores del Ferrocarril el valor total de las cesantías que les corresponda a todos y cada uno de ellos hasta la fecha de la entrega material de la Empresa a la Nación; a cubrir en lo sucesivo el valor de las pensiones de jubilación causadas, o que se causen en lo futuro en las cuotas proporcionales al tiempo servido al Ferrocarril con la advertencia de que las cuotas del Departamento se liquidarán para jubilaciones que se causen en lo futuro sobre los sueldos o salarios vigentes en la fecha de la entrega material quedando la Nación obligada a asumir el mayor valor de esas cuotas; y a pagar todas las indemnizaciones, pensiones y demás prestaciones inclusive los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios, drogas, etc. hasta el día de la entrega material de la Empresa objeto de la compraventa prometida. La Nación por su parte se obliga a contribuir al pago de las prestaciones a cargo del Departamento con la suma de SEIS MILLONES ($ 6'000.000,00) de pesos que entregará dentro del plazo de noventa días contados a partir de la fecha de la entrega material del Ferrocarril.

En la cláusula 23ª la Nación y el Departamento de Antioquia se obligan a hacer todas las gestiones conducentes con el fin de que el Departamento quede definitivamente liberado por las deudas de que va a hacerse cargo la Nación mediante el consentimiento expreso de las entidades acreedoras para que así pueda operarse la sustitución de la entidad deudora. Si las gestiones que deben realizarse no lograren el fin indicado, la Nación se obliga a respaldar las operaciones de crédito que el Departamento necesite llevar a cabo hasta por el monto de esas deudas, si ello fuere necesario.

En la cláusula 24ª, modificada por acuerdo aprobado el 30 de agosto último con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 7º de la Ordenanza Nº 15 de 1961, expresaron las partes contratantes:

"La Nación se obliga por sí o por sus causahabientes a garantizar la estabilidad de los actuales trabajadores del Ferrocarril los cuales no serán despedidos por razones distintas de mala conducta, ineficacia o falta absoluta de la necesidad de sus servicios".

En la cláusula 25ª se conviene en que la Empresa del Ferrocarril de Antioquia continuará con el nombre de Ferrocarriles Nacionales, División Antioquia; y en que todas las Estaciones continuarán con su actual denominación.

En la cláusula 27ª se estipuló que el Departamento de Antioquia dejaría en arrendamiento, a partir de la fecha de la entrega material, el inmueble donde actualmente funciona la Estación Central del Ferrocarril en la ciudad de Medellín, inmueble que allí se deslinda en forma completa. Como canon mensual se ha fijado la suma de cincuenta y siete mil pesos ($ 57.000,00) moneda legal y como plazo se ha convenido el de treinta meses que puede ser renunciado por la Nación en el caso de que antes de vencerse se encuentre terminada la construcción de la nueva Estación Central del Ferrocarril en la zona de terreno destinada a tal fin.

En la cláusula 30ª la Nación se obliga a solicitar que se incluyan en los presupuestos nacionales a partir del presente año hasta el de 1978 las partidas necesarias para atender al pago de las deudas internas y externas del Departamento y de todas las demás obligaciones quedando subordinados todos los pagos a las correspondientes apropiaciones presupuestales. En la misma cláusula el Departamento renuncia a la condición resolutoria en el evento de mora en el pago.

En la cláusula 32ª el Departamento de Antioquia se obliga a entregarle a la Nación el archivo correspondiente a la Empresa del Ferrocarril de Antioquia incluyendo en éste todos los títulos correspondientes a los inmuebles que han de ser objeto de la compraventa prometida, planos, libros de contabilidad y todos los demás documentos que le interesen a la Nación para la futura administración de la mencionada Empresa. Allí mismo se pacta que el Departamento queda con derecho a consultar el citado archivo y a utilizarlo en lo tocante a los documentos relacionados directamente con el Oleoducto, los Teléfonos Departamentales y explotación de las minas de carbón, bienes que ha administrado el Ferrocarril.

En la cláusula 32ª (bis) la Nación, en obedecimiento a lo preceptuado por el Decreto Legislativo Nº 218 de 27 de junio de 1958, expedido por la Junta Militar de Gobierno con base en el artículo 121 de la Constitución Nacional, promete transferir a los Ferrocarriles Nacionales la Empresa del Ferrocarril de Antioquia con todos los bienes, dependencias y anexidades que se adquieran por medio del contrato de compraventa prometido sin que la Empresa cesionaria asuma responsabilidad alguna en las obligaciones contraídas por la Nación para con el Departamento de Antioquia en lo relativo al pago del precio estipulado.

En la cláusula 33ª se convino entre la Nación, el Departamento de Antioquia y los Ferrocarriles Nacionales, que la enajenación prometi-

da y el registro de todas las propiedades inmuebles se harían directamente en favor de esta última entidad. La entrega de todos los bienes se debe hacer también directamente a los FERROCARRILES NACIONALES.

En la cláusula 34ª se determina que el precio del aporte que la Nación hace, como capital, a la EMPRESA DE LOS FERROCARRILES es el mismo que se ha fijado en la compraventa prometida. Las estipulaciones relativas al traspaso que la Nación ha de hacerle a los Ferrocarriles Nacionales en cumplimiento de lo ordenado por el Decreto Legislativo ya mencionado fueron aceptadas por el señor Gerente de tal Empresa.

En la cláusula 35ª se hace la enumeración de todos los documentos que se han de protocolizar en el momento del otorgamiento de la correspondiente escritura de compraventa prometida.

Finalmente, en la cláusula 36ª se convino en que los gastos notariales se pagarían por la Nación y el Departamento de Antioquia por iguales partes.

El Gobierno Nacional, al celebrar el contrato sintetizado en los apartes anteriores, hizo uso de las autorizaciones otorgadas por el Decreto Legislativo Nº 0201 de 19 de junio de 1958, "por el cual se autoriza la adquisición del Ferrocarril de Antioquia", expedido por la Junta Militar de Gobierno en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 121 de la Constitución Nacional; y de las concedidas por la Ley 159 de 1961, "por la cual se reforma el Decreto Legislativo Nº 0201 de 1958, mediante el cual se autoriza la adquisición del Ferrocarril de Antioquia por parte de la Nación".

En el artículo 1º de esta Ley se dispuso:

"Será de cargo de la Nación el servicio y pago del saldo insoluto de la deuda externa unificada del Departamento de Antioquia, con intereses al tres por ciento (3%) y plazo máximo de amortización hasta 1978, y el pago de la deuda interna del mismo Departamento en bonos del seis (6), siete (7) y ocho por ciento (8%), e igualmente las deudas a favor de la Societé Gregg D'Europe y el saldo a favor de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia por concepto de transportes en conexión. La diferencia entre el precio de la Empresa del Ferrocarril y el valor de las obligaciones mencionadas, las pagará la Nación al Departamento por el sistema de amortización gradual, con intereses a la tasa del ocho por ciento (8%) anual, en diez y siete (17) contados semestrales consecutivos, representados en sendos pagarés semestrales su-

cesivos de deuda pública interna de la Nación, cuyos vencimientos se iniciarán el primero (1º) de julio de 1963 y terminarán el primero de julio de 1971, o sea con un período muerto inicial de amortización de dos (2) años, contados desde el 30 de junio de 1961. Los intereses devengados por la totalidad del saldo del precio de la venta en los primeros diez y ocho (18) meses de plazo, sólo comenzarán a ser exigibles al vencimiento de dicho período y su pago, dividido en diez y siete (17) partes, se acumulará por diecisieteavas partes al valor de cada uno de los diez y siete (17) pagarés semestrales sucesivos previstos, junto con los intereses correspondientes al saldo insoluto de aquéllos".

En el artículo 2º ibidem se ordena que "el Gobierno Nacional se hará cargo del pago de las prestaciones sociales al personal que al momento del traspaso esté al servicio del Ferrocarril de Antioquia hasta por un valor de $ 6'000.000,00 suma que será entregada de contado al Gobierno Departamental de Antioquia para que con ella se cancele exclusivamente esas prestaciones, siendo de cargo del Departamento cualquier exceso sobre esta cantidad".

El señor Gobernador del Departamento de Antioquia, al celebrar la negociación a que se viene haciendo alusión, hizo uso de las facultades conferidas por la Asamblea Departamental mediante la expedición de la Ordenanza Nº 15 de 31 de agosto de 1961, "por la cual se autoriza la venta de la Empresa del Ferrocarril de Antioquia a la Nación y se dictan otras disposiciones".

El Decreto Legislativo Nº 0201 de 1958, la Ley 159 de 1961 y la Ordenanza Nº 15 del mismo año constituyen, en el caso hoy sometido a estudio, la manifestación de la voluntad del Organo Legislativo tanto Nacional como Departamental y la que unida a la de los representantes de las personas de derecho público que actúan en la promesa de compraventa configura el consentimiento necesario en este negocio jurídico. En esta forma intervienen en la celebración del contrato las dos Ramas del Poder a las cuales les corresponde de acuerdo con la Constitución Nacional la celebración de los contratos administrativos.

Consideradas detenidamente las disposiciones legales que se han relacionado, nítidamente se ve que el Gobierno Nacional y el Departamental se subordinaron rigurosamente a tales ordenamientos al celebrar la promesa de compraventa hoy sometida a la aprobación del Consejo de Estado.

Las irregularidades que inicialmente fueron observadas por la Sala en la providencia de 18 de julio de 1958 fueron subsanadas en la nueva negociación. En efecto, el precio del contrato de compraventa prome-

tido se fijó en forma rigurosamente ajustada a la ley; se definió claramente la responsabilidad de cada una de las partes en lo atinente al cumplimiento de las obligaciones surgidas de las relaciones de trabajo entre los servidores del Ferrocarril de Antioquia y esta entidad dándose así cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo; y se singularizaron en forma perfecta los bienes que debían ser objeto de la compraventa futura y los que debían excluirse de ésta.

En lo tocante a la exclusión de la venta de la Estación Central en la ciudad de Medellín, el problema quedó resuelto debidamente con la inclusión en la compraventa prometida de la zona de terreno destinado a la construcción de la nueva Estación Central. El traslado de la Estación actual se impone por múltiples motivos entre los cuales merecen citarse el de funcionar ella en un lugar inadecuado por estar en el centro del área urbana; y encontrarse edificada sobre terrenos muy valorizados, etc.

En cuanto al traspaso que la Nación ha de hacerle a los Ferrocarriles Nacionales y a la intervención de esta Empresa en la negociación que es materia de revisión por parte de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, conviene anotar que las estipulaciones consignadas a este respecto en el documento suscrito por las partes contratantes implican el cumplimiento del Decreto Legislativo Nº 0218 de 27 de junio de 1958, "por el cual se autoriza el traspaso del Ferrocarril de Antioquia a los Ferrocarriles de Colombia". Allí se dispuso que el Gobierno Nacional traspasaría, como aporte de capital y por el valor de compra al Departamento de Antioquia, el Ferrocarril de Antioquia desde Puerto Berrío hasta La Pintada.

La representación de las personas jurídicas que han intervenido en la celebración de la promesa de compraventa se encuentra plenamente acreditada en el expediente.

Se estipuló expresamente que todos los pagos que debe hacer la Nación al Departamento de Antioquia se subordinarían a las apropiaciones presupuestales.

Como aún no ha sido expedido el Presupuesto Nacional para el año de 1963, la Dirección Nacional del Presupuesto, por medio del oficio número 1741 de 10 de los corrientes, ha informado que "en el Proyecto de Presupuesto para el año de 1963 presentado al Congreso Nacional, se encuentran incluídas las partidas necesarias para atender a las obligaciones contraídas o que va a contraer la Nación en virtud del contrato de compraventa del Ferrocarril

Estima la Sala que con esta información queda cumplida debidamente una de las condiciones indispensables para poderle impartir a los contratos celebrados por el Gobierno Nacional la aprobación prevista por la Ley.

El contrato fue aprobado por el señor Presidente de la República previo concepto favorable del Consejo de Ministros y lleva las firmas del Señor Presidente de la República, de los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, del de Obras Públicas, del señor Gobernador del Departamento de Antioquia y del señor Gerente de los Ferrocarriles Nacionales.

La promesa de celebrar el contrato de compraventa del Ferrocarril que es materia de revisión llena a cabalidad los requisitos señalados por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, ya que ella consta por escrito; el contrato a que la promesa se refiere no es de aquellos que las leyes declaran ineficaces; la promesa contiene el plazo dentro del cual ha de celebrarse el contrato prometido; la determinación del contrato es perfecta, ya que sólo falta el otorgamiento de la escritura pública; y los términos del contrato prometido sólo se aplicarán a los bienes materia de la convención.

En cuanto a la renuncia relativa a la condición resolutoria por mora en el pago hecha por el Departamento de Antioquia, estima la Sala que tal renuncia resulta inoperante porque habiéndose declarado de utilidad pública la adquisición, por parte de la Nación, de la Empresa del Ferrocarril de Antioquia, una vez hecha la adquisición, el bien que es objeto del contrato queda incorporado al servicio público y su desafectación no puede producirse por medio de la acción resolutoria porque una norma de carácter puramente civil no puede aplicarse a un acto administrativo.

Finalmente, el Consejo de Estado estima conveniente la negociación del Ferrocarril de Antioquia porque así queda integrada la red ferroviaria nacional lográndose la unificación de itinerarios, tarifas, administración y sostenimiento, etc., unificación que procurará una mejora en la prestación de los servicios con una más económica explotación.

Estando, pues, acreditada la competencia de los funcionarios que celebraron el contrato; la capacidad legal de las partes contratantes; la subordinación a las prescripciones de orden fiscal y a los ordenamientos legales por medio de los cuales se confirieron las correspondientes autorizaciones para llevar a cabo la compraventa de la Empresa del Ferrocarril de Antioquia, la Sala ha de impartirle su aprobación a la convención que ha sido sometida a su revisión.

En mérito de lo expuesto, y sin necesidad de otras consideraciones, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, DECLARA ajustado a los ordenamientos legales el contrato a que se ha hecho alusión.

Cópiese, devuélvase.

Francisco Eladio Gómez G. — Carlos Gustavo Arrieta. — Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Alejandro Domínguez Molina. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez. — El Secretario, **Alvaro León Cajiao B.**

* * *

FUNCION CONSULTIVA. — REVISION DE CONTRATOS

Si no se demuestra fehacientemente el dominio titulado de los particulares en frente del título legal presuntivo de la Nación, no puede considerarse al Gobierno autorizado para negociarlo y adquirirlo sin que medie una sentencia en juicio controvertido que les reconozca a los particulares ese derecho de dominio, considerándolo prevaleciente sobre el título legal presuntivo del mismo Estado. Igualmente, la oposición entre la presunción de dominio reservado de la Nación y la posesión con explotación económica que puedan alegar personas particulares en terrenos sobre los cuales protege al Estado esa presunción, para fundar en ella dominio contra aquél, es cuestión que corresponde decidir a la Rama Jurisdiccional en cada caso concreto, sin que los negociadores a nombre de la Nación puedan anticiparse a resolverlo por sí mismos. De todas maneras, cualesquiera cuestiones controvertibles entre la Nación y los particulares que le disputan el derecho de dominio deben ser resueltas por la Rama Jurisdiccional y escapan a la competencia de la Rama Administrativa. El Consejo de Estado, para los efectos de revisar los contratos de la Administración que deben serle sometidos, obra también en función administrativa y no es competente para resolver como juez a quién debe reconocerse el derecho controvertible.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, ocho de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. RICARDO BONILLA GUTIERREZ)

CONTRATO

El documento privado de fecha 18 de septiembre de 1961 relaciona un contrato de promesa de venta celebrado entre el doctor Carlos

Ardila Amaya, quien obra en su calidad de Jefe del Departamento Administrativo de Servicios Generales, autorizado por el Presidente de la República y en representación de la Nación, y el doctor Jaime Obando Velasco, como apoderado de los señores Federico y Guillermo Payán A., María Payán de Frigerio, Emma Payán, César y Genaro Payán Castro. El doctor Obando Velasco en su calidad anotada se compromete a vender a la Nación por escritura pública otorgada en una Notaría de Bogotá dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que esta promesa haya quedado debidamente legalizada en cuanto a su tramitación administrativa se refiere, y con destino a la construcción de la "ISLA PRISION DE GORGONA", las islas de "GORGONA" y "GORGONILLA" en el Océano Pacífico, Departamento del Cauca, Municipio de Guapí, situadas sobre los 2° 58' 10", 42 de latitud Norte, y los 78° 11' 05", 68 de longitud Oeste de Greenwich, que tienen la siguiente superficie: Gorgona = 1.479 Has. 4.832 m2. Gorgonilla = 58 Has. 9.666 m2. Total 1.538 Has. 4.498 m2.

En la cláusula segunda se advierte que "el promitente vendedor acreditó ante el Departamento el derecho que le asiste a sus poderdantes para efectuar la venta de los terrenos especificados en el punto anterior, basado en el Decreto Ejecutivo del 4 de julio de 1846 proveniente del Gobierno Nacional, Resolución del 22 de marzo de 1853, diligencias de entrega de dominio y posesión que se encuentran protocolizadas en la Escritura Pública número 1.501 de junio 15 de 1920 de la Notaría Segunda de Bogotá, debidamente registrada y sendas declaraciones en las que se acredita la posesión y dominio de las mencionadas islas por parte de sus mandantes".

En la cláusula 3ª se dice que "el precio de la venta, materia de esta promesa" fue señalado por avalúo que de los terrenos de las islas hizo el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" el cual fijó un precio unitario de $ 4.723.70 para cada una de las 150 Has. de tierra plana "que tiene cultivos de cocoteros (15.000 palmas) y $ 540 para cada una de las 1.388,5 has. restantes, "constituídas por tierras montañosas, incultas, cubiertas de vegetación selvática, así: 150 Has. a $ 4.723.70 c/u $ 708.555.00, 1.385 Has. a $ 540 c/u $ 791.445. Total $ 1.500.000". Se advierte que no se incluye el valor de los cultivos ni de las edificaciones por no pertenecer a los dueños del terreno, pues los adquirió la Nación según Escritura Pública 1.591 del 21 de junio de 1960 de la Notaría 2ª de Bogotá.

Dice la cláusula 4ª que la facultad que tiene la Nación para el contrato de compraventa está consagrada en el D. L. 2222 de 1959, artículo 2º y en el D. 12 del mismo año.

Según la cláusula 6ª el promitente vendedor se obliga a otorgar la correspondiente escritura pública dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la promesa haya sido legalizada, y en virtud de la cláusula séptima, por el incumplimiento o el retardo en cumplir cualquiera de las obligaciones de la promesa pagará una multa de $ 50.000,00 sin perjuicio de que la Nación pueda exigir su cumplimiento.

Por "OTROSI" de 10 de octubre de 1961 se adicionó la cláusula quinta, donde se establece que el pago está condicionado a la vigencia de la respectiva apropiación presupuestal, diciendo que la Nación pagará a los prometientes vendedores $ 50.000.00 con cargo al Presupuesto del Departamento de Servicios Generales (Cap. 071, artículo 722) "quedando un saldo de $ 1.450.000 para pagar con las vigencias posteriores, de acuerdo con la cláusula materia de la presente reforma".

El objeto del contrato de promesa se hallaba definido así en las cláusulas primera y segunda de su redacción original: "Primera: El doctor Jaime Obando Velasco, como apoderado especial de los propietarios de las islas "Gorgona" y "Gorgonilla" se compromete a vender a la Nación por escritura pública y con destino a la "Isla Prisión de Gorgona" los terrenos que se hallan situados de acuerdo con las localizaciones insertas"... etc. Segunda: El promitente vendedor acreditó ante este Departamento el derecho que le asiste a sus poderdantes para efectuar la venta de los terrenos especificados en el punto anterior, basado..." (aquí la relación de los documentos presentados como título de dominio de los prometientes vendedores sobre las islas, con los que, dice, "se acredita la posesión y dominio de las mencionadas islas por parte de sus mandantes", y agrega la cláusula: "Que se compromete a transferir a la Nación el dominio y posesión sin reserva alguna, libre de demandas, embargos, hipotecas, servidumbres, arrendamientos, impuestos, gravámenes de cualquier naturaleza, condiciones resolutorias y limitaciones del dominio, como lo acredita entregando a la Nación los títulos correspondientes y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, hasta la fecha del registro de la escritura pública correspondiente a esta promesa. Igualmente se obliga al saneamiento conforme a la ley".

Pero después de recibir el proyecto de contrato un laborioso trámite en las oficinas gubernamentales encargadas de su estudio —y aparentemente por las razones que luego habrán de ser analizadas—, se le introdujo, con fecha 13 de diciembre de 1962, con las firmas del doctor Armando Zabaraín como Jefe del Departamento de Servicios Generales y del apoderado de los prometientes vendedores, la siguiente modificación sustancial al objeto del contrato:

"OTROSI: Se aclara y adiciona la cláusula segunda de esta promesa en el sentido de que lo que promete vender son **los derechos de posesión y cualesquiera otros que tengan o llegaren a tener** los prometientes vendedores en las islas de "Gorgona" y "Gorgonilla". (Subrayas de la Sala).

La promesa de contrato así adicionada y aclarada es la que, recibido el trámite administrativo que le corresponde, ha venido a esta Corporación para el efecto de revisarlo y declarar si se ajusta o no a los ordenamientos legales, según la facultad que le confiere el artículo 246 del C.C.A.

Dice la disposición que acaba de citarse:

"En el ejercicio de la facultad de revisión de los contratos, el Consejo de Estado examinará la autorización legal en virtud de la cual el contrato se celebra; la competencia de los funcionarios y la capacidad de las demás partes que en él intervienen; el régimen legal de las estipulaciones acordadas y las prescripciones de orden fiscal".

A la luz del anterior precepto, procede esta Sala al estudio del proyectado contrato de promesa de venta a la Nación de "los derechos de posesión y cualesquiera otros que tengan o llegaren a tener los prometientes vendedores en las islas de "Gorgona" y "Gorgonilla".

Para dicho estudio, la Sala hace las siguientes consideraciones:

I. — ANTECEDENTES

En la cláusula cuarta se dice: "La facultad que tiene el Gobierno para la celebración del presente contrato de compraventa se encuentra consagrada en lo ordenado en el Decreto Legislativo número 2222 de 1959, artículo 2º, y 012 del mismo año..."

En primer lugar debe rectificarse la cita que se hace de tales disposiciones. El Decreto 2222, expedido el 18 de agosto de 1959 por el señor Presidente de la República y sus Ministros de Justicia y Agricultura (D. O. 30.032) y que versa "sobre utilización de una reserva territorial del Estado" (las islas de "Gorgona" y "Gorgonilla") no es de carácter legislativo sino simplemente ejecutivo. En cambio, el Decreto Nº 12, expedido el 4 de junio de 1959 por el Presidente y todos sus Ministros, invocando las facultades del artículo 121 de la Constitución, y "por el cual se dictan normas tendientes a procurar la rápida y eficaz administración de justicia en lo penal, en los Departamentos

en donde subsiste el estado de sitio". (D.O. 29.971) sí es un Decreto Legislativo.

El Decreto Legislativo número 12 ordena en el segundo inciso del artículo 30: "El Gobierno acondicionará a la mayor brevedad y con todas las seguridades del caso una isla marítima para que a ella puedan ser enviadas a cumplir su condena las personas que fueren sentenciadas a la pena de presidio o de prisión".

En cumplimiento de la disposición anterior y en vista, seguramente, de que las islas de Gorgona y Gorgonilla fueron consideradas las más aptas para el objeto indicado, se expidió el Decreto Ejecutivo 2222, del 18 de agosto de 1959, "sobre utilización de una reserva territorial del Estado, en el que se lee: "Considerando: Que conforme al artículo 107 del Código Fiscal constituyen reserva territorial del Estado, y no son enajenables, entre otros terrenos, las islas nacionales de uno y otro mar de la República; y que el artículo 30 del Decreto extraordinario número 0012 de 1959 ordena el acondicionamiento de una isla marítima para el cumplimiento de las condenas impuestas a las personas sentenciadas a presidio o prisión, DECRETA:

"Artículo primero. Destínanse los terrenos que pertenecen al Estado como reserva territorial nacional en las Islas de Gorgona y Gorgonilla, situadas en el Océano Pacífico, para su utilización por el Ministerio de Justicia como sitio de reclusión carcelaria.

"Artículo segundo. La utilización de las islas de que trata este Decreto, deja a salvo los derechos de dominio que puedan tener personas particulares, en virtud de títulos que no hayan perdido su eficacia legal".

Entonces se tiene que la autorización legislativa para **acondicionar** una isla marítima a prisión, con todas las seguridades, comprende obviamente la de aquirir para ese servicio público del Estado cualesquiera bienes de propiedad particular, que se hallen vinculados a la isla o islas que el Gobierno destine a ese fin. Pero como los terrenos de éstas constituyen una propiedad territorial reservada para la Nación, según el artículo citado del Código Fiscal, el Gobierno dispuso acondicionar las islas de Gorgona y Gorgonilla para prisión, basado en la presunción legal de dominio que dicha disposición establece. Y como quiera que algunas personas particulares podrían alegar un derecho de dominio sobre cualquier extensión de los terrenos comprendidos por esas islas, hizo el Gobierno en el Decreto la salvedad respectiva.

El Gobierno procedió a cumplir todo lo relacionado con el acondicionamiento de las islas de Gorgona y Gorgonilla a prisión o colonia

penal. Y de la documentación que se acompañó al contrato aparece lo siguiente:

En los primeros días de diciembre de 1959 resultan compareciendo ante el Notario de Buenaventura varias personas de apellido D'Croz confiriendo poder a un abogado para que "ejerza su representación en todo lo que se relacione con los derechos que legalmente les corresponden en las islas de Gorgona y Gorgonilla, situadas en aguas territoriales del Océano Pacífico colombiano, en la jurisdicción del Municipio de Iscuandé, en el Departamento de Nariño (sic), derechos que se respaldan con una antiquísima titulación, sin vicio de ningún género, acompañada de una posesión efectiva que han ejercido los señores nombrados sobre los mencionados inmuebles". Algunos de los poderdantes manifiestan ser legítimos herederos del señor Federico D'Croz. Los poderes están dirigidos al señor Ministro de Justicia.

(Los documentos citados en el párrafo anterior, se hallan anexos a las copias de la escritura pública número 1.591 del 21 de junio de 1960, en la cual se solemnizó la compra que la Nación les hizo a las antedichas personas y al señor Federico Payán Archer de las mejoras que cada uno de ellos poseía en las islas de Gorgona y Gorgonilla).

Presidida por el Juez Promiscuo del Circuito de Guapí, se llevó a cabo el 20 de enero de 1960, una inspección ocular y diligencia de avalúo con intervención de los señores "Adolfo Ramírez Victoria, Celestino Panchano y Roberto Grueso, peritos del Gobierno Nacional, de las familias Payán y la familia D'Croz", del apoderado común de dichas familias y del representante del Gobierno. Según el acta de la diligencia, el respectivo personal se trasladó a las islas de Gorgona y Gorgonilla. "Se reconoció primeramente la identidad de la finca en general, materia del examen y se reconoció los lugares o sitios de los sembríos existentes y de los inmuebles y bienes raíces (casa de habitación). "Los peritos, previa prestación del juramento, dicen haber recorrido "las islas de Gorgona y Gorgonilla, situadas en la jurisdicción municipal de Guapí, Departamento del Cauca, y de común y entero acuerdo en lo que a mejoras se refiere" llegaron a las siguientes conclusiones: Dentro de las Islas existen cultivos de coco y algunos frutales de clima tropical, plantados en los sitios que a continuación se enumeran, en las cantidades que se señalan, pertenecientes a las personas cuyos nombres anotamos y cuyos precios damos por unidad y también en totales..."

Sigue la enumeración de las plantas de cada clase pertenecientes a cada uno de los ocupantes mencionados, el precio unitario de ellas y el respectivo total, con mención del nombre del sitio donde las hallaron.

Así se tomó el dato del precio de las mejoras pertenecientes a todas las personas que las tenían en las islas. A "la familia Payán-Federico Payán Archer", según dicen los peritos, se le reconoció, además, una casa de dos pisos, hecha de madera, sobre cimientos de concreto, etc., por la suma de $ 50.000.00, y al señor Luis D'Croz "un rancho sobre barbacoas", etc., "en mal estado", por $ 180.00.

Las plantas sembradas y las construcciones, según el pormenor que aparece en la diligencia, fueron adquiridas posteriormente por la Nación, según la escritura arriba citada, a la que concurrió el señor Federico Payán Archer por medio de apoderado, y recibió $ 50.000.00 por la casa y $ 15.055.00 por los cocos y algunos otros frutales, o sea en total $ 65.055.00, y a la que también comparecieron por medio de apoderado las varias personas de apellido D'Croz, las cuales recibieron en conjunto por las plantas sembradas y el rancho la suma de $ 78.844.50. Las copias de la inspección ocular y avalúo de las mejoras figuran anexas a la escritura número 1.591 del 21 de junio de 1960, otorgada ante el Notario 9º de Bogotá por el señor Ministro de Justicia, en representación de la Nación y los apoderados constituídos por los vendedores. Debe tomarse nota de que en la misma diligencia de inspección ocular y avalúo de las mejoras, celebrada en enero de 1960, el apoderado de las familias Payán y D'Croz "solicitó declaraciones de algunos testigos en apoyo a las pretensiones de las personas cuyas partes representa, (y) se procedió a recibirlas separadamente..." Los comparecientes fueron Francisco Lemos, Rafael Obregón, Gilberto Satizábal y Heriberto Peña. Todos ellos dijeron constarles que las familias Payán y D'Croz ejercían pacífica posesión con cultivos en las islas desde mucho tiempo atrás o desde tiempo inmemorial y que no tenían conocimiento de que hubiera dueños distintos de las personas de esas familias. Y el apoderado de ambas familias hizo constar en el acta: "Comparezco a esta diligencia de inspección ocular y avalúo pericial pedida por el Gobierno Nacional en las islas de Gorgona y Gorgonilla para manifestar en nombre de mis representados, según los poderes que me acreditan, que no es nuestro ánimo presentar obstáculo alguno al Gobierno en su deseo de convertir las islas de Gorgona y Gorgonilla en un sitio de reclusión carcelaria para antisociales, pero que a pesar de ello y por un imperativo moral, legal y jurídico debo expresar con toda nitidez la posición de quienes me han confiado su vocería y representación legal. Esto lo sintetizo así: 1º—Resulta extraña la Resolución Nº 926 del 31 de diciembre de 1959, mediante la cual se faculta al Director de las Obras de Adaptación de la Isla Prisión Gorgona para pedir una inspección ocular con el propósito de valorar las mejoras existentes en las islas de Gorgona y Gorgonilla, advirtiendo que "la adquisición y pago de las mejoras no implica reconocimiento de dominio de terceros sobre las tierras en que ellas se encuentran". Mi extrañeza obedece a que las mencionadas islas son de propiedad de particulares, sin que ninguna

persona que conozca con suficiencia los títulos tralaticios de dominio pueda alegar en sentido contrario. Bajo el número 2 dice el señor apoderado que sus representados "son los dueños de las islas según titulación que data de 1846, cuando fueron adjudicadas en la totalidad de sus cabidas al Sargento Mayor Federico D'Croz, héroe de la guerra de nuestra independencia... Adjudicación que se le hizo según acto del Gobierno... Porque además los descendientes de D. Federico D'Croz transfirieron legalmente sus propiedades a D. Ramón Payán, Dr. Genaro Payán y Federico Payán". Bajo el número 3 dice el apoderado de las familias Payán y D'Croz: "Además de poseer mis representados una intachable posesión inscrita, han ejercido siempre una notoria, tranquila e ininterrumpida posesión material por más de un siglo y cuya indiscutible verdad se podría probar con más de un millar de testimonios en el inaceptable supuesto de que bajo cualquier pretexto se quisieran desconocer sus derechos". Y agregó: "En el Ministerio de Justicia, en poder del Abogado General, reposan los títulos y documentos con que respaldo mi afirmación, y de cuyo estudio a fondo el Gobierno Nacional llegará a la certidumbre que el derecho de dominio sobre las islas Gorgona y Gorgonilla corresponde a mis representados con toda plenitud". Bajo el número 4 añade el apoderado que no acepta de ningún modo la calidad de mejoristas, poramberos, colonos y similares "pues las personas en nombre de quienes estoy hablando han determinado en estas islas el más clásico derecho de dominio. no así dos o más personas a quienes ora los señores Payán, luego los señores D'Croz o sus representantes legales, les permitieron transitoriamente el cultivo de algunas plantas de pan coger". Bajo el número 5 expresa que el derecho de propiedad que emana del Gobierno ha sido respetado, y cita como antecedente que el Gobierno obtuvo permiso de la familia Payán para acantonar tropas en las islas con motivo del conflicto colombo-peruano y para colocar en Gorgonilla un faro en servicio de la navegación en la Costa del Pacífico. Bajo el número 6 expresa el apoderado que cuando el Gobierno ocupó las islas, "el 26 de septiembre de 1959", "D. Federico Payán Archer, en representación de la familia Payán, se hizo presente, para manifestar, como siempre lo ha hecho, su calidad de propietario" y "en presencia de D. Santiago Vélez Mejía y el Teniente de Fragata Alfonso Salas... hizo oposición formal ante la primera autoridad del lugar de la jurisdicción a que pertenecen las islas de Gorgona y Gorgonilla". Bajo el número 7 dijo el apoderado que abrigaba la certidumbre de que el Gobierno del Presidente Lleras no pretendía "desconocer sus derechos, sus tradiciones y sus posesiones" pues invocaban el respeto a la propiedad privada consagrado en la Constitución y en el Código Civil. Y terminó declarando que "el valor de las mejoras solamente se podía aceptar **como parte del precio del derecho de dominio de mis representados,** pues es sabido el principio de que lo accesorio accede a lo principal" (Las subrayas son de la Sala). Dejó así el señor apoderado conjunto de las familias Payán y D'Croz

fijada la posición de sus representados y el compromiso de comprobar el alegado derecho de dominio de ellos sobre la extensión total de las islas de Gorgona y Gorgonilla para el único efecto de que el Gobierno Nacional les reconociera y pagara el precio de esa propiedad, puesto que las islas fueron ocupadas por él con destino al servicio público de colonia carcelaria y en virtud de que las islas marítimas, según el artículo 107 del Código Fiscal, "constituyen Reserva Territorial del Estado y no son enajenables".

Contra esta presunción de la ley cabe, ciertamente, la demostración del dominio privado "en virtud de títulos que no hayan perdido su eficacia legal", como lo declaró el Gobierno en su Decreto número 2222de 1959, transcrito arriba.

Debe aceptarse entonces que el Gobierno Nacional podía contratar la compra de las islas Gorgona y Gorgonilla con quienes le presentaran el título de tradición del dominio por el Estado a un particular, seguido de la correspondiente cadena de títulos, hasta los actuales dueños, todo ello de acuerdo con las formalidades legales, pues no se trata de un baldío adjudicable o enajenable por la Nación, sino de un terreno que se presume pertenecerle a ella como reserva fiscal inajenable.

Los señores Payán presentaron, por medio de quien ha sido su apoderado en el trámite de la promesa de compraventa, para demostrar que las islas de Gorgona y Gorgonilla salieron del dominio del Estado y hoy les pertenecen a ellos, como sucesores en el derecho del primitivo dueño particular, copias de los siguientes documentos protocolados por el doctor Genaro Payán en la Notaría Segunda de Bogotá el 15 de junio de 1920: Bajo la escritura pública número 1.501: "el original del expediente que contiene el juicio por el cual se adjudicó, posesionó y entregó materialmente al señor Federico D'Croz las islas de "Gorgona" y "Gorgonilla", cantón de Iscuandé, posesión y entrega que fue hecha por el juez parroquial del partido de "Las Playas"... con fecha veinticuatro de febrero de mil ochocientos cincuenta y tres, todo de conformidad y acuerdo con lo dispuesto en el artículo cuatro del Decreto Ejecutivo de cuatro de julio de mil ochocientos cuarenta y seis, y de la Resolución del mismo Poder Ejecutivo, de fecha veintidós de marzo de mil ochocientos cincuenta y dos". En síntesis, el expediente da cuenta de que al señor Federico D'Croz, y a petición del mismo, se le ordenó adjudicar las dos islas de Gorgona y Gorgonilla, cantón de Iscuandé, por el derecho a novecientas sesenta fanegadas de tierras baldías, que se le declaró a título de recompensa militar, declarándosele comprendido entre los militares agraciados por el Decreto Legislativo de 2 de julio de 1846. Se advierte que esta adjudicación no compren-

de diez fanegadas "de que se le mandó expedir título de propiedad a Tomasa Olaya"... ni los terrenos ocupados con casa y labranza por los granadinos establecidos en esas islas. En auto del Juzgado del Segundo Circuito de Barbacoas se ordenó al Juez Parroquial del Partido de las Playas dar posesión al señor Federico D'Croz, en virtud de las disposiciones que se citan, advirtiéndole que a quien se oponga se le prevendrá que formalice su oposición. Se hace constar la citación a varias personas y no aparece que se hubieran formulado oposiciones. Se le dio posesión al señor D'Croz "de los terrenos comprendidos en la Isla (de Gorgona) con excepción de las diez fanegadas pertenecientes a la señora Olaya". Lo mismo se hizo con la de Gorgonilla, sin salvedad alguna. Consta que transcurrió el término legal sin que se presentaran oposiciones y el Juez "por tanto" dispuso se llevara a cabo la toma de posesión, "pudiendo entrar en ella el agraciado como cosa propia adquirida con justo tíulo". Aparece que el señor D'Croz registró el auto interlocutorio que "con fuerza de sentencia definitiva" se dictó el 7 de marzo de 1853 "relativo a la posesión que de las islas Gorgona y Gorgonilla se le dio el 24 de febrero de dicho año".

Escritura número 1.502 de la misma Notaría de Bogotá. (Se protocola en ella una copia de la escritura número 13, otorgada ante el Notario Público del Circuito de Buenaventura con fecha seis de septiembre de mil ochocientos setenta y siete, que contiene el testamento otorgado por el señor Federico D'Croz ante dicho Notario. Dicha copia fue expedida a Fidel D'Croz. Se dice que consta de dos fojas útiles y está registrada en la Oficina de Registro de Buenaventura el 19 de mayo de 1909, bajo la partida Nº 40 del Libro Primero. En dicho testamento público declara el señor D'Croz que fue casado dos veces. Primero, con María Josefa Rodríguez, fallecida, con quien hubo dos hijos: Emilio y Leopoldo, ya muertos. Después con Juana Evangelista Herrera, ya fallecida, con quien tuvo dos hijos, de los cuales solo sobrevive Lisímaco, mayor de edad a la sazón. Menciona entre sus bienes "La Gorgona y Gorgonilla, ambas islas que me fueron cedidas por el Poder Ejecutivo Nacional con novecientas sesenta fanegadas de terreno", "Una casa pajiza, sita en la misma Gorgona". Ninguna otra declaración hace referente a bienes en las islas. En la cláusula cuarta dice: "Declaro así mismo que dejo como mis legítimos herederos a mi hijo legítimo Lisímaco, y a Fidel D'Croz, nieto, el cual es hijo natural de mi hijo Leopoldo. Mejoro a mi citado nieto Fidel en la quinta parte de mis bienes".

Escritura pública número 1.503 de la misma Notaría Segunda de Bogotá. Se protocoló por medio de ella el poder otorgado ante el Notario de Buenaventura el 18 de mayo de 1909, por el señor Fidel D'Croz, de tránsito allí y vecino de El Charco, al doctor Genaro Payán, vecino de Nueva York, en que le confiere su representación "para vender" y

para celebrar cualquier clase de transacciones "en la parte que me corresponde como de mi propiedad en las islas denominadas Gorgona y Gorgonilla". Aduce como título de propiedad el poderdante la disposición testamentaria de su abuelo D. Federico D'Croz. Obrando autorizado por ese poder, que anexó a la escritura 1.503, de fecha 15 de junio de 1920, el doctor Genaro Payán por medio de ella vende al señor Federico Payán, mayor y vecino de Tumaco, de tránsito en Bogotá, "**todos los derechos y acciones que le correspondan o puedan corresponderle a su representado, señor Fidel D'Croz, en la sucesión del señor Federico D'Croz,** (Se subraya) abuelo legítimo del vendedor, cuyos derechos y acciones radican únicamente en las islas de Gorgona y Gorgonilla, Partido de Iscuandé, jurisdicción de Buenaventura, Departamento del Valle, las cuales tienen una cabida de novecientas sesenta fanegadas y lindan por todos sus costados con el Océano Pacífico". La cláusula tercera advierte que los derechos y acciones vendidos son todos los que le puedan corresponder a Fidel D'Croz por herencia de su abuelo. En la cláusula cuarta dijo el exponente, doctor Genaro Payán, que "ni el exponente ni su representado han vendido por acto anterior a éste los derechos y acciones relacionados". En la cláusula quinta dice haber recibido el precio de $ 50.000.00 de manos del señor Federico Payán, y agrega: "a quien desde hoy autorizo, en nombre del señor Fidel D'Croz, para que **en representación de éste intervenga en el juicio de sucesión del causante, señor Federico D'Croz, y ejercite allí las acciones consiguientes, hasta obtener la adjudicación y entrega de las especies que correspondan a los derechos vendidos".** Se comprometió también el doctor Genaro Payán a obtener que Fidel D'Croz ratificara formalmente la escritura y el contrato que en ella se hizo constar. La copia traída es la primera, otorgada al comprador, y registrada en la respectiva Oficina de Buenaventura el 21 de agosto de 1920.

También aparece un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Buenaventura, expedido el 20 de noviembre de 1959, en que se dice que "El 19 de los corrientes (o sea la víspera de expedir el certificado) "se registró la primera copia de la escritura pública Nº 764, de fecha 18 de los corrientes (o sea la antevíspera del certificado) otorgada en la Notaría local, por medio de la cual el señor Federico Payán Archer, **protocoliza copia de la escritura pública** número 1.503, de fecha 15 de junio de 1920, corrida en la Notaría Segunda del Circuito de Bogotá, por medio de la cual el doctor Genaro Payán vendió al señor Federico Payán todos los derechos y acciones que le corresponden o puedan corresponderle a su representado, señor Fidel D'Croz, en la sucesión del señor Federico D'Croz en las islas de Gorgona y Gorgonilla, **jurisdicción de este municipio"** (sic)... etc. Y sobre la base anterior dice el señor Registrador de Buenaventura: "2º Que el mencionado registro se halla vigente por no haber sido cancelado por ninguno de los tres medios indicados en el artículo 789 del C. Civil".

Y concluye el señor Registrador sobre las antedichas bases: "3º Que, como consecuencia de lo anterior, el señor Federico Payán es poseedor inscrito de los derechos y acciones descritos en el punto primero de este certificado, por estar su inscripción vigente, y no haber sido cancelado por ninguno de los medios previstos en el artículo 789 del C.C. **con una tradición de más de treinta y nueve años, contados hacia atrás, a la fecha de hoy".** Y dice además el Registrador: "5º. Que fueron revisados los libros correspondientes, en un lapso de más de treinta y nueve años. contados hacia atrás, a la fecha de hoy".

Huelgan los comentarios a este certificado. Basta anotar que, según aparece de la propia división política territorial, si las islas de Gorgona y Gorgonilla están en jurisdicción de Guapí, departamento del Cauca, no pueden pertenecer al circuito de registro de Buenaventura actualmente ni acaso han pertenecido nunca a él.

Ya se ha visto que el señor Fidel D'Croz, nieto de D. Federico, autorizó al doctor Genaro Payán en 1909 para vender sus derechos herenciales en las islas de Gorgona y Gorgonilla y para obrar como si fuera él mismo en relación con dichos bienes, y que el doctor Payán vendió en 1920, dichos derechos en Bogotá, por medio de la escritura pública Nº 1.503, ya relacionada, al señor Federico Payán.

Véase ahora lo relativo a parte de los derechos herenciales del mismo D. Fidel y a los del otro heredero del Mayor D'Croz o sea su hijo Lisímaco.

La escritura pública Nº 2 del 12 de enero de 1894, otorgada ante el Notario Público de Guapí, y de la cual aparece en la documentación una copia expedida a Payán & Co. por el Notario el 21 de septiembre de 1932 (con la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos de ese lugar según la cual la escritura original fue registrada en esa oficina en el Libro Nº 1º, Partida Nº 25 y folios 19 y 20 de dicho Libro, **correspondiente al año de 1908)** da cuenta de que el mismo señor Fidel D'Croz vendió en 1894 al señor Ramón Payán 384 fanegadas de tierra pertenecientes al señor Lisímaco D'Croz en las islas de Gorgona y Gorgonilla y noventa y seis fanegadas pertenecientes al mismo D. Fidel. El poder que presentó y que se incorporó a la Escritura de compraventa, le fue otorgado ante Notario en Panamá en febrero de 1889 por el señor Lisímaco D'Croz.

La redacción del poder es ambigua. El Notario de Panamá dice que se presentó el señor Lisímaco D'Croz y manifestó que "confiere poder amplio y general al señor Fidel D'Croz... para que a su nombre

y representación haga cuanto haría el señor otorgante; que exhibe una minuta para que, previa inserción, le sirva de base a la escritura que quiere se extienda en el protocolo corriente". A continuación se inserta la minuta redactada por D. Lisímaco. Según ella confiere "poder amplio y general... al señor Fidel D'Croz para que lo represente" "ante los Juzgados y Tribunales, tanto nacionales como de los Departamentos promoviendo, siguiendo y terminando todos los pleitos, causas y negocios en que yo sea parte, directa o indirectamente; para que desista, cuando lo juzgue conveniente, de las acciones o gestiones que tenga pendientes, pudiendo terminarlas por medio de transacciones, guardando mis instrucciones; para que remate bienes en juicio por medio de los créditos que reclame en mi nombre; para sustituír este poder con las limitaciones que tenga a bien, y finalmente para que haga en juicio todo lo que yo haría, pues el poder que para ello se requiera se lo confiero por el presente". Aparentemente, la declaración ante el Notario de conferir poder al señor Fidel D'Croz para que "haga cuanto haría el señor otorgante" parece limitada por D. Lisímaco al contenido de la minuta. Y ésta nada habla de disposición de bienes. Inclusive las transacciones en los litigios deben ser hechas según instrucciones del poderdante. En realidad parece limitarse a un poder general para pleitos. Y nada dice el poderdante Lisímaco D'Croz sobre sus bienes ni, en particular, sobre sus derechos en las islas Gorgona y Gorgonilla.

Pero usando de ese poder, el señor Fidel D'Croz aparece vendiendo a D. Ramón Payán ante el Notario de Guapí, en enero de 1894, "la acción que dicho señor D'Croz (D. Lisímaco) tiene en las islas Gorgona y Gorgonilla de esta jurisdicción, y la cual acción consta de trescientas ochenta y cuatro fanegadas".

Por la misma escritura D. Fidel vende de lo suyo al señor Ramón Payán "noventa y seis fanegadas de tierra, por corresponderle al exponente de la mitad de la quinta parte con que lo mejoró su abuelo, el señor Federico D'Croz, según consta en el testamento que otorgó..." (cita el mismo de 1877). Después dice D. Fidel que las 384 fanegadas "de tierra inculta" que vende a Ramón Payán como apoderado de Lisímaco D'Croz, la hace en la suma de quinientos pesos de 835 milésimo y que las noventa y seis fanegadas que también vende como de su propiedad, la hace por la suma de ciento cincuenta pesos... La escritura copiada dice que "Se advirtió la obligación que tienen de hacer registrar este instrumento dentro de sesenta días". Pero el certificado del Registrador que trae la copia presentada aquí, extendido en dos de diciembre de 1932, dice que el original de la escritura aparece registrado en 1908.

Se observa que D. Fidel D'Croz habla de las cuotas-partes que a él y a su tío D. Lisímaco dice haberles correspondido por razón del testamento. Ninguna alusión hace a adjudicaciones en el juicio de sucesión del Mayor Federico D'Croz. Por las declaraciones que el doctor Genaro Payán hace como representante del mismo D. Fidel al vender a Federico Payán, en 1920 los derechos del mismo D. Fidel se sabe que no estaba terminado (si es que se había iniciado) el juicio de sucesión del mencionado D. Federico. Se trataba, pues, de venta de simples derechos herenciales y no de cuerpo cierto, tanto en la venta hecha por D. Fidel a D. Ramón Payán en 1894 a nombre de D. Lisímaco y en parte a nombre propio, como en la hecha por D. Genaro Payán en representación de Fidel D'Croz en 1920 al señor Federico Payán y en la cual se declara que versa sobre **todos los derechos** que aquél tiene en la sucesión de D. Federico D'Croz, **los cuales no han sido vendidos por acto anterior.**

Los anteriormente relacionados son los **títulos escriturarios** presentados por los prometientes vendedores para demostrar que son actualmente los titulares del derecho de dominio sobre toda la extensión territorial de las islas de Gorgona y Gorgonilla, por haber salido esa propiedad del dominio del Estado en 1853 mediante la adjudicación hecha al Mayor Federico D'Croz y haberse transmitido desde éste hasta los prometientes vendedores en cadena de legales transmisiones del derecho transferido por la Nación.

El señor Abogado de la Presidencia de la República, en informe cuya copia aparece en el expediente, con fecha 12 de mayo de 1962, relaciona los mismos títulos que esta Sala examina en los párrafos anteriores y —refiriéndose en particular a los presentados como prueba de que la Nación transfirió su derecho de dominio al Mayor Federico D'Croz— dice:

"Conclusión de lo expuesto hasta aquí es la de que, en concepto de esta Oficina Jurídica, las islas de Gorgona y Gorgonilla (con excepción de las diez (10) fanegadas de Tomasa Olaya, sobre las cuales no existe prueba) salieron del patrimonio del Estado, pues de otra parte durante la diligencia de posesión que se dio al sargento mayor D'Croz no se presentó ninguna oposición". "Corresponde ahora, por consiguiente, saber si el título de los prometientes vendedores es un título con eficacia legal".

Relaciona después el señor abogado de la Presidentecia los títulos de los herederos Lisímaco y Fidel D'Croz y las ventas que aparecen ha-

ciendo de sus derechos a los señores Ramón y Federico Payán y termina esta parte de la relación así:

"De lo expuesto hasta aquí resulta que los dos únicos herederos del Sargento Mayor Federico D'Croz, señores Fidel y Lisímaco D'Croz, vendieron sus derechos y acciones en las islas Gorgona y Gorgonilla a los señores Federico y Ramón **Payán".**

Y sigue conceptuando así:

"Sin embargo, para esta Oficina Jurídica, parece **que los prometientes** vendedores no invocan como título propiamente el ser sucesores de los mencionados Federico y Ramón Payán, **es decir, que hayan adquirido las islas por uno de los medios establecidos en el artículo 673 del C.C., o sea la sucesión por causa de muerte".** (Subraya la Sala).

"En realidad, en concepto de esta Oficina Jurídica no puede ser éste el modo de adquisición de los señores Payán, porque de la documentación que ha sido presentada no existe prueba suficiente acerca de haberse fenecido el juicio de sucesión de D. Federico Payán, así como tampoco prueba evidente de haberse llevado a cabo hasta su terminación el juicio sucesorio de D. Ramón Payán, como tampoco del carácter de herederos que tengan de dicho causante los prometientes vendedores".

Esta Sala está de acuerdo con lo expresado por el señor abogado de la Presidencia en cuanto a la insuficiencia del título escriturario de los prometientes vendedores por inexistencia de prueba sobre los juicios de sucesión de los señores Federico y Ramón Payán, de quienes pretenden derivar sus títulos de propiedad. Pero, además, considera esta Sala que ofrece dudas la titularidad inscrita que se alega en favor de los propios señores Ramón y Federico Payán como adquirientes de los derechos herenciales que dicen haberles transmitido por ventas los herederos testamentarios del adjudicatario D'Croz, ya en cuanto no les transmitieron cuerpo cierto, ya en cuanto el poder exhibido por Fidel D'Croz para vender los derechos de su tío sobre las 384 fanegadas de "tierra inculta" no parece haberle sido otorgado con tal objeto, ya porque las inscripciones en los Libros de Registro no se hicieron en las Oficinas correspondientes sino en otras, con atraso de muchos años, y ya porque tampoco aparecía hasta 1932 en Guapí el registro de la sucesión del señor Mayor D'Croz, teniendo en cuenta que el original de la escritura de venta a D. Ramón Payán, que arriba se relacionó, fue inscrita en el Registro de Guapí en 1908 y que estando pendiente en 1920 el sucesorio de D. Federico D'Croz, el certificado del Registrador de este lugar, inserto en la copia que aparece en la documentación con fecha de 1932 (anterior al incendio de dicha oficina, que ocurrió en

1933) ninguna referencia hace, como debiera, a la inscripción de la mortuoria del Mayor D'Croz, por medio de la cual se hubiera inscrito el derecho a las determinadas cuotas partes en cabeza de sus herederos y convalidado su transmisión en la proporción que correspondiera a los señores Ramón y Federico Payán. Aparte de que en Guapi tampoco se inscribió la venta de Fidel D'Croz a Federico Payán, pues no consta al pie de la copia destinada al comprador ni se relaciona en el Certificado inserto en 1932 por el Registrador de Guapí a la copia de la escritura de venta que hizo Fidel D'Croz en nombre de Lisímaco y en el suyo en 1909, siendo así que en 1920 Fidel volvió a vender derechos en el mismo inmueble, lo que debía ocasionar alguna aclaración del registrado en 1932 sobre ese punto.

Hechas estas salvedades, continúa la Sala transcribiendo apartes del concepto citado:

"El título invocado en el contrato por los prometientes vendedores según parece, es el de la prescripción adquisitiva, basada en la explotación económica de las islas, ya que en dicho contrato se hace referencia a la diligencia de entrega y posesión de ellas y especialmente a sendas declaraciones en las que se acredita la posesión y dominio de las mencionadas islas por parte de sus mandantes (los mandantes del doctor Obando Velasco ante la Oficina)".

"Siendo esto así corresponde ahora saber si la prueba aducida por los señores Payán sobre explotación económica de las islas en el lapso exigido por la ley, es suficiente para acreditar que han adquirido el dominio de Gorgona y Gorgonilla por prescripción. (veinte años, Ley 50 de 1936)".

Se refiere en seguida el señor abogado de la Presidencia a las pruebas sobre posesión, consistentes en numerosas declaraciones extra-juicio sobre el hecho de que los prometientes vendedores han sembrado cocoteros y otras plantas por sí y por medio de arrendatarios o administradores, y que han ejercido actos de dominio sin que nadie les haya disputado ese derecho. Así mismo, a que los mismos miembros de la familia D'Croz que se presentaron como titulares de derecho propio en las islas (según los poderes que confirieron a su abogado que actuó en la diligencia de avalúo en los días 20, 21 y 22 de enero de 1960, y habló conjuntamente por ellos y por los señores Payán, dejando en el acta constancia de sus planteamientos en favor de los miembros de ambas familias) se presentaron posteriormente a declarar que las mejoras puestas por ellos y a ellos pagadas por el Gobierno las habían hecho como arrendatarios de los señores Payán, a quienes les reconocían derecho de dominio sobre las islas.

Teniendo en cuenta todas esas circunstancias llega el señor abogado de la Presidencia a la conclusión de que "a favor de los prometientes vendedores existe el derecho de dominio sobre las islas Gorgona y Gorgoni la, ganado por prescripción de largo tiempo. En efecto, los tres requisitos necesarios para que se cumpla la prescripción adquisitiva se reúnen en el presente caso: a) Que la cosa u objeto sea prescriptible; b) Que la cosa haya sido poseída durante veinte años, y c) Que la posesión no haya sido interrumpida. Las islas de Gorgona y Gorgonilla han podido ser adquiridas por prescripción porque, como se vio, salieron del patrimonio del Estado; en cuanto a los otros dos requisitos, no hay constancia de que la posesión que han tenido los Payán sobre dichas islas por más de veinte años haya sido interrumpida".

Dice luego el señor abogado que como los señores Payán no poseen hoy las islas, por haberlas ocupado el Gobierno, están en incapacidad de promover la acción de pertenencia, la cual hubieran podido instaurar antes de dejar de ser poseedores, para obtener la correspondiente declaración judicial de dominio, de acuerdo con las disposiciones de la Ley 120 de 1928. Y más adelante expresa: "... Pero sí les quedaría expedita la vía para otra acción que sea pertinente de conformidad con disposiciones del Código Civil, ya que por otra parte el artículo 2º del Decreto 2222 de 18 de agosto de 1959 que destinó los terrenos de las islas de Gorgona y Gorgonilla para ser utilizados por el Ministerio de Justicia como sitio de reclusión carcelaria, dejó a salvo los derechos de dominio que puedan tener personas particulares en virtud de títulos que no hayan perdido su eficacia legal".

Luego dice el concepto que se viene citando que el contrato puede celebrarse habida consideración de lo expresado en la cláusula segunda, en virtud de la cual los prometientes vendedores se obligan al saneamiento conforme a la ley y a transferir a la Nación el dominio y posesión sin reserva alguna "como lo acreditarán entregando a la Nación los títulos correspondientes y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados hasta la fecha del registro de la escritura pública correspondiente a esta promesa", y considerando que "los Payán tendrán que dar cumplimiento a todas estas obligaciones para el otorgamiento de la escritura pública".

No obstante el expresado concepto del señor abogado de la Presidencia, condicionado —como se observa— a la presentación oportuna de los títulos en debida forma, el proyecto de contrato no fue aprobado, sino que siguió sufriendo el trámite de nuevo estudio por las Oficinas Jurídicas de varios Ministerios.

Entre los conceptos de los señores abogados, vale la pena citar el del doctor Pachón Padilla, del Ministerio de Justicia, de fecha 12 de julio de 1962. En él expone dudas sobre la verdadera extensión adjudicada al Mayor D'Croz en 1853, que fue de 960 fanegadas, y la cabida superficial de las islas, medida por el Instituto Agustín Codazzi, que arroja 1.479 Has. y 4.832 m2 para Gorgona y 58 Has. y 9.666 m2 para Gorgonilla.

Pero lo más importante del concepto, a juicio de esta Sala, es lo que aparece en el siguiente párrafo:

"Los prometientes vendedores se dicen hoy únicos propietarios de la totalidad de las dos islas y en tal calidad se presentaron a negociar con el Gobierno. Ahora bien, ¿de dónde emana su derecho de dominio? ¿Será como descendientes de D. Ramón Payán, quien en 1894 adquirió 480 de las 960 fanegadas que fueron de Federico D'Croz? ¿O por herencia de Federico Payán, de quien se afirma, no hay constancia alguna al respecto, que adquirió en 1915 las diez fanegadas que pertenecieron a Tomasa Olaya y que en 1920, de esto sí hay constancia, adquirió el resto de los derechos y acciones de los D'Croz en la adjudicación de 1853? ¿O será, más bien, por haber ganado la propiedad por prescripción como poseedores de largo tiempo sin reconocer dominio ajeno?"

Y después de decir que se ha establecido con certificaciones que en el incendio de Guapí, el 3 de octubre de 1933, fueron destruídos los archivos de la Notaría y la Oficina de Registro del Circuito, lo que no ha permitido a los prometientes vendedores presentar la tradición escrituraria que acreditara su calidad de causahabientes respecto de los anteriores dueños de las islas, dice el señor Asesor Jurídico del Ministerio de Justicia: "En frente de esta circunstancia han optado por comprobar con declaraciones de testigos los actos de posesión y explotación económica ejercidos por ellos en forma plena e ininterrumpida, durante un lapso que sobrepasa el término de la prescripción extraordinaria".

Y a continuación expresa el citado jurista:

"Como se sabe, **las islas marítimas constituyen reserva territorial del Estado y por lo tanto no son enajenables ni se pueden adquirir por prescripción.** Esta reserva, consagrada en el artículo 107 del actual Código Fiscal, **se estableció por primera vez en el Código que entró en vigencia el 28 de octubre de 1873.** Naturalmente los terrenos salidos del patrimonio nacional con anterioridad a esa fecha no quedaron comprendidos por la reserva y de consiguiente pueden ser enajenables entre

particulares y adquirirse su dominio por prescripción mediante la correspondiente declaración judicial de pertenencia". (Las subrayas son de la Sala).

Sentado lo anterior, vuelve el señor Asesor Jurídico del Ministerio de Justicia a plantear el problema relativo a la cantidad o extensión de terreno de las islas que, según los títulos del Sargento Mayor D'Croz, salió definitivamente del patrimonio nacional antes de 1873, o sea la equivalencia de las medidas entre las 960 fanegadas adjudicadas a D'Croz en las islas, más las 10 fanegadas de Tomasa Olaya y la extensión total medida ahora por el Instituto Agustín Codazzi, o sean 1.535,5 hectáreas. Según el doctor Pachón Padilla solamente habrían salido del patrimonio estatal en favor de D'Croz y la señora Olaya 620,8 hectáreas de la extensión total de Gorgona y Gorgonilla.

La conclusión a que llegó dicho abogado sobre la negociación en proyecto fue esta: "... **actualmente no existe una situación jurídica definida que le permita al Gobierno aprobar el contrato de promesa de compraventa...**" (Se subraya).

En concepto posterior del mismo funcionario, fechado el 21 de agosto de 1962, cede en su posición respecto de la extensión territorial adjudicada al Mayor D'Croz, en vista de que la Resolución Ejecutiva dice que se le adjudiquen las islas sin limitación o consideración de su extensión, adjudicación que se le hace por su derecho de 960 fanegadas". Agrega que la observación que había hecho sólo tiene importancia respecto de "la extensión que salió directamente del patrimonio del Estado, pero que el asunto es de menos importancia para los efectos del contrato, de compraventa, proyectado "en vista de la presunción establecida por el artículo 1º de la Ley 200 de 1936, de que no se reputan baldíos, sino de propiedad privada, los fundos explotados económicamente por particulares, presunción que favorece a la familia Payán, a quien el Gobierno le compró mejoras en las islas por valor de $ 65.015.00"

Finaliza el Asesor Jurídico del Ministerio de Justicia su nuevo estudio diciendo: "Sin embargo, existe un aspecto del asunto que no fue contemplado en esa ocasión, y es el de que los prometientes vendedores, al firmar la escritura definitiva, se comprometen a entregar a la Nación 'los títulos correspondientes y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados'. Entonces, como esos 'títulos correspondientes' no pueden ser otros que los que acreditan plenamente, sin reserva alguna, como lo dice la misma escritura, el derecho de dominio y la posesión que ellos tienen sobre las Islas, creo que se debe reconsiderar la conclusión anterior y aprobar el contrato elaborado por el Departamento Administrativo de Servicios Generales".

Pero recomienda que no aparezca en el texto "la declaración enfática, por parte de la Nación, de que los prometientes vendedores han acreditado su derecho de dominio 'basado en el Decreto Ejecutivo del 4 de julio de 1846, proveniente del Gobierno Nacional, Resolución de 22 de marzo de 1853, diligencias de entrega de dominio y posesión que se encuentran protocolizadas en la escritura pública número 1.501 de junio 15 de 1920 de la Notaría Segunda de Bogotá' porque, a la verdad, ninguno de estos documentos figura original, ni siquiera en copia auténtica, en el expediente que se ha tenido a la vista para tramitar el contrato".

Pasado el negocio al estudio del Ministerio de Minas y Petróleos, el Secretario General de ese Despacho, doctor Antonio Espinosa García, rindió al Ministro, con fecha 12 de noviembre de 1962, un extenso concepto en el que llega a la conclusión de que "se puede aceptar como válida y perfectamente ajustada a derecho la argumentación de la Oficina Jurídica de Palacio al estudiar las titulaciones y que viene a desembocar en los señores Payán..., legítimos poseedores de las islas de Gorgona y Gorgonilla, y cuyo derecho de dominio ganado por prescripción de largo tiempo ha demostrado la mencionada Oficina Jurídica de la Presidencia". Se refiere al concepto cuyos apartes sustanciales se transcribieron arriba.

El señor Secretario del Ministerio de Minas finaliza así su estudio:

"Por lo demás, creemos que bastan los títulos y certificados que obran en el expediente, para acreditar plenamente **el derecho de posesión** que los promitentes vendedores tienen sobre **la totalidad del área** de las islas de Gorgona y Gorgonilla". (Subraya la Sala).

Con fecha 2 de noviembre de 1962, aparece también un concepto del doctor Eduardo Santa, Secretario General del Ministerio de Gobierno, dirigido al señor Ministro, del cual se copia:

"2º—Del estudio del Memorando del abogado de la Presidencia, ya citado, y del estudio de los documentos con los cuales se pretende demostrar la propiedad de las Islas por parte de los promitentes vendedores se desprende que tal titulación es incompleta y defectuosa y que, por lo consiguiente, es **absolutamente imposible tal demostración a la luz de nuestras normas legales** sobre el particular". (Subraya la Sala).

"3º—Sin embargo, es importante consignar que algo positivo se concluye de tal titulación y es el hecho de que el Estado se desprendió del dominio de las Islas por la adjudicación hecha en 1853 al Sargento

Mayor Federico D'Croz y a Tomasa Olaya, de quienes los vendedores dicen derivar su dominio o propiedad. Este hecho es importante para determinar que tales Islas no pertenecen a la reserva fiscal del Estado, como islas marítimas que son, pues su adjudicación fue anterior a 1873, año en que se expidió el Código Fiscal que habla de tal reserva. En consecuencia, pueden ser adquiridos por la prescripción, mediante la posesión pacífica y actos de dominio, conforme a las normas legales sobre el particular".

El punto 4º del estudio que se viene citando alude a que las declaraciones presentadas para demostrar la posesión y explotación económica por los prometientes vendedores, rendidas por testigos idóneos ante autoridad competente, no sirven para demostrar aquí la pertenencia, porque no ha mediado el juicio correspondiente, cuya sentencia podría darles el respectivo título.

En el punto 5º se hace la consideración de que esa declaración judicial de pertenencia no podrían obtenerla los prometientes vendedores ahora, por no estar hoy en posesión material, en virtud de que la tomó el Gobierno, basado en el Decreto 2222 de 1959 y ante la presunción de pertenecerle las islas según lo establecido en el artículo 107 del Código Fiscal, dejando a salvo "los derechos de dominio que puedan tener personas particulares en virtud de **títulos** (subrayado en el original) que no hayan perdido su eficacia legal".

Expresa en seguida el señor Secretario del Ministerio de Gobierno:

"Frente a esta situación tenemos pues un **título** que no ha perdido su eficacia legal" (el correspondiente al sargento mayor Federico D'Croz y a Tomasa Olaya). "Y este título rompe la **presunción** de que las islas son de la reserva del Estado y, por lo consiguiente, abre la puerta para la adquisición de las islas por la prescripción por parte de los particulares. Los promitentes vendedores han demostrado la posesión pacífica y la explotación económica de las islas por más de veinte años, pero no han obtenido la correspondiente declaración de pertenencia, siendo imposible hacerlo tal como están las cosas por cuanto el Gobierno les arrebató la posesión". (Subrayas del original).

En el punto 6º del informe se considera que hoy ya no podrían obtener los promitentes vendedores la declaración judicial de pertenencia mediante el respectivo juicio. Y en el 7º concreta las conclusiones de su estudio así:

"Ante la imposibilidad de los promitentes vendedores de demostrar la **propiedad** sobre las islas por los sistemas de **título inscrito** o

de declaración de pertenencia por prescripción, conceptúo que podría reconocerse la posesión de la Isla (sic) por parte de los mismos promitentes vendedores en la época en que las islas fueron ocupadas por el Gobierno, y, en consecuencia, comprarse los derechos de posesión para evitar el ejercicio de acciones posesorias por parte de los promitentes vendedores, a las cuales tienen indiscutibles derechos y medios para hacerlas eficaces, con grave perjuicio para los intereses del Estado y por lo consiguiente de la comunidad". (Las subrayas son del original).

Posteriormente los doctores Santa y Espinosa García, Secretarios Generales de los Ministerios de Gobierno y Minas, respectivamente, presentaron un Memorando adicional de los conceptos por ellos rendidos en que después de reiterar "que del estudio de las titulaciones que obran en el expediente no se concluye que los señores Payán tengan el dominio de las islas de Gorgona y Gorgonilla, aunque sí se demuestra de una manera clarísima que ellas salieron del patrimonio nacional, y por tanto, no constituyen 'reserva territorial del Estado' al tenor del Decreto 2222 de 1959, nos permitimos, en desarrollo de los conceptos rendidos por nosotros, adicionarlos con la siguiente recomendación:

"Al haberse demostrado por los promitentes vendedores la posesión pacífica y la explotación económica de las islas por más de veinte años, aunque no hayan obtenido la correspondiente declaración de pertenencia, ni la puedan obtener ahora como ya se ha demostrado, sí estarían en capacidad de vender al Estado los derechos de posesión que tienen sobre ellas".

"Los señores Payán están amparados por la presunción establecida en el artículo 762 del Código Civil como dueños de dichas islas". "Ahora bien, como el vendedor no puede trasmitir derechos distintos de los que tenga sobre el inmueble materia de la venta, sugerimos modificar la promesa de compraventa en estudio en el sentido de que el objeto de ella sea el de transferir o traspasar al Estado los derechos de posesión de los señores Payán, en su calidad de poseedores materiales, como lo han demostrado debidamente, de las islas de Gorgona y Gorgonilla. Esta modificación podría efectuarse por medio de otrosí que **dejara sin efecto las referencias al derecho de dominio que en el contrato se hacen.** (Subraya la Sala). La presente distinción entre dominio y posesión está apoyada en la siguiente doctrina de la Corte Suprema de Justicia:"

'La escritura por la cual el vendedor traspasa a favor del comprador **"el derecho de posesión real y efectiva que tiene adquirido en cierta extensión de un terreno"** no puede entende se que lo vendido fue

el derecho de dominio, ya que la posesión o tenencia con ánimo de dueño, es distinta del dominio' (Cas. 4 de octubre de 1928, XXXV, 563)'.

Devuelta la documentación al Jefe del Departamento Administrativo de Servicios Generales con la recomendación transcrita, se introdujo al contrato de promesa de venta el OTROSI del 13 de diciembre que se copió al principio de esta providencia y que, como se dijo, varía sustancialmente el objeto primitivo de la promesa.

II. — CONSIDERACIONES Y CONCLUSIONES DE LA SALA:

Teniendo en cuenta la Sala todas las observaciones hechas atrás por ella misma y por los señores juristas que como funcionarios administrativos han estudiado el contrato de promesa de venta de que se trata, respecto de los títulos de propiedad privada que los prometientes vendedores presentaron para desvirtuar la presunción legal de dominio reservado e inenajenable de las islas marítimas Gorgona y Gorgonilla por parte de la Nación, títulos que, para enfrentarse a ella, no deben haber "perdido su eficacia legal", debe acoger la primera y fundamental conclusión a que llegaron todos esos estudios y que podría expresarse así:

Los títulos escriturarios e inscritos en el Registro de Instrumentos Públicos que forman la documentación presentada por los prometientes vendedores no demuestran a la luz de nuestras disposiciones legales el dominio de ellos sobre las islas Gorgona y Gorgonilla en calidad de sucesores en el derecho que aparece originalmente transferido por la Nación al Sargento Mayor Federico D'Croz en 1853.

Y como se observaran las fallas o deficiencias legales que no permiten recibir la titulación como prueba fehaciente de que en cabeza de los prometientes vendedores radique hoy el derecho de dominio emanado del que aparece transferido por la Nación a Federico D'Croz, no es posible aceptar que ellos son los sucesores de aquel derecho para enfrentarlo a la presunción legal de que las islas pertenecen como reserva territorial al Estado.

En vista de las deficiencias observadas sobre titularidad de dominio, algunos de los juristas que han intervenido en el estudio del contrato —en su carácter de funcionarios administrativos—, han opinado que puede hacerse caso omiso del derecho de dominio proveniente del

que parece transferido al mayor D'Croz por el Estado y en su lugar reconocer de plano que la presunción legal de pertenecer a la reserva nacional las islas Gorgona y Gorgonilla quedó desvirtuada por los prometientes vendedores en razón de los actos posesorios de explotación económica por más de veinte años que muchas personas aseveran haber mantenido los prometientes vendedores en las islas.

Pero, en concepto de esta Sala, los Decretos 12 y 2222 de 1959 implican para el Gobierno: 1º—La plena autorización para acondicionar a prisión una isla marítima, cuyo dominio se presume legalmente reserva territorial del Estado por el actual Código Fiscal (así como por el anterior expedido en 1873); 2º—La facultad de contratar la adquisición de cuanto sea necesario para el fin buscado, inclusive la compra de terrenos de particulares en las islas escogidas. Esto, a condición de que se le demuestre que el presunto vendedor tiene derecho de dominio con título originario del Estado **que no haya perdido su eficacia legal**, porque es este el único modo de desvirtuar la presunción favorable al Estado. Si no se demuestra, como no se ha demostrado fehacientemente, el dominio titulado de los particulares en frente del título legal presuntivo de la Nación, no puede considerarse al Gobierno autorizado para negociarlo y adquirirlo sin que medie una sentencia en juicio controvertido que les reconozca a los particulares ese derecho de dominio, considerándolo prevaleciente sobre el título legal presuntivo del mismo Estado.

En este caso ha ocurrido que el Gobierno Nacional, basado en la presunción de pertenecerle el dominio de las mencionadas islas marítimas como parte integrante de la reserva territorial inenajenable de la Nación, y previa la declaración obvia de que respetaría el derecho de dominio que sobre ellas tuvieran personas particulares, **en cuanto sus títulos originarios del Estado conservaran su eficacia legal,** ocupó las islas con destino a un servicio público y lo hizo en forma tranquila y respetuosa, sin causar despojo, dando amplia publicidad, oportunidad y tiempo para que quienes se creyeran con algún derecho en las islas lo hicieran valer. Más aún, en diligencia judicial, en que los ocupantes estuvieron representados, procedió al reconocimiento y avalúo. (el que fue seguido de la posterior adquisición) de todo cuanto en esos terrenos se halló, representativo —o que se creyó representaba— trabajo de los ocupantes vinculado al suelo. Como quienes alegaban derechos de dominio prometieron presentar su titulación y negociar directamente con el Gobierno la venta de esos derechos, se abrió la negociación administrativa correspondiente, la cual suponía, para su culminación, presentar los títulos registrados que en serie de legítimas tradiciones del derecho de dominio provinieran del que aparece adquirido por el primer particular que recibió título del Estado. Solo esta prueba incontrovertible hubiera servido para acreditar directamente

a los ojos del Gobierno, como administrador del patrimonio del Estado, y su representante legal, que personas particulares tenían adquirido un derecho que desvirtuaba el suyo y que, por tanto, el Gobierno estaba en la necesidad de adquirir ese derecho pagando su precio, mediante el respectivo contrato de compraventa.

Pero al llegarse a la conclusión de que el título de dominio opuesto a la presunción legal que favorece al Estado no reunía aquellas condiciones, puesto que no aparecía fehacientemente provenir del primer propietario particular D'Croz y que por esa circunstancia los prometientes vendedores pretenden, para el efecto de esta venta a la Nación, haber adquirido un título nuevo y desvinculado del de aquél, o sea el de adquisición del dominio por **prescripción extraordinaria**, se hace necesario tener en cuenta que ésta implica un título o modo **constitutivo**, como lo declara el artículo 765 del C.C., ya que no proviene de otros y se supone que mediante actos propios de posesión con explotación económica el prescribiente se crea a sí mismo, con su trabajo incorporado a la tierra, un título propio. Dicha conclusión de que el título de los prometientes vendedores, enfrentado al de reserva territorial que ampara a la Nación, es el de ocupación con cultivos por más de veinte años, cambia sustancialmente —como se ha dicho— el planteamiento del problema.

En un caso como este la cuestión no puede ser resuelta simplemente por quienes representan al Estado como administradores de su patrimonio. sino por la autoridad jurisdiccional competente. A ésta correspondería (previo el debate judicial promovido por quien alega haber adquirido el derecho de dominio contra el Estado, y en presencia de las pruebas y razones de orden legal aducidas de parte y parte) decidir cuál es el derecho que prevalece y todas las circunstancias relativas a la extensión de ese derecho de dominio sobre la superficie de las islas.

A la autoridad jurisdiccional competente corresponderá decidir también, llegado el caso, sobre todas y cada una de las cuestiones controvertibles en relación con la pretendida tradición del dominio desde el título del señor Federico D'Croz, éste inclusive, hasta el que alegan tener los prometientes vendedores de las islas Gorgona y Gorgonilla, cuando sostienen que dichas islas sa ieron del patrimonio del Estado para ingresar en el patrimonio del mayor D'Croz, y que de éste pasó a sus herederos testamentarios, aun cuando no consta que se hubiera terminado el sucesorio de D. Federico, ni que la partición que hubiera trasladado el dominio a sus herederos se hubiera inscrito competentemente. Y cuando no consta tampoco la competente inscripción en el registro de la tradición de estos herederos a D. Ramón Payán, antece-

sor de los actuales contratantes, y aun cuando resulta por lo menos dudosa la facultad de Fidel D'Croz para vender los derechos de Lisímaco. Y aun cuando no constan las tradiciones por sucesión de D. Ramón y D. Federico Payán hasta fijarse el derecho de dominio en quienes actualmente lo alegan en frente del Estado.

Según el artículo 783 del C.C. "la posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida..."; pero, según el artículo 785, "Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el registro de instrumentos públicos, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio". Y dice el mismo Código: Art. 757. "En el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por ministerio de la ley al heredero; pero esta posesión legal no lo habilita para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no preceda: 1º—El decreto judicial que da la posesión efectiva, y 2º—El registro del mismo decreto judicial y de los títulos que confieren el dominio". Se ha entendido siempre que sin la inscripción del decreto de posesión efectiva o de la partición aparece una interrupción en la historia de la propiedad. Estas disposiciones permiten tachar los títulos presentados en donde quiera que haga falta la competente inscripción del título. Y solo la jurisdicción respectiva puede desatar las controversias que se susciten sobre todos estos extremos.

Respecto de la oposición entre la presunción de dominio reservado de la Nación y la posesión con explotación económica que puedan alegar personas particulares en terrenos sobre los cuales protege el Estado esa presunción, para fundar en ella dominio contra aquél, algunos de los señores juristas que estudiaron el punto a propósito del proyecto de contrato sobre las islas Gorgona y Gorgonilla opinaron que con base en la Ley 200 de 1936 podría el particular fundar un derecho que prevalecería sobre el de la Nación. Este problema también es de los que corresponde a la rama jurisdiccional decidir en cada caso concreto, sin que los negociadores a nombre de la Nación puedan anticiparse a resolverlo por sí mismos. Las disposiciones de la Ley 200 de 1936 se refieren a baldíos adjudicables y no a terrenos cuyo dominio se ha reservado la Nación. De ahí la importancia de los títulos que se pretendan oponer a ella en esos casos.

Como cuestión relacionada con este punto y que la Nación podría hacer valer en la hipótesis de una controversia sobre la propiedad de islas marítimas, puede recordarse que el artículo 5º de la Ley 120 de 1928 (prescripción y régimen de propiedad) dice: "La declaración judicial de pertenencia de que trata esta ley solo recaerá sobre el inmueble o la parte de éste que haya poseído realmente el demandante por medio de los hechos positivos a que da derecho el dominio, según

el C.C.; **y no comprenderá ni afectará las zonas de terreno,** los yacimientos de hidrocarburos y demás bienes **que hayan sido o sean materia de reserva de la Nación** o que hayan sido declarados imprescriptibles". La Ley 200 de 1936, establece la presunción de que no son baldíos los terrenos explotados económicamente por particulares, y esa presunción se extiende a porciones incultas iguales a la explotada que sean necesarias para la explotación económica del predio. En su artículo 3º establece que acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial y en consecuencia desvirtúan la presunción consagrada en el artículo anterior sobre predios rústicos no poseídos en la forma que dice el artículo primero, "fuera del título originario expedido por el Estado **que no haya perdido su eficacia legal,** los títulos inscritos otorgados con anterioridad a la presente ley en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria". Pero se refiere a baldíos, y no a zonas reservadas, y sienta este principio:

"Lo dispuesto en el inciso anterior sobre prueba de la propiedad privada por medio de títulos inscritos, otorgados entre particulares con anterioridad a la presente ley, no es aplicable respecto de terrenos que no sean adjudicables, **estén reservados,** o destinados para cualquier servicio o uso público".

Puede preguntarse si un título otorgado por el Estado ha perdido su eficacia legal contra él cuando no se demuestra que quienes lo alegan son realmente los sucesores del derecho de dominio que el Estado hubiera transferido a persona determinada. Es decir, si revierte o no al Estado el dominio reservado para él, en el caso de que tal dominio privado se pretenda asentar sobre terrenos reservados de la Nación y destinados a un servicio público. La jurisdicción competente es la llamada a decidir cuál derecho prevalece, si no se prueban las tradiciones del dominio desde el primer particular que recibió un título legítimo del Estado, entre quienes demuestren explotación económica en terrenos reservados y el Estado mismo. Entre quienes ya no tienen aquel título de dominio derivado del primer particular sino que alegan uno nuevo basado en la posesión, y si ésta podría considerarse extensiva a todo el terreno o solo al área económicamente explotada y un tanto más, conforme a la Ley 200 de 1936. De todas maneras, como se ha dicho, y para no verse expuesto el Estado a comprar cosa propia en casos como el presente, cualesquiera cuestiones controvertibles entre la Nación y los particulares que le disputan el derecho de dominio deben ser resueltas por la rama jurisdiccional y escapan a la competencia de la rama administrativa. El Consejo de Estado, para los efectos de revisar los contratos de la Administración que deben serle sometidos, obra en función administrativa también y no es competente

para resolver como juez a quién debe reconocerse el derecho controvertible.

En consecuencia de lo discurrido, la Sala

R E S U E L V E :

El contrato de promesa de venta de las islas Gorgona y Gorgonilla a la Nación, enviado por el Gobierno a su revisión, no se ajusta a la autorización implícita en el artículo 2º del Decreto 2222 de 1959, el cual solo permite negociar la compra de los derechos de dominio que comprobadamente prevalezcan sobre la presunción establecida en favor del Estado por el artículo 107 del C. F.

Cópiese y devuélvase.

Ricardo Bonilla Gutiérrez — Carlos Gustavo Arrieta — Alejan dro Domínguez Molina — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez D. — Alvaro León Cajiao B., Secretario.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I - Orden Nacional

CAPITULO PRIMERO: Decretos del Gobierno.

ORDEN NACIONAL

DECRETOS REGLAMENTARIOS

I.—PODER REGLAMENTARIO. — CLASIFICACION DE LOS REGLAMENTOS A LA LUZ DE LA CONSTITUCION NACIONAL. — Tomando apoyo en las normas de nuestra Carta Política, la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho la siguiente clasificación de los reglamentos: 1º—Los reglamentos constitucionales, que son aquellos que el Gobierno expide en desarrollo directo de la Carta Fundamental en los casos en que ella lo autoriza explícita o implícitamente para dictarlos, y 2º—Los reglamentos legales, que son los expedidos por el órgano administrativo en desarrollo de una ley, en los cuales pueden distinguirse dos categorías: a) el reglamento legal especial y b) el reglamento legal ordinario o corriente. Ellos se diferencian en cuanto a los poderes jurídicos utilizados por el Congreso al expedir la ley y a los ejercitados por el Gobierno al reglamentarla, pero tienen de común que ambos constituyen subordinados y dependientes con relación a la ley, en los cuales no se puede ampliar ni restringir el alcance del estatuto desarrollado y cuya validez o nulidad depende de su adecuación o discrepancia con las disposiciones que desenvuelven.

II. — GANADEROS. — IMPUESTO A FAVOR DEL BANCO Y FONDOS GANADEROS. — PRESUNCION DE QUE LOS GANADOS SE ENCUENTRAN EN EL DOMICILIO FISCAL DEL CONTRIBUYENTE, PARA EFECTOS DE LA DISTRIBUCION DEL GRAVAMEN. — No aparece muy acertado el argumento que asevera que el inciso final del artículo 25 del Decreto Nº 469 de 1960, reglamentario de la Ley 26 de 1959 establece una presunción no consagrada por el estatuto reglamentado. Ciertamente que la norma concreta que se pretendía desarrollar, aisladamente considerada, no la estructura expresamente, pero del espíritu general de la disposición, de la falta de información del contribuyente y de las reglas generales de la legislación tributaria (art. 18, Ley 81 de 1960), se infiere que el decreto reglamentario, al precisar los hechos básicos de la presunción y al establecer explícitamente ésta, no hizo cosa distinta que la de reconocer lo que ya estaba implícitamente regulado en otros estatutos de carácter tributario, cuyos ordenamientos era necesario tomar en cuenta.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., 28 de junio de 1963.

(Consejero Ponente: Dr. CARLOS GUSTAVO ARRIETA)

REF.: Expediente Nº 1.663. Decretos del Gobierno. - Demandante: OSVALDO ABELLO NOGUERA.

Por la vía del contencioso de anulación, y obrando en su propio nombre, el doctor Osvaldo Abello Norguera demanda del Consejo de Estado la declaración de nulidad del último inciso del artículo 25 del Decreto número 469 de 25 de febrero de 1960, expedido por el Gobierno Nacional, por considerar que esa disposición reglamentaria viola la ley que pretende desarrollar.

Apoya su solicitud en las apreciaciones de derecho que se sintetizan así. dice el precepto superior que la suscripción de acciones para efectos de aprovecharse de las ventajas ofrecidas por la ley, se hará en el Fondo correspondiente al lugar en que el contribuyente tenga sus ganados, en tanto que la norma inferior impugnada expresa que el silencio del interesado sobre ese punto, hace presumir que sus ganados se encuentran en su domicilio fiscal. De esa manera, el reglamento vino a burlar el pensamiento del legislador, que no era otro que el de conseguir que el Fondo del Departmento en donde el contribuyente tiene sus ganados se beneficie del impuesto adicional.

El señor Fiscal Primero de la corporación solicita que se acceda a las súplicas de la demanda y apoya su petición en los siguientes razonamientos:

"Sabido es que corresponde, en los términos del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución, al 'Presidente como suprema autoridad administrativa del orden nacional... ejercer la potestad reglamentaria, expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes', y es también indiscutible en nuestro ordenamiento positivo, que 'el reglamento tiene por naturaleza, los límites de la ley reglamentada' (Copete Lizarralde, Lecciones de Derecho Constitucional, pág. 301).

"Pero no están de acuerdo los autores sobre el fundamento de esa facultad, ni sobre la naturaleza del reglamento; para unos, ella es 'consecuencia de la discrecionalidad de que gozan los órganos de la administración en el ejercicio de sus facultades propias' (Cameo, Orlando, Betti, Ranelletti, etc.), para otros ella proviene de la 'atribución expresa de competencia que establecen los textos constitucionales o legales' (Zanobini, Vitta, Fraga, De Valles, etc.) y finalmente y es esta la opinión dominante, la potestad reglamentaria es inherente a la función administrativa y por consiguiente propia de la administración (Waline, Hauriou, Bielsa, Villegas, Sayagués, Laso, Villegas Basavilbaso y entre nosotros Copete, Pareja y Castro Martínez).

"Adhiriendo a la opinión mayoritaria, estimo que la potestad reglamentaria se deriva para la administración por fuerza de sus propias

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

funciones, por cuanto ella tiene por objeto poner en ejecución la ley, darle operancia, actualizarla.

"Para muchos el reglamento difiere en poco de la ley; Duguit, citado por Sarria, expresa que el reglamento 'es un acto legislativo material', opinión que comparte el mismo autor, y Sayagués Laso, en su Tratado de Derecho Administrativo, declara que 'aunque el reglamento es acto de administración en sentido formal, materialmente es un acto regla, un acto legislativo'.

"Tal confusión sobre la identidad de la ley y el reglamento, nace a no dudarlo de que éste como aquélla tienen un carácter general y permanente, mas en tanto que la ley crea situaciones jurídicas, el reglamento no lo hace, ni puede hacerlo, por cuanto su finalidad es desarrollar la ley dentro del marco mismo de ésta, para darle inteligibilidad y operancia. De ahí que no sea posible introducir, so pretexto de reglamentación, normas nuevas. El límite de la potestad reglamentaria está fijado por las 'medidas necesarias' para el cumplimiento de las normas legislativas, sin que pueda apartarse ni de la esencia, ni del espíritu de la ley.

"Por eso se ha reconocido por la doctrina que el reglamento no puede ni ampliar, ni restringir el alcance de la ley, ya en lo que hace referencia a las personas, ya en lo que se refiere a las cosas. Y así se ha declarado que pretextando reglamentar una ley no pueden establecerse excepciones, penas, privilegios, condiciones o formalidades que no aparecen declaradas en ella. Pero ¿podrá establecer el decreto reglamentario una presunción no contenida en la ley, ni expresa ni tácitamente? Estimo que no, porque ello equivaldría a crear una situación jurídica, favorable o desfavorable, al menos en lo que hace referencia a la prueba, de carácter general y permanente y tal, excede los límites propios del acto reglamentario. Además, las presunciones nacen de la ley mas no de otros actos.

"En el caso sub-judice se consagra en el Decreto Nº 469 de 1960 una presunción no establecida por la ley que él reglamenta, y aunque 'prima facie', como lo reconoce el Magistrado Ponente, no hay mérito para declarar la nulidad (sic) del acto acusado, un estudio más a fondo permite establecer que si se dejara en pie el inciso último del artículo 25 del decreto dicho, estaría abierta la puerta para violar la ley; en efecto, la Ley 26 de 1959 estableció un gravamen, cuyo recaudo en último término habría de ingresar a los Bancos y Fondos Ganaderos, correspondientes al lugar donde el contribuyente tiene sus ganados. Por eso facultó la ley a éste para obtener la exención de tal impuesto,

suscribiendo acciones en el Fondo Ganadero correspondiente al territorio en el cual mantiene sus ganados y no en otro distinto.

"El Decreto 469 de 1960 sigue los lineamientos de la ley; sin embargo, al establecer en el inciso final de su artículo 25 que se presume que los ganados se encuentran en el domicilio fiscal del contribuyente, cuando éste no especifique dónde se hallan, y que por tanto, en el Fondo Ganadero del Departamento a que ese domicilio corresponde debe hacerse la suscripción de las acciones, está brindando al contribuyente la oportunidad de elegir dónde puede hacer la suscripción.

"No es un fenómeno raro en nuestra economía agropecuaria la existencia de propietarios cuyos ganados están radicados en una división administrativa distinta de aquella en que reside habitualmente; y puede llegar a ser más fácil para el contribuyente suscribir y pagar las acciones que le exoneran del impuesto en su propio domicilio. El decreto reglamentario le da la oportunidad de favorecer con su silencio un fondo ganadero distinto del que la ley quiere proteger".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El sistema generalmente utilizado de estudiar el régimen jurídico colombiano a la luz de la doctrina foránea, aunque ella no se ajuste a las modalidades de nuestro derecho positivo, no parece el más aconsejable. Ciertamente que es útil y conveniente seguir ese método de investigación en aquellos casos en que los textos nacionales son idénticos o similares a los que sirvieron de base para estructurar tales ideas, pero debe rechazarse cuando no exista la semejanza o sean incompatibles, y cuando nuestra legislación consagre un sistema de derecho más avanzado, más moderno y más acorde con la técnica jurídica.

Si así no fuera, se correría el riesgo grave de desnaturalizar los estatutos nacionales, de crear una especie de paralelismo entre ellos y la jurisprudencia, y de retrotraer los ordenamientos escritos a etapas ya superadas. Si la Constitución Nacional se adelantó en mucho a las nuevas tendencias del derecho público universal en cuanto se inspiran en el propósito de robustecer la función administrativa del Estado y, por consiguiente, de vigorizar el poder reglamentario, no sería lógico que la doctrina colombiana abandonara esa conquista ya hecha para acogerse a ciertas ideas tradicionales que no corresponden a las necesidades y requerimientos del Estado moderno.

El juzgador está obligado a ajustar sus decisiones al derecho creado en la Constitución y desarrollado en las leyes, en los reglamentos,

y en las demás disposiciones inferiores, máxime si se considera, como es preciso hacerlo, que el nuestro es derecho legislado, que no pretoriano. De allí que en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 se ordene expresamente que sólo en los casos en que no haya disposición aplicable a la controversia planteada, ni precepto alguno que regule una materia semejante, se puede acudir a las reglas generales de derecho. Ello implica que, de acuerdo con el legislador colombiano, el mejor camino para la realización del derecho en cada negocio es el que indican los propios textos.

Siguiendo ese criterio, y con apoyo en las normas colombianas, que no en simples teorías que no han tenido consagración alguna en nuestros estatutos, el Consejo de Estado, en su reciente jurisprudencia, ha hecho la siguiente clasificación de los reglamentos:

1º—Los reglamentos constitucionales, que son aquellos que el gobierno expide en desarrollo directo de nuestra Carta política en los casos en que ella lo autoriza explícita o implícitamente para dictarlos (véase sentencia de 14 de noviembre de 1962, proferida en el negocio de Alba Inés Ordóñez Calderón con la ponencia del Consejero que redacta la presente); (1) y

2ª—Los reglamentos legales, que son aquellos que expide el órgano administrativo en desarrollo de una ley. Estos, a su vez, comprenden dos categorías que corresponden a otras tantas maneras de manifestarse el poder reglamentario, y cuyas diferencias se fundan, más que todo, en la extensión o limitación con que se ejercita la facultad; a) El reglamento legal especial; y b) El reglamento legal corriente. Ambos constituyen ordenamientos subordinados y dependientes con relación a la ley, en los cuales no se puede ampliar ni restringir el alcance del estatuto superior desarrollado, y cuya nulidad o validez depende de su adecuación o discrepancia con las disposiciones que desenvuelven. Pero no obstante esas características comunes, las dos categorías se diferencian en cuanto a los poderes jurídicos utilizados por el Congreso al expedir la ley, y a los ejercitados por el órgano administrativo al reglamentarla, como ya lo expresó la Sala en la sentencia de 10 de octubre de 1962 dictada en el juicio de Víctor Domínguez Gómez con la ponencia del Consejero que redacta esta decisión. (2)

NOTAS DE LA RELATORIA. (1) Véase en los "Anales", Tomo LXV, Nos. 399 y 400 págs. 43 y sigs.

(2) Véase: Ibidem, págs. 33 y sigs.

El asunto sometido a la consideración del Consejo de Estado en esta oportunidad encaja en la clasificación del reglamento legal corriente y, por lo tanto, le es aplicable la siguiente doctrina:

"La función administrativa es la actividad del Estado encomendada al órgano ejecutivo y dirigida a la aplicación de la Constitución, de la ley, y de los ordenamientos inferiores, y la potestad reglamentaria es la función administrativa en cuanto desarrolla en normas generales y abstractas aquellos mismos estatutos para efectos de su adecuada realización La causa primaria de ese poder especial se encuentra en la necesidad de ejecutar en su plenitud el derecho objetivo, y el límite de su ejercicio se halla en el mismo estatuto que se pretende reglamentar y en la obligación de aplicarlo en su totalidad.

"Esa doctrina fluye natural y espontáneamente del artículo 120, numeral 3º, de la Constitución Nacional. Al Presidente de la República corresponde, en desempeño de su función administrativa general y de su poder reglamentario en particular, expedir las órdenes, resoluciones y decretos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Así, el campo en que se mueve aquella potestad está fijado por la obligación de realizar íntegramente el mandamiento superior. Tanta será la materia reglamentable, cuanta aparezca de la necesidad de aplicar correctamente el estatuto que se desarrolla.

"La función reglamentaria no es una actividad mecánica de reproducción de textos. En su ejercicio hay un proceso previo de análisis y evaluación de la ley, de indagación de sus fines, y de investigación sobre su contenido general y sus alcances parciales. Como producto de ese estudio, el reglamento debe ser reflejo fiel del estatuto desarrollado y de cada uno de sus preceptos. En él puede desenvolverse, no sólo lo que aparezca explícitamente regulado en la ley, sino también lo que se encuentre implícito en ella.

"Cabe observar, además, que ordinariamente la ley es un conjunto armónico de reglas vinculadas entre sí y que se complementan recíprocamente. Es cierto que cualquiera de sus normas regula una hipótesis determinada, pero también lo es que en muchos casos, los diversos supuestos están relacionados de manera tal, que sólo mediante el análisis integral del estatuto se tiene el sentido de sus ordenamientos parciales. Hay, pues, en la ley, un sistema normativo congruente que en ocasiones no permite el estudio individualizado e inconexo de sus preceptos. De allí que para analizar la juridicidad de un reglamento, no sea aconsejable, como método único de estudio, el del cotejo directo y aislado de cada mandato legal con la disposición inferior que lo

desarrolla. En muchas ocasiones es indispensable la comparación general de los dos estatutos o, por lo menos, de los grupos de preceptos de uno y otro que se encuentren íntimamente relacionados. Sólo mediante este complejo proceso de valoración se puede llegar, en ciertos eventos, a conclusiones exactas sobre la legalidad del reglamento o de sus normas aisladas". (Auto de 22 de marzo de 1963, dictado por la Sala de Decisión con la ponencia del Consejero que redacta esta providencia en el juicio de Bernardo Zuleta). (3)

Con apoyo en la jurisprudencia transcrita, la Sala entra a estudiar la acusación formulada en la demanda. La Ley 26 de 25 de mayo de 1959 se expidió con el objeto de "fomentar y mejorar la industria ganadera", como se desprende de su epígrafe y del contenido de su primer artículo. Para obtener esa finalidad concreta, se proveyó a la organización de los Fondos y del Banco Ganadero, y se les señalaron sus funciones. En la regla quinta de ese estatuto se dispuso que hasta el año de 1970, inclusive, los ganaderos seguirían pagando un impuesto equivalente al uno por ciento de su patrimonio líquido invertido en esa industria. Se expresó igualmente que el gravamen se cobraría simultáneamente con el de renta, y que el monto del patrimonio invertido se fijaría "restando del valor de los activos en ganado un porcentaje igual al que represente el pasivo total del contribuyente con relación a su patrimonio total bruto". Agrega la disposición comentada que el producto del impuesto ha de llevarse a una cuenta especial, y con base en las sumas correspondientes, se harán apropiaciones para entregarlas al Banco y a los Fondos del respectivo departamento, intendencia o comisaría. En el parágrafo único de la misma norma se dijo: "Quedarán exonerados de este gravamen los contribuyentes que comprueben haber suscrito y pagado por partes iguales en el Banco Ganadero, y en el respectivo Fondo Ganadero, acciones que computadas por su valor nominal equivalgan al impuesto de que trata este artículo".

Y la disposición 6ª de la ley, ordena: "La suscripción de acciones, en la parte que corresponde a los Fondos Ganaderos para obtener la exención del impuesto, se hará en el correspondiente al lugar donde el contribuyente tenga sus ganados. Los que posean sus inversiones en lugares correspondientes a diversos Fondos Ganaderos harán las suscripciones parcialmente en los respectivos Fondos, y en proporción al valor del ganado que posean en el territorio respectivo. - Parágrafo. En las secciones en donde no existan Fondos Ganaderos, los contribuyentes podrán suscribir sus acciones en el Banco Ganadero o en cualquiera de los Fondos ya establecidos".

---

(3) Publicado en este mismo tomo, págs. y sigs.

De la atenta lectura de tales preceptos se desprenden las siguientes observaciones: la ley mantiene, por un tiempo limitado, el gravamen sobre el patrimonio invertido en la industria pecuaria, y dispone que su producto se llevará a una cuenta especial que se distribuirá entre el Banco y los Fondos de la respectiva sección del país. Pero el contribuyente podrá exonerarse del pago del impuesto, si acredita que ha suscrito en el Banco y en el correspondiente Fondo, por iguales partes, acciones que equivalgan al monto del tributo. La suscripción del cincuenta por ciento de la suma total, se hará en el Fondo del lugar en donde el interesado tenga sus ganados o, si los tiene en varios sitios, se hará en las respectivas instituciones en proporción al valor del ganado que posea en ese territorio. Pero si en la correspondiente sección no existieren Fondos, la suscripción podrá hacerse en cualquiera de los establecidos o en el Banco Ganadero.

Así, pues, de acuerdo con el tenor literal y con el espíritu de la ley, el ganadero podrá cancelar las sumas indicadas o a título de impuesto, o a título de suscripción de acciones, pero en uno u otro caso, las cantidades correspondientes entrarán al Banco y al Fondo de la respectiva sección, por iguales partes. Pero, ¿cómo resuelve la ley el problema de la distribución cuando el ganadero posee semovientes en lugares distintos y vinculados a diferentes Fondos? El artículo 6º dice que la división entre éstos se hará en proporción al valor del ganado que tenga en cada uno de ellos, pero no indica el camino que haya de seguirse para saber cuál es la cantidad de cabezas que realmente se poseen en este o en aquel sitio. A falta de esa disposición expresa, era preciso aplicar el principio general de la legislación tributaria de que son los propios contribuyentes quienes deben suministrar las informaciones necesarias en sus respectivas declaraciones, y así se dispuso en el decreto reglamentario, con la adición de que si el interesado no hace tales especificaciones, se presumirá que los ganados se encuentran en el "domicilio fiscal del contribuyente".

Cabe observar que la Ley 81 de 1960 y el Decreto 437 de 1961, siguiendo en este punto la orientación de los estatutos anteriores, dicen que el domicilio fiscal se establecerá de acuerdo con las normas del Código Civil y que, en caso de duda, o cuando una persona tuviere varios, será el del asiento principal de sus negocios. Así, pues, cualquier situación de incertidumbre en relación con el domicilio fiscal, habrá de resolverse de acuerdo con la regla especial del artículo 18 de la Ley 81 de 1960, es decir, aceptando como tal el correspondiente al asiento principal de los negocios. Y como el silencio del contribuyente sobre la distribución de sus ganados en 31 de diciembre del año gravable crea una duda para efectos de la división del impuesto o de las acciones entre los Fondos Ganaderos, era preciso acudir a los principios genera-

les consagrados en la legislación tributaria y aceptar que los semovientes se encuentran, o se encontraban en la fecha indicada, en el territorio del Fondo correspondiente al domicilio fiscal del contribuyente y que, de consiguiente, la suscripción se hiciera en él.

De conformidad con estos razonamientos, no resultan muy acertadas las alegaciones del demandante y del Agente del Ministerio Público cuando aseveran que en el artículo impugnado del decreto reglamentario se estableció una presunción no consagrada por la ley. Ciertamente que la norma concreta que se pretendía desarrollar, aisladamente considerada, no la estructura en forma expresa y categórica, pero del espíritu general de esa disposición, de la falta de información del contribuyente, y de las reglas de la legislación tributaria, se infiere que el decreto reglamentario, al precisar los hechos básicos de la presunción y al establecerla explícitamente, no hizo cosa distinta que la de reconocer lo que ya estaba implícitamente regulado en otros estatutos de carácter tributario, cuyos ordenamientos era necesario tomar en cuenta.

Por otra parte, a manera de fundamento adicional de este fallo, la Sala prohija la motivación del auto que negó la suspensión provisional, contra el cual no ha habido objeción alguna de parte del demandante, ni fue objeto del recurso de súplica. En esa providencia se dijo:

"Ciertamente que en el ordenamiento administrativo enjuiciado se consagra una presunción que no está expresamente establecida en la ley que se reglamenta, pero de la verdad de esa premisa no se deducen necesariamente las conclusiones que el actor pretende sacar. El sentido de las disposiciones legales no se encuentra solamente en las palabras empleadas para expresarlo, sino también en todo aquello que por su naturaleza va implícito en el texto. Analizado a primera vista, tal como corresponde hacerlo en esta oportunidad procesal de la suspensión provisional en la cual no es del caso entrar al estudio de fondo de la controversia, el precepto que el demandante estima quebrantado impone la obligación a los ganaderos de hacer la suscripción de acciones en el lugar en donde el contribuyente tenga sus ganados para obtener el beneficio de la exoneración del impuesto. De igual manera, en el evento de que los tenga en diferentes sitios correspondientes a distintos Fondos, deben hacer las suscripciones en la debida proporción. Así, pues, en ese mandato legal se señalan obligaciones al contribuyente que quiera aprovecharse de la ventaja ofrecida y, consiguientemente, éste debe facilitar a la administración pública los elementos de juicio necesarios para que aprecie si el ganadero está colocado en uno u otro de los dos supuestos que establece la ley.

"En el artículo 6º se señalan dos hipótesis: O el interesado tiene

todos sus ganados en lugar correspondiente a un solo Fondo, o los tiene en sitios pertenecientes a diversos Fondos. Como lo normal y corriente es que ocurra el primer supuesto, y lo excepcional es que suceda el segundo, no parece a primera vista que el espíritu de la disposición legal cerrara todas las posibilidades de que en el decreto reglamentario se consagrara como presunción aquello que es de común ocurrencia, máxime cuando al interesado se le ha brindado la oportunidad de declarar que está en la segunda hipótesis legal. Si así no lo hace, es porque se ha atenido y quiere que se le aplique la regla general..."

Por las razones enunciadas, la Sala estima que no es fundada la acusación hecha en el libelo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de su colaborador fiscal,

FALLA:

Niéganse las súplicas de la demanda en el presente juicio.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez D. — Alvaro Cajiao Bolaños, Secretario.

ORDEN NACIONAL.

DECRETOS DEL GOBIERNO

SEPARACION TEMPORAL DE LAS FUERZAS ARMADAS COMO CONSECUENCIA NECESARIA DEL FALLO DE LA JUSTICIA CASTRENSE QUE SANCIONA A UN OFICIAL CON LA MEDIDA DE SEGURIDAD CONSISTENTE EN LA LIBERTAD VIGILADA. — Si al Oficial se le impuso la pena o la medida de libertad vigilada, y si esa sanción no se puede cumplir mientras permanezca en servicio activo en razón de la incompatibilidad existente entre las dos situaciones, ha de optarse necesariamente por el extremo en que la sentencia produzca todos sus efectos y no por aquel en que resulte noperante. De allí que la separación temporal venga a ser una consecuencia obligada del fallo, no a manera de sanción accesoria a la medida de seguridad, sino como determinación administrativa para que la condena pueda cumplirse.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., 28 de junio de 1963.

(Consejero Ponente: Dr. CARLOS GUSTAVO ARRIETA)

REF.: Expediente Nº 1.569. — Decretos del Gobierno. — Actor: GUILLERMO LOZANO G.

El Consejo Verbal de Guerra convocado para juzgar al sub-teniente de infantería de marina Guillermo Lozano Garrido, en sentencia de primero de octubre de 1959, declaró que las imputaciones de ataque a un centinela que se le formularon no las consideraba la ley como infracción penal y, en consecuencia, dispuso la cesación de todo procedimiento contra el incriminado por razón de tales hechos. En cambio, se le condenó "a la Medida de Seguridad de LIBERTAD VIGILADA por el término de VEINTICINCO MESES" que se cumpliría "en una Casa de Salud designada por el COMANDO DE LA ARMADA NACIONAL, y a las accesorias de separación absoluta de las Fuerzas Militares con la pérdida del grado, del derecho de usar uniformes, insignias, condecoraciones o medallas militares, pensión, sueldo de retiro, recompensa y demás prestaciones militares por servicios anteriores, y a la pérdida de los derechos políticos por el tiempo de duración de la pena principal impuesta, como responsable de los delitos militares de DESOBEDIENCIA Y ATAQUE AL INFERIOR..." Se le absolvió, además, de los cargos que le fueron deducidos como responsable del delito militar de abandono del puesto.

El Tribunal Superior Militar, en fallo de 1º de junio de 1960, dispuso lo siguiente:

"Confirmar en parte la sentencia de fecha primero de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve, por medio de la cual se condena al sub-teniente de infantería de marina GUILLERMO LOZANO GARRIDO a la medida de seguridad de LIBERTAD VIGILADA, como autor responsable de los delitos de DESOBEDIENCIA Y ATAQUE AL INFERIOR por él cometidos en las circunstancias de modo, tiempo y lugar de que habla el proceso; 2º—Modificarla, en el sentido de condenar al nombrado Oficial LOZANO GARRIDO a dos años de LIBERTAD VIGILADA, que cumplirá no en una casa de salud, sino al cuidado de su familia; 3º—REVOCARLA, en cuanto le impone al sentenciado las penas accesorias de separación absoluta de las Fuerzas Armadas, pérdida del grado, del derecho de usar uniforme, insignias, condecoraciones o medallas militares, pensión, sueldo de retiro, recompensas y demás prestaciones militares por servicios anteriores, y pérdida de los derechos políticos, desde luego que la ley no ha previsto sanciones secundarias para las medidas de seguridad; 4º—ORDENAR que, previamente a la ejecución de la medida que se decreta, y para garantizar el cumplimiento de la misma, se suscriba una diligencia por medio de la cual el padre del sentenciado, si viviere, o a falta de éste un familiar suyo de mayor edad, dignidad y gobierno, se comprometa a cuidar de que la LIBERTAD VIGILADA a que se condena al acusado habrá de tener estricta aplicación práctica, y evitar que éste concurra a establecimientos públicos en que expendan bebidas alcohólicas, durante el tiempo de los dos años atrás señalados; y 5º—CONFIRMAR en lo demás".

Fundado en la segunda decisión transcrita, el gobierno expidió el Decreto número 1.639 de 12 de julio de 1960, por medio del cual se dispuso:

"Artículo único. — Sepárase en forma absoluta de las Fuerzas Militares al señor Subteniente de Infantería de Marina LOZANO GARRIDO GUILLERMO 113970, por las razones anotadas en la parte motiva de este Decreto. — Parágrafo. La novedad fiscal dispuesta en el presente Decreto surte efectos con fecha primero (1º) de julio de 1960".

Posteriormente, con base en los artículos 21 del Decreto 2733 de 1959 y 57 de la Ley 126 del mismo año y considerando que la sentencia de primero de junio de 1960 no había sido bien aplicada en el acto administrativo que se transcribió anteriormente, el gobierno dictó el Decreto número 1350 de 20 de junio de 1961, por medio del cual se dispuso:

"Artículo 1º—Revócase el Decreto Nº 1639 de 1960 (julio 12), por medio del cual se separó en forma absoluta de las Fuerzas Militares al señor Subteniente de Infantería de Marina GUILLERMO LOZANO GA-

RRIDO Artículo 2º—En acatamiento de la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior Militar, sepárase en forma temporal de las Fuerzas Militares, por el término de dos (2) años, a partir del 1º de julio de 1960, al señor Subteniente de Infantería de Marina GUILLERMO LOZANO GARRIDO".

Con apoyo en los antecedentes relatados, debidamente resumidos por la Sala, y en las consideraciones de derecho que más adelante se expresarán, el subteniente Guillermo Lozano Garrido, obrando por medio de su apoderado especial y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, demandó del Consejo de Estado la declaratoria de nulidad del artículo 2º del Decreto número 1350 de 20 de junio de 1961. Solicitó, además, que se le restablezca el derecho de que fue ilegalmente desposeído por "medio del artículo 1º del Decreto Nº 1639 de julio 12 de 1960", ordenamiento que ha continuado desconociendo su situación jurídica a pesar de su revocación; que se ordene su restablecimiento al servicio activo en el grado que le corresponde, y el pago de los sueldos dejados de devengar a partir de la vigencia del Decreto 1639 de 1960, revocado por la decisión demandada, hasta la fecha de su reincorporación a las Fuerzas Armadas, sin excluír los dos años de separación temporal, ni el tiempo que estuvo suspendido por razón de la detención preventiva en el proceso penal; que se disponga el pago de las partidas suplementales, primas, prestaciones sociales, auxilios de cesantía y bonificaciones asignadas al cargo; que se declare que no ha habido interrupción en las relaciones de servicio público y en el servicio activo; que se le reparen los perjuicios ocasionados por el Decreto 1639 de 1960; que se diga que el actor recibió con justo título el cincuenta por ciento del sueldo que le había sido retenido; y, por último, que se declare que entregada la suma de $ 15.885.00 al demandante, sólo la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Armadas tiene las acciones de que trata el parágrafo 2º del a tículo 525 del Código de Justicia Penal Militar.

En la demanda se estima que el acto administrativo enjuiciado viola el artículo 55 de la Constitución Nacional, porque el Gobierno invadió la órbita de competencia de la rama jurisdiccional al no cumplir la sentencia del Tribunal Superior Militar en la forma que ella fue dictada, y al imponer una sanción que el fallo no contempla; que infringe igualmente el artículo 119 de la Carta fundamental, porque entre las atribuciones conferidas por esa norma al Presidente de la República no figura la de interpretar las decisiones judiciales en forma distinta a sus ordenaciones, ni la de aplicar sanciones accesorias; que también viola los artículos 40, 41 y concordante del Código de Justicia Penal Militar, porque el Gobierno usu pó funciones atribuídas al órgano jurisdiccional, y a través de esas normas infringió el artículo 26 de la Constitución, en razón de que el Gobierno no es tribunal competente

para aplicar una sanción que no se impuso por los jueces; y, finalmente, que quebranta el artículo 57 de la Ley 126 de 1959, porque la sentencia que imponía la sanción accesoria de separación absoluta de las Fuerzas Armadas fue revocada por considerar ilegal esa pena, y porque sólo el órgano jurisdiccional tiene facultades para imponerla. Como consecuencia de todo lo anterior, el apoderado del actor estima que el acto acusado violó igualmente el fallo que pretendía acatar.

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado, en su vista de fondo, solicita que se acceda a las súplicas primera y segunda del libelo, por considerar que la sentencia de segunda instancia no impone penas accesorias, en tanto que en el decreto atacado sí se ordena la de separación temporal. Estima igualmente el señor Agente del Ministerio Público que debe rechazarse la petición tercera, por cuanto el Decreto número 1639 de 1960 no está subjudice.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dice el artículo 28 del Código de Justicia Penal Militar que si al tiempo de cometerse el hecho, el agente se encontrare en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padeciera de grave anomalía psíquica, "se aplicarán medidas de seguridad en vez de penas militares", y el 61 del mismo estatuto expresa que son medidas de seguridad para los delincuentes a que se refiere aquella norma, entre otras, la prohibición de concurrir a determinados lugares públicos y la libertad vigilada. Y en armonía con los dos ordenamientos anteriores, los artículos 65 y 66 ibídem estatuyen que la prohibición de concurrir a determinados lugares públicos consiste en privar a los intoxicados por el alcohol o por alguna sustancia venenosa del derecho de asistir a establecimientos abiertos para el público, donde se expendan bebidas alcohólicas, y a los sitios donde se considere que se comercia clandestinamente con sustancias narcóticas, "o donde las condiciones del ambiente, la índole de las personas que suelen congregarse, etc., pueden impulsarlos a cometer infracciones"; y que la libertad vigilada consiste, para los enfermos de la mente o intoxicados, en confiarlos al cuidado de su familia o en internarlos en una casa de salud, hospital o manicomio común, bajo la inspección del Consejo de Patronato y por un tiempo no menor de dos años.

Los preceptos comentados anteriormente son similares a los correspondientes del Código Penal, y en relación con estos últimos ha dicho la Corte Suprema de Justicia (Casación de 27 de septiembre de 1955, LXXXI, pág. 304) que las "medidas de seguridad no tienen el carácter técnico de penas, sino más bien de sistemas preventivos, por-

que al hacerlas efectivas colocan a la persona en imposibilidad de cometer un nuevo delito, medidas que se aplican a sujetos que por cualquier circunstancia o eventualmente se hallan fuera de la psiquis normal".

De los textos legales mencionados, de la doctrina transcrita, y del nombre jurídico que se le da a esta clase de sanciones, se infiere claramente que la finalidad perseguida con la aplicación de las medidas de seguridad consistentes en la libertad vigilada y en la prohibición de concurrir a determinados lugares públicos, es la de impedir la reincidencia, la de prevenir por tales medios nuevas infracciones a la ley penal, y la de colocar al sentenciado en imposibilidad de incurrir otra vez en el delito, como lo dice la Corte en la jurisprudencia citada.

Todo ello comporta la idea de que la situación jurídica de las personas condenadas a las medidas de seguridad de libertad vigilada y de prohibión de asistir a ciertos lugares públicos, no puede ser en ningún caso la misma que tienen los individuos que no han sido sancionados en esa forma y que, de consiguiente, los derechos de que gozan aquéllas no son iguales a los derechos de que disfrutan éstos. Las primeras disponen de una libertad restringida y cercenada por la sentencia, en tanto que los segundos disfrutan de la plenitud de su libertad.

Estas ideas, aplicadas a los Oficiales de las Fuerzas Armadas, implican que aquellos que hubieren sido condenados a las dos medidas de seguridad mencionadas y que tengan que permanecer al cuidado de su familia, están, por sobre todo, sujetos a ese poder que es superior inclusive a aquel otro que sobre el Oficial sentenciado ejercen sus jefes y aún el mismo Gobierno. El fallo, por razón de la fuerza jurídica que lo acompaña, sustrae temporalmente al condenado del poder jerárquico de sus superiores para colocarlo bajo un poder distinto y dentro de una especie de régimen de tutela. Esta situación jurídica es manifiestamente incompatible con la disciplina militar y, por lo tanto, con las exigencias del servicio activo.

Si el Oficial sentenciado continuara en filas, ante las posibles órdenes opuestas de la familia que lo custodia y de los jefes militares, se vería precisado, o a acatar las primeras con violación de la disciplina castrense, incurriendo así en un nuevo delito, o a obedecer las segundas, con infracción directa del fallo condenatorio.

Pero hay algo más. La medida de seguridad consistente en la libertad vigilada al cuidado de su familia, implica necesariamente que el Oficial ha de residir en el lugar en donde habitan las personas que ejercen esa tutela, porque de no ser así, éstas no podrían responder de

la obligación que se les impuso. Ello significaría que el militar no podría ser trasladado a un sitio distinto y que un marino tendría que desempeñar sus funciones en tierra firme, cuando su familia residiera en el interior del país.

Ciertamente que la sentencia del Tribunal Superior Militar no condenó expresamente al actor a la separación temporal de las Fuerzas Armadas, y que no se le impusieron penas accesorias; pero de la verdad de esa premisa no se pueden deducir las conclusiones que se sacan en la demanda. En un fallo, como en todo acto jurídico, hay ordenamientos claros, explícitos y concretos, y hay otros que se derivan naturalmente de los primeros y que, por consiguiente, están implícitos en éstos. Son las consecuencias necesarias, forzosas e ineludibles de las disposiciones expresas, sin las cuales no se pueden cumplir estas últimas. Si al demandante se le impuso la pena o la medida de libertad vigilada, y si esa sanción no se puede cumplir mientras permanezca en servicio activo en razón de la incompatibilidad que existe entre las dos situaciones, ha de optarse necesariamente por el extremo en que la sentencia produzca todos sus efectos y no por aquel en que resulte inoperante. De allí que la separación temporal venga a ser una consecuencia obligada del fallo, no a manera de sanción accesoria a la medida de seguridad, sino como determinación administrativa para que la condena pueda cumplirse.

Como el gobierno tiene la obligación de cumplir y de hacer cumplir en su integridad las sentencias de los tribunales, y como la que fue dictada contra el demandante no se puede ejecutar debidamente sin que se tomen las providencias administrativas que la decisión judicial comporta de manera necesaria, el Gobierno ha de disponer de los poderes jurídicos indispensables para que el fallo se aplique. De allí que al artículo 57 de la Ley 126 de 1959 no se le pueda atribuir el alcance limitado que le da el apoderado del actor. Acatar una sentencia no es sólo obedecerla mecánicamente, sino también proveer de los elementos indispensables para que ella surta la totalidad de sus efectos. Si la administración pública, en vez de adoptar las medidas conducentes a la aplicación total de la decisión judicial, se abstiene de hacerlo, no está acatando los ordenamientos jurisdiccionales, sino entrabando su cumplimiento. Así, pues, no se puede sostener con razón valedera que la expedición de aquellos actos administrativos necesarios para la ejecución de una sentencia, aunque esos actos afecten al condenado, constituyan una especie de penas accesorias no previstas en el fallo. Ellos son simples consecuencias obligadas de la decisión tomada por los jueces, sin las cuales su pronunciamiento sería inoperante.

Por las razones que se dejan esbozadas anteriormente, la Sala es-

tima que no es el caso de acceder a las peticiones de la demanda.

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,

F A L L A :

Niéganse las peticiones de la demanda formuladas por el Subteniente Guillermo Lozano Garrido, por medio de apoderado especial.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez D. — Alvaro Cajiao Bolaños, Secretario.

* * *

ORDEN NACIONAL

Decretos Ejecutivos

I. ACTOS COMPLEJOS (Acto aprobatorio y acto aprobado). **Eventos en que no es indispensable demandar todos y cada uno de los diversos actos que han contribuído a formar el complejo. No se configura la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda cuando sólo se acusa el acto aprobatorio y no se hace lo propio respecto del aprobado, pues si, como es evidente, este último carece de eficacia sin la existencia del primero, al ser anulado aquél, el aprobado perdería su virtualidad jurídica.**

II. CAJA DE VIVIENDA MILITAR. (Intereses de los préstamos que concede a suc afiliados. Norma que desde la fundación de ella ha regido la materia). **La norma legal que ha regulado lo relativo al monto de los intereses de los préstamos que la Caja de Vivienda Militar otorga a sus afiliados, es el artículo 13 del Decreto Legislativo número 2767 de 1953, cuya disposición fue repetida por el artículo 14 del Decreto Ley 1018 de 1960, reorgánico de dicha entidad. El artículo 27 de los primitivos estatutos de la Caja, aprobados por Decreto Ejecutivo número 847 de 1957 era inaplicable por violentar la jerarquía de las normas legales, al tenor de los artículos 11 y 13 de la Ley 153 de 1887 y 240 del C. de R. P. y M.**

III. DERECHOS ADQUIRIDOS. — El Decreto Ejecutivo número 1673 de 1960, que aprobó la reforma de los Estatutos de la Caja de Vivienda Militar acordada el 14

de noviembre de 1958, no viola el artículo 30 de la Constitución. Esa violación sólo se habría configurado si se hubiese comprobado que en los contratos celebrados entre la Caja y sus afiliados se habían estipulado intereses a la rata del 5% anual, y que con el decreto demandado se desconoció lo pactado para cobrarlos al 8%.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., quince de julio de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. ALEJANDRO DOMINGUEZ MOLINA)

El doctor Alvaro Rubio Salas, obrando en su propio nombre, presentó demanda el 4 de abril de 1961, para que se declare la nulidad del Decreto número 1673 de 15 de julio de 1960, originario del Ministerio de Guerra, "por el cual se aprueba una modificación de los estatutos de la Caja de Vivienda Militar".

Los hechos fundamentales de la acción se resumen así:

1º—La Caja de Vivienda Militar fue reorganizada por el Decreto Legislativo 2767 de 1953, en cuyo artículo 13 se dispuso lo siguiente:

"Los préstamos que otorgue la Caja se harán con un plazo hasta de veinte años (20), por el sistema de amortización gradual, con intereses no mayores del ocho por ciento (8%) anual y con garantía hipotecaria de primer grado sobre la vivienda";

2º—"El Decreto legislativo número 1082 de 11 de mayo de 1956, dictó algunas medidas sobre la Caja de Vivienda Militar, y especialmente el artículo 6º de tal disposición ordenó que "la Caja de Vivienda Militar procederá a elaborar nuevos estatutos que deben regir su organización y funcionamiento como entidad autónoma con personería jurídica, ajustándose a las disposiciones legales vigentes que la regulan. Dichos estatutos se someterán a la aprobación del Gobierno";

3º—Con fundamento en el mandato antes citado, la Caja elaboró sus nuevos estatutos que fueron aprobados por el Decreto Ejecutivo número 847 del 26 de abril de 1957, estatutos en cuyo artículo 27 se determinó que "el capital pendiente y los intereses a favor de la Caja se cubrirán por el sistema de amortización gradual, por cuotas mensuales y anticipadas y plazo hasta de veinte años, con el interés que fije la Junta Directiva y que en ningún caso podrá exceder del 5% anual";

4º—"Sin embargo, la Junta Directiva de la Caja, en sesión del 14 de noviembre de 1958, Acta Nº 100, fijó en un 8% la tasa del interés

que debía gravar los préstamos que la Entidad hiciera a sus socios. Pero esta reforma no fue sometida a la aprobación gubernamental como lo ordenaba el artículo 50, letra e) de los Estatutos de la Caja";

5º—En uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1958, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 1018 de 20 de abril de 1960, reorgánico del funcionamiento de la Caja, y derogó por el artículo 46, las disposiciones que regulaban la anterior organización, entre ellas el Decreto 847 de 1957 que aprobó sus estatutos;

6º—Por el artículo 14 del Decreto 1018 antes mencionado se determinó que los préstamos que otorgue la Caja pueden ser gravados "con interés hasta el ocho por ciento (8%) anual", con lo cual modificó la norma del artículo 27 de los Estatutos aprobados por el Decreto 847 de 1957, que establecía que el interés de los préstamos "en ningún caso podrá exceder del 5% anual";

7º—"El 15 de julio de 1960, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ejecutivo Nº 1673, por medio del cual se aprobó a partir del 14 de noviembre de 1958, la reforma estatutaria propuesta por la Junta Directiva de la Caja y consistente en elevar hasta el 8%, el porcentaje del interés de los préstamos concedidos por la Institución".

La demanda acusa este último Decreto de violar los artículos 3º, 14 y 38 de la Ley 153 de 1887, el artículo 46 del Decreto Ley 1018 de 1960 y el artículo 30 de la Constitución Nacional. Y en cuanto al concepto de violación de estas normas, expuso en síntesis:

El artículo 27 de los Estatutos aprobados por el Decreto 847 de 1957 sustituyó el artículo 13 del Decreto 2767 de 1953, "pues limitó la facultad de pactar intereses hasta en un 5%, manifestando además que 'en ningún caso podrá exceder' de tal porcentaje". La validez de dicho artículo 27 de los Estatutos "era indiscutible, teniendo en cuenta que estaba encaminada a la cumplida ejecución de lo que disponía el artículo 13 y casi podría decirse que venía a modificar a éste, sin, en ningún caso, exceder la potestad reglamentaria". El 20 de abril de 1960 al expedirse el Decreto 1018 se sustituyeron tanto el artículo 13 del Decreto 2767 de 1953, como su norma reglamentaria el artículo 27 de los Estatutos aprobados por el Decreto 847 de 1957, y a partir de esa fecha "la Caja fue liberada del límite del 5% que le imponía el artículo 27 de los Estatutos". Pero, el 15 de julio de ese mismo año, el Gobierno por el Decreto 1673, aprobó la reforma estatutaria establecida por la Junta Directiva el 14 de noviembre de 1958. No "era legal el 15 de julio aprobar una reforma estatutaria con retroactividad de 1 año y 8 meses", porque "una reforma estatutaria aprobada por el Gobierno

con posterioridad al 20 de abril de 1960, y que venía a modificar, en lo que respecta al porcentaje del interés, una norma ya sustituída por otra, sería una reforma que pretendía revivir tal disposición para luego reformarla, violando claramente lo dispuesto en los artículos 3º y 14 de la Ley 153 de 1887..." "De otra parte el Decreto 1673 de 15 de julio de 1960, pretende legalizar una modificación en la rata de intereses que debía estipularse o había debido estipularse en los contratos celebrados por la Caja con sus socios con anterioridad al 20 de abril de 1960. O lo que es lo mismo, el Decreto Ejecutivo Nº 1673 de 15 de julio de 1960 trata de sustituir o derogar el artículo 46, inciso segundo, del Decreto Ley Nº 1018 de 20 de abril de 1960 que ordena que las operaciones, actas o contratos iniciados y perfeccionados antes de su vigencia, continuarán rigiendo por las normas que les dieron origen". Como la reforma estatutaria sólo adquirió validez el 15 de julio de 1960 y el artículo 27 de los Estatutos aprobados por el Decreto 847 de 1957 estaba vigente el 20 de abril de 1960 en que fue expedido el Decreto 1018, ese artículo estatutario "era una de las reglas a las cuales debían ceñirse los contratos, actos u operaciones que celebrara la Caja según el mandato del artículo 46 del Decreto Ley 1018 de 1960", y por consiguiente el Decreto acusado violó esta última norma. Además es también ilegal "porque va contra el mandato del artículo 38 de la Ley 153 de 1887" pues "todas las personas que celebraron contratos con la Caja entre el 14 de noviembre de 1958 y el 20 de abril de 1960, tienen derecho a que en sus contratos se entienda incorporada la norma vigente en el momento de la celebración del contrato en cuanto a los intereses que se pactaron, y esta norma no es otra que el artículo 27 de los estatutos, por cuanto el Decreto que se demanda, el número 1673 de 15 de julio de 1960, mal podía estar vigente en ese período". Por último, estima la demanda que el Decreto acusado es inconstitucional, pues contraría el artículo 30 de la Carta, porque "es un derecho adquirido de los socios que contrataron con la Caja entre el 14 de noviembre de 1958 y el 20 de abril de 1960, que sus préstamos pueden ser amortizados de conformidad con lo estipulado por el artículo 27 de los Estatutos. La reforma estatutaria hecha un año y ocho meses después, luego de haber celebrado los contratos los socios, vulnera ese derecho adquirido puesto que pretende legalizar las actuaciones arbitrarias de la directiva de la Caja a ese respecto. Y, naturalmente, con el citado Decreto número 1673 de 15 de julio de 1960, se desconoce y destruye totalmente el principio general de derecho de la irrectroactividad de las leyes, principio acogido en forma unánime por la doctrina, por la legislación y por la jurisprudencia, y principio en el cual se fundamenta el artículo constitucional citado".

Solicitó la demanda en forma expresa, la suspensión provisional del Decreto, por considerar manifiestas las violaciones expresadas, pero la medida se negó en providencia que fue consentida por el actor.

El juicio se tramitó con la intervención de apoderado designado por el Secretario General del Ministerio de Guerra y apoderado nombrado por la Caja de Vivienda Militar que se constituyó en parte impugnadora de la demanda.

El señor Fiscal Primero, doctor Francisco José Camacho Amaya, alegó en su vista de fondo la excepción de inepta demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"El acto acusado dispone en su artículo único: "APRUEBASE, a partir del 14 de noviembre de 1958, la modificación a los estatutos efectuada por la Junta Directiva de la Caja de Vivienda Militar, consistente en el aumento de intereses para préstamos hasta el límite legal del 8% anual".

"Los estatutos de la Caja, aprobados por el Decreto Ejecutivo 847 de 1957, disponían en su artículo 27 cuál era el interés máximo que podía fijarse por la Junta Directiva para los préstamos o créditos que se otorgaran a los socios. Esa rata que era del 5% anual, fue modificada por la Junta Directiva en su sesión del 14 de noviembre de 1958, acta número 100, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto Legislativo número 2767 de 1953, se aumentó al 8% anual. El Decreto acusado se limita a aprobar la modificación que de esta manera hiciera la Junta Directiva de la Caja a los estatutos de la misma.

"De lo anterior se deduce que estamos en presencia de un acto complejo, constituído por la decisión de la Junta Directiva de la Caja que modificó los estatutos de esa entidad y que consta en el acta número 100 correspondiente a la sesión del 14 de noviembre de 1958 (ver artículo 27 de los estatutos, pág. 43, que obran en el expediente como prueba), y además por el Decreto Ejecutivo número 1673 de 1960, aprobatorio de la modificación estatutaria. Por consiguiente, la demanda de nulidad ha debido intentarse no sólo contra el acto determinante, vale decir, contra la decisión de la Junta Directiva de la Caja de modificó la disposición estatutaria contenida en el artículo 27.

"Haciendo uso de términos escogidos por el Consejo de Estado en sentencia de 25 de agosto de 1954, 'se atacó la consecuencia y no la causa' y por tanto la demanda resulta sustantivamente inepta, como debe declararlo la H. Corporación".

Para fallar, la Sala considera:

Es cierto que la demanda no impugna la legalidad de la reforma

estatutaria adoptada por la Junta Directiva de la Caja de Vivienda Militar, el 14 de noviembre de 1958, sino el Decreto 1673 de 15 de julio de 1960 que aprobó tal reforma. Pero es obvio que aunque la acción se endereza únicamente contra este último acto, su finalidad es la de dejar sin validez la reforma estatutaria, haciendo desaparecer de la vida jurídica su aprobación, porque sin ésta, dicha reforma carecería de eficacia jurídica.

Controvierten los expositores de Derecho Administrativo si la aprobación y el acto aprobado forman o no un acto complejo. Sostienen algunos la negativa, pues consideran que la aprobación es acto administrativo independiente del sometido a ella, que éste y la aprobación no forman un acto complejo "porque no existe, en realidad, fusión de voluntades del ente controlante y el controlado, y falta, además, la unidad de fin que es característica del acto complejo". (El Acto Administrativo, Manuel María Díez, edición 1961, pág. 136).

Pero, aunque se admita la tesis opuesta, es decir la de que sí hay acto complejo, no se llegaría necesariamente a la conclusión de que la demanda sea inepta porque se acusa únicamente el acto de aprobación. En efecto: Es cierto que el Consejo en numerosos fallos ha sostenido que cuando se trata de actos formados por el concurso de varias voluntades que actúan en forma separada en orden al mismo objeto —actos complejos—, debe acusarse el conjunto, para que la jurisdicción contencioso-administrativa tenga competencia para revisar y resolver sobre todo el proceso de formación del acto y se evite que, por la acusación de uno de los actos que lo componen, pueda llegarse al resultado de que al ser anulado, los demás conserven su vigencia y se haga estéril la sentencia. Pero la misma jurisprudencia de la Corporación ha aceptado que si por la anulación de uno solo de los actos que integran el acto complejo, dejan de existir jurídicamente los demás, es evidente que no hay necesidad de acusarlos a todos. Esto ocurre indudablemente cuando, como en el caso de autos, se ha demandado únicamente el acto de aprobación y la acción no se ha enderezado también contra el acto aprobado, porque si éste carece de eficacia jurídica, o como dice Bielsa "no tiene vitalidad definitiva hasta que el órgano o autoridad competente lo apruebe" (Derecho Administrativo, 5ª Ed., Tomo II, página 41), si se llegara a anular el acto aprobatorio, necesariamente perdería su eficacia o vitalidad jurídica el acto aprobado.

Sostiene la demanda que el Decreto acusado viola los artículos 3º y 14 de la Ley 153 de 1887, porque sustituído el 20 de abril de 1960, por el Decreto Ley número 1018, el artículo 27 de los Estatutos aprobados por el Decreto Ejecutivo 847 de 1947, al ser aprobada el 15 de julio de 1960, por el Decreto demandado, la reforma estatutaria con

retroactividad al 14 de noviembre de 1958, no se hizo otra cosa que revivir el artículo sustituído, para reformarlo.

Mas, no es esto lo que aparece si se estudian las normas orgánicas de la Caja de Vivienda Militar desde el año de 1953. En efecto: Disponía el Decreto Legislativo 2767 de 1953 que "los préstamos que otorgue la Caja se harán con plazo de veinte (20) años, por el sistema de amortización gradual, con intereses no mayores del ocho por ciento anual..." Y disponía el artículo 6º del Decreto Legislativo 1082 de 1956 que los Estatutos de la Caja debían elaborarse "ajustándose a las disposiciones legales vigentes que la regulan". Sin embargo, al dictarse tales Estatutos que fueron aprobados por el Decreto Ejecutivo 847 de 1957, se dispuso en el artículo 27 que el interés sería el "que fije la Junta Directiva y que en ningún caso podrá exceder del 5% anual", o sea que, mientras el Decreto Legislativo 2767 de 1953, reorgánico de la Caja, permitía cobrar intereses no mayores del 8%, los Estatutos aprobados por Decreto Ejecutivo prohibían que pasaran del 5%. Como los actos ejecutivos del Gobierno "tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución y a las leyes" y "los decretos de carácter legislativo expedidos por el Gobierno a virtud de la autorización constitucional, tienen completa fuerza de leyes", según los artículos 12 y 11 de la Ley 153 de 1887, surge con claridad diáfana que sobre lo dispuesto por el artículo de los Estatutos aprobados por decreto ejecutivo, prevalecía lo ordenado en el Decreto Legislativo y que la Caja en la fijación de los intereses debía aplicar éste y no aquél. Jurídicamente es inaceptable la tesis de la demanda de que pudieran los Estatutos aprobados por Decreto Ejecutivo, modificar el Decreto Legislativo y que sólo viniera a quedar liberada la Caja del límite del 5% el 20 de abril de 1960, en que se dictó el nuevo Decreto Legislativo, reorgánico de la entidad (Decreto 1018 de 1960) que precisamente en su artículo 14, no hizo más que repetir, en cuanto al monto de intereses, lo que decía el artículo 13 del Decreto Legislativo 2767 de 1953. La disposición legal que ha regido, pues, desde 1953 sobre el monto del interés de los préstamos de la Caja es la contenida, primero en el artículo 13 del Decreto Legislativo 2767 de ese año y, después, en el artículo 14 del Decreto Ley 1018 de 1960. En consecuencia, mal puede decirse que por haberse aprobado por el Decreto acusado la reforma de los Estatutos hechos el 14 de noviembre de 1958, se reviviera una disposición ya sustituída, para reformarla, cuando lo que se hizo fue ajustar en ese entonces los Estatutos, en lo referente a intereses, a la disposición legal vigente. No resulta, pues, fundado el cargo de violación de los artículos 3º y 14 de la Ley 153 de 1887.

Ahora bien, si en lo referente a la estipulación del interés máximo, debía aplicarse de preferencia lo que disponía el artículo 13 del

Decreto Legislativo 2767 de 1953, por virtud de lo ordenado en el artículo 11 de la Ley 153 de 1887, como por el orden de prelación establecido en el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal, era a esa regla a la que debían ceñirse los contratos celebrados por la Caja antes de la vigencia del Decreto-Ley 1018 de 1960 y la que continuaba rigiéndolos con posterioridad, conforme al artículo 46 de este Decreto-Ley, y por consiguiente, el Decreto acusado no violó en forma alguna esta última disposición, como tampoco la contenida en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, porque no cabe sostener legalmente que quienes contrataron con la Caja entre el 14 de noviembre de 1958 y el 20 de abril de 1960 tuvieran derecho a que sus contratos se sujetaran, en cuanto al máximo de intereses, a lo que disponía el artículo 27 de los Estatutos y no a lo ordenado en la norma de superior jerarquía con la cual era incompatible. Pactados los intereses en tales contratos, con aplicación del artículo 13 del Decreto Legislativo 2767 de 1953, que era la norma legalmente aplicable y no la del artículo 27 de los Estatutos aprobados por el Decreto Ejecutivo 847 de 1957, los socios que contrataron con la Caja no pudieron haber adquirido jamás el derecho a que sus deudas sólo pudieran ser gravadas con el interés del 5% anual que señalaba esa última disposición, y por tanto, con el Decreto acusado tampoco pudo haberse infringido el artículo 30 de la Constitución Nacional, porque esto sólo era posible en el caso de que en tales contratos se hubieran estipulado los intereses a la rata del 5% y se hubiera demostrado que con el Decreto demandado se desconoció lo pactado para cobrar intereses al 8% anual.

Las consideraciones anteriores son suficientes para concluir que la demanda es infundada.

Por lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA las súplicas de la demanda que dio origen al presente juicio.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Alejandro Domínguez Molina. — Carlos Gustavo Arrieta. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez. — Alváro L. Cajiao B., Secretario.

ORDEN NACIONAL

Decretos del Gobierno

CORRECCION DE LA DEMANDA. — El Código Contencioso Administrativo contempla dos hipótesis distintas, con tratamiento diferente, en cuanto a la corrección de las demandas. Para aquellas que ya han sido admitidas, por venir formalmente ajustadas a la ley, la norma aplicable es el artículo 128 del Código; en cambio, para aquellas demandas que no han sido admitidas por carecer de defectos en sus requisitos de forma esenciales, el precepto regulador de la situación es el artículo 87. En el primer evento, la corrección no procede sino por una sola vez; en el segundo, en cambio, la demanda puede ser corregida en distintos escritos, sin perjuicio de la sanción que conmina el inciso 1º del citado artículo 87.

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

(Consejero Sustanciador: Dr. JORGE A. VELASQUEZ)

El doctor Luis E. Cadavid, ejerciendo el poder que le ha conferido el señor Secretario General del Ministerio de Guerra para que lo represente en el presente juicio, solicita en el escrito que antecede reposición y en subsidio, interpone el recurso de súplica, del auto fechado el 3 de mayo último que admitió la demanda y su adición incoada por el doctor Francisco Barón como apoderado del doctor Pedro Nel Córdoba y en la cual pide se declare nulo el Decreto Nº 3426 de 21 de diciembre de 1962 expedido por el Gobierno Nacional, y el restablecimiento del derecho que se considera quebrantado.

La reposición ha sido interpuesta en tiempo.

El proveído en referencia es un clásico auto de sustanciación pues se limita a disponer el trámite correspondiente para dar curso a la actuación. Así lo determina el ordinal 3º del artículo 466 del C.J. en armonía con el 282 del C.C.A.

De conformidad con el artículo 487 ibidem, la reposición se decide de plano, y al efecto se considera:

Dice el doctor Cadavid que como en principio la demanda no fue admitida por no reunir los requisitos a que alude el artículo 84 del C.C.A., dicho libelo fue adicionado "en un escrito fechado el 25 de marzo de este mismo año, para luego y por **tercera vez** hacer un nuevo escrito fechado el 23 de abril contentivo de nueva aclaración, adición o enmienda a la primera de las demandas que propuso el actor, todo contra claros preceptos legales..., ya que ello no es posible hacerlo

sino por **una sola vez**, no en serie, en la forma que lo ha venido haciendo el demandante" y que, por ende, el auto debe ser revocado para en su lugar, inadmitir la demanda.

Por el auto de 27 de marzo postrero no se admitió la demanda y se ordenó la devolución al interesado para que corrigiera los defectos anotados en dicho proveído, o sea que se acompañara copia del Decreto acusado y se citaran específicamente los ordenamientos superiores que se consideraban infringidos y se diera el concepto de violación respectivo.

En escrito de 23 de abril el apoderado del demandante llenó el requisito de citar las disposiciones superiores que se consideraban infringidas y dio el concepto de la violación.

Y en escrito de 25 de abril acompañó el Diario Oficial Nº 31011 de fecha 14 de febrero de 1963 en donde aparece publicado el Decreto 3426 de 21 de diciembre de 1962 que es el acto enjuiciado.

Así se tiene que el actor, no hizo otra cosa que corregir los defectos que se anotaron a su demanda en el proveído de 27 de marzo.

Cuando el artículo 128 del C.C.A. estatuye que hasta el último día de la fijación en lista puede aclararse o corregirse la demanda por el actor y que del derecho de variarla sólo puede hacerse uso por una sola vez, alude inequívocamente al caso en que la demanda ha sido admitida, y es entonces cuando ya se limita al actor a una sola vez el derecho de corregirla, adicionarla, etc.

Pero otra es la situación jurídica cuando la demanda no ha sido admitida y el actor en el juicio se preocupa por corregir los defectos que el auto inadmisorio de la demanda anotó. Por ello el artículo 87 del C.C.A., inciso 2º, estatuye que "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 esta corrección puede hacerla en distintos escritos, pues la sanción que establece el citado artículo 87 en su inciso 1º, es la de que no se interrumpe el fenómeno de la caducidad si el actor no corrige oportunamente los defectos que se le han anotado.

Estas breves consideraciones sirven de fundamento para negar la reposición impetrada.

Pero se observa, que el doctor Cadavid dice interponer subsidiariamente el recurso de súplica contra el proveído de 3 de mayo. No corresponde al Consejero sustanciador decidir si el mencionado recurso de súplica es procedente o no, pues ello corresponde a la Sala de Decisión. Por tanto y para tal efecto ha de disponerse lo pertinente.

Cabe observar, al margen de lo anteriormente dicho, que según constancia de la Secretaría, el negocio se fijó en lista sin que el proveído de 3 de mayo pasado que admitió la demanda estuviese ejecutoriado.

Por lo expuesto, SE NIEGA EL RECURSO DE REPOSICION a que se ha hecho referencia en la parte motiva del presente proveído, y se dispone que oportunamente vaya el expediente al H. Consejero doctor CARLOS GUSTAVO ARRIETA, quien sigue en turno alfabético, para los efectos relacionados con el recurso de súplica a que también se ha hecho mención.

Tiénese al doctor LUIS E. CADAVID O. como apoderado especial del Ministerio de Guerra, para el juicio y en los términos del poder que obra en autos.

Cópiese y notifíquese.

Jorge A. Velásquez D.

Alvaro L. Cajiao B.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I. — **ORDEN NACIONAL**

Capítulo Segundo: **Resoluciones Ministeriales y otros actos de los Ministros.**

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ORDEN NACIONAL.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

RECURSO DE REPOSICION. — **La naturaleza y objetivos del recurso de reposición impiden que la administración, al resolverlo, contemple puntos distintos a los contenidos en la providencia recurrida, sin que le sea permitido al recurrente introducir peticiones distintas sobre puntos no contemplados en ella, extraños al pedimento original, porque estos son ya motivos de una nueva acción. Mas si la administración, en lugar de rechazar de plano las nuevas exigencias, por ser abiertamente ilegales, entra a resolverlas en derecho, viene a imprimirle cariz legal a un acto ostensiblemente violatorio de las normas procedimentales, circunstancia que obliga al Consejo a decidir sobre la nulidad del acto acusado, así se hubiere producido por un recurso ilegalmente interpuesto.**

TRES MESES DE ALTA. — **Carece de fundamento la distinción que establece el Ministerio de Guerra para los tres meses que consagran los artículos 15 de la Ley 100 de 1946 y 17 de la 82 de 1947, pues, si en el primer caso se trata de una "ficción legal" para la formación de la hoja de servicios del oficial o suboficial retirado, no se ve la razón para que tal ficción desaparezca en el segundo caso, tratándose de los herederos del oficial o suboficial fallecido, puesto que además de favorecer a los beneficiarios que se encuentran sin protección ante el deceso de quien los sostenía, también necesitan de ese lapso para allegar la documentación necesaria en orden a probar su calidad de herederos y demás requisitos que señala la ley en la reclamación de las prestaciones a que tienen derecho. Además, la norma del artículo 17 de la Ley 82 de 1947 no establece distinción alguna en relación con las "asignaciones de actividad", y donde la ley no distingue el intérprete no puede hacerlo.**

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., veinticinco de enero de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. ALFONSO MELUK)

En acción de plena jurisdicción, la señora Evangelista Castro vda. de Ortega, demanda por medio de apoderado, la nulidad de las Resoluciones números 4104 de septiembre 26 de 1961 y 2625 de junio 8 de 1962 del Ministerio de Guerra, para que se restablezca a la actora en los derechos que considera denegados, con fundamento en el artículo 67 del C.C.A., en su calidad de beneficiaria del Suboficial Miguel Ortega **A.**

Como hechos, se anota que el causante Miguel Ortega falleció el día 28 de febrero de 1955, encontrándose al servicio de la Armada Nacional, en el ARC Caldas. El Ministerio de Guerra, por medio de la Resolución Nº 4474 de 1955, decretó a favor de la actora, en su calidad de beneficiaria, y de sus hijos menores, las siguientes prestaciones: una pensión mensual equivalente al 85% del sueldo que en todo tiem-

po devengue un Suboficial 1º Artillero de la Armada Nacional en Servicio Activo, a partir del 1º de junio de 1955; la suma de $ 7.837.50 m/cte. como auxilio de cesantía por 19 años, por aproximación legal, de servicios militares; y la cantidad de $ 2.320.00 al Instituto de Crédito Territorial —Sucursal de Cartagena—, para abonar la cuota inicial de una casa adjudicada al causante.

En memorial de febrero 24 de 1961, la demandante solicitó del Ministerio de Guerra, "el reconocimiento de las diferencias mensuales por alta de tres meses en el período del 1º de marzo al 1º de junio de 1955, sobre el sueldo de actividad correspondiente al grado de Suboficial Jefe de la Armada, con las primas accesorias a este grado, tales como servicios. alimentación, alojamiento, doceava parte de la prima de navidad", y "el reconocimiento de las diferencias pensionales a partir del 1º de junio de 1955 liquidadas sobre el sueldo de actividad y primas accesorias inclusive la de subsidio familiar, sobre el grado de Suboficial Jefe de la Armada, que por cambio de denominación naval corresponde al grado del causante". El Ministerio, en providencia Nº 4104 de septiembre 26 de 1961, con fundamento en el artículo 22 del Decreto 501 de 1955, aceptó la modificación del grado de Suboficial 1º Artillero de la Armada, por el de Suboficial Jefe de la misma, con retroactividad al 1º de marzo de 1955, fecha de vigencia del mencionado Decreto; y con tal motivo, le reconoció la suma de $ 4.091.76 por concepto del reajuste de la pensión, en la diferencia de asignación en los grados mencionados, así como el 85% de la pensión decretada, con el sueldo que en todo tiempo corresponda a un Suboficial Jefe. Y negó el pago de "la compensación por muerte", que no se le había reclamado.

Interpuesto el recurso de reposición contra la ameritada providencia, el apoderado de la actora solicitó que sobre el reconocimiento de los tres meses de alta del sueldo de Suboficial Jefe, se liquidaran las primas de alojamiento, servicios, compensatorias, jinetas, partidas de alimentación y prima de navidad, se le reconocieran las prestaciones unitarias que señala el artículo 64 del Decreto 501 de 1955, o sea, una indemnización equivalente a treinta y seis meses de sueldo, con el grado de Suboficial Jefe, y doble cesantía. El Ministerio de Guerra, en Resolución Nº 2625 de junio 8 de 1962, negó la reposición solicitada, por considerar que el Decreto 501 de 1955 no le es aplicable al causante, por haber fallecido con anterioridad a su vigencia.

La actora demanda en el presente juicio el reconocimiento de las prestaciones denegadas por el Ministerio de Guerra, en la providencia recurrida Nº 2625 de 8 de junio de 1962.

Al correrse el negocio en traslado al señor Fiscal 2º de la Corpora-

ción, éste sostiene en su concepto de fondo, que encontrándose ejecutoriada la Resolución Nº 4474 de noviembre 24 de 1955, que le reconoció las prestaciones sociales a la actora, como beneficiaria del causante,

"contra ella no procedía ningún recurso por la vía gubernativa, ni por la contencioso administrativa y cuando ya el Ministerio había perdido toda jurisdicción para tal providencia"; que las solicitudes formuladas por el apoderado de la demandante el 10 de noviembre de 1959 y el 5 de octubre de 1961, en el fondo no tenían otro objeto que buscar la restitución de términos, lo cual es inadmisible, de acuerdo con el artículo 23 del Decreto 2733 de 1959, de manera que "ya la situación jurídica de la demandante estaba claramente definida en la citada providencia y el Ministerio nada podía resolver en relación con las nuevas solicitudes formuladas por la parte actora". Y para corroborar su tesis, cita el fallo de marzo 17 de 1961 dictado hobre una reclamación de la misma actora.

Y agrega la vista fiscal:

"Por último, se observa que en el memorial presentado el día 27 de febrero de 1961, el apoderado de la demandante no solicitó nada en relación con el restablecimiento de las prestaciones unitarias que ahora reclama. Sólo al interponer el recurso de reposición contra la Resolución Nº 4104 de 26 de septiembre de 1961, solicitó concretamente el reconocimiento de estas prestaciones. De modo que el Ministerio nada podía decidir sobre el particular por tratarse de un punto nuevo que no había sido objeto de la petición inicial resuelta en la providencia reclamada. Por tanto, el Consejo de Estado tampoco podría decir nada en relación con las prestaciones reclamadas por no haber sido solicitadas al iniciarse este nuevo proceso administrativo.

"Es cierto que en la Resolución Nº 4104 antes citada, se negó el reconocimiento de tales prestaciones, pero como en dicha providencia se decidió un punto no planteado por la parte actora, ese error de la Administración no puede servir de fundamento para hacer nuevas peticiones que no habían sido formuladas inicialmente". Y concluye conceptuando que deben negarse las peticiones de la demanda.

La Sala considera:

Sobre la prescripción propuesta por el colaborador fiscal, es preciso observar que en el negocio anterior, a que hace referencia, el Ministerio de Guerra había negado la reposición interpuesta contra la providencia que reconoció a la beneficiaria las prestaciones por medio

de la Resolución Nº 2529 de junio 27 de 1960, de manera que el Consejo no podía hacer otra cosa, como lo hizo en el ameritado fallo, que declarar la acción prescrita, puesto que habían transcurrido más de los cuatro meses que señala el artículo 83 del C. C. A. para itentar la acción. Pero, en el presente caso, el Ministerio de Guerra accedió a reajustar la pensión reconocida, por medio de la Resolución Nº 4104 de septiembre 26 de 1961, produciéndose así un nuevo acto administrativo, independiente de la providencia anterior, contra el cual se entabló la acción en tiempo oportuno, por lo cual no le es aplicable la prescripción, como en el caso antes referido.

En cuanto al segundo aspecto, la Sala comparte, en el fondo, la tesis de su colaborador fiscal. En efecto, el recurso de reposición tiene por objeto solicitar del funcionario que dictó la providencia recurrida, que la aclare, reforme o revoque: aclarar consiste en explicar o despejar los puntos dudosos; reformarla, consiste en modificarla en su contenido, es decir, dejar vigente una parte y sin efecto otra, que es sustituída por diversa resolución; y revocarla, es dejarla totalmente sin efecto, sea para reemplazarla por otra, o derogarla en su totalidad. Ello está indicando que la interposición de un recurso de reposición tiene que referirse exclusivamente a los puntos contenidos en la providencia recurrida, sin que le esté permitido al recurrente introducirle peticiones distintas sobre puntos no contemplados en ella, extraños al pedimento original, porque éstos son ya motivo de una nueva acción.

Y no hay duda de que en el memorial de reposición de fecha octubre 5 de 1961, contra la Resolución Nº 4104 de 26 de septiembre del mismo año, el señor apoderado de la demandante le introdujo peticiones distintas a las contenidas en la demanda original; pero, es lo cierto, que el Ministerio de Guerra, en lugar de rechazar de plano las nuevas exigencias, por ser abiertamente ilegales dentro de un recurso de reposición, como ha debido hacerlo, entró a resolverlas en derecho, en su providencia denegatoria Nº 2625 de junio 8 de 1962, con lo cual vino a imprimirle cariz legal a un acto que estaba quebrantando abiertamente las normas procedimentales. En esta forma, la Sala tiene que entrar a decidir sobre la nulidad del acto acusado, así se hubiere producido por un recurso ilegalmente interpuesto.

El Ministerio de Guerra fundamenta su negativa a las nuevas prestaciones reclamadas por la actora, en que como el causante sufrió el accidente que le produjo el deceso, el 28 de febrero de 1955, y el Decreto 501 de 1955 entró en vigencia el 1º de marzo del mismo año, como lo dispone el artículo 158 de la citada norma, a la beneficiaria no le cobijan las prestaciones reconocidas en este Decreto, sino que está sometida a las disposiciones vigentes a la fecha del fallecimiento.

Sin embargo, la Sala observa que en la Resolución Nº 4104 de 26 de septiembre de 1961, que le reajustó la pensión a la beneficiaria, el Ministerio se fundamentó en el Decreto 501 de 1955 para verificar dicho reajuste, al citar el artículo 22 para reconocer el cambio de grado del causante, de Suboficial 1º Artillero de la Armada, a Suboficial Jefe, y el artículo 121 del mismo Decreto, para reconocer la pensión en forma oscilante, como lo expresa la disposición aludida en la parte motiva de la providencia acusada. De manera, que para ser lógicos con la tesis sustentada por el Ministerio de Guerra, de que las prestaciones que consagra el artículo 115 del Decreto 501 de 1955 no le son aplicables a los herederos, por haber ocurrido el accidente el día 28 de febrero, cuando todavía no había comenzado a regir dicha norma, tampoco ha debido concederse el reajuste con fundamento en las disposiciones mencionadas.

Si se aceptaron unas para decretar el reajuste, forzoso es concluir que las demás también le son aplicables, puesto que no puede reconocerse la vigencia del Decreto para determinados casos, y rechazarse para otros.

En cuanto a la doctrina del Consejo de Estado, expuesta en su fallo de agosto 25 de 1961(en el negocio de América Caraballo, de que al prolongarse "las asignaciones mensuales de actividad" del Oficial fallecido, por tres meses, como lo díspone el artículo 17 de la Ley 82 de 1947, queda amparado con las disposiciones del Decreto 501 de 1955 expedido el 1º de marzo de dicho año, sostiene el Ministerio de Guerra, en la providencia recurrida, que los tres meses de asignaciones que reconoce el artículo 17 de la Ley 82 de 1947 a los herederos del causante, obedece a finalidades distintas de los tres meses de alta al Oficial retirado que concede el artículo 15 de la Ley 100 de 1946.

Y dice el artículo 15 de la Ley 100 de 1946:

"Las formas de retiro que conforme a este estatuto dan derecho a pensión, asignación de retiro o compensación, requieren previamente la formación de la hoja de servicios del actor, y para tal fin el Gobierno concederá un plazo de tres (3) meses, durante el cual el interesado disfruta de su renta, prima y demás prerrogativas de actividad en lo que hace a prestaciones, pero de hecho queda retirado del Ejército y sin derecho a usar el uniforme".

El artículo 17 de la Ley 82 de 1947 dispone:

"En caso de que un Oficial o Suboficial fallezca en servicio activo, los herederos forzosos a quienes se hallaba sosteniendo continuarán recibiendo durante tres meses las asignaciones mensuales de actividad del extinto, las que serán pagadas por la Contaduría respectiva".

Dice el Ministerio, que en el primer caso, "este lapso de tres meses es una ficción legal de actividad que prolonga en apariencia la vida militar del Oficial o Suboficial", teniendo derecho durante dicho lapso a todos los haberes correspondientes a su grado, y primas que se creen; y si fallece dentro de tal tiempo, "sus beneficiarios legales tienen derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales de acuerdo con los estatutos vigentes durante dicho período".

En cambio, si el militar fallece en el servicio, bien por causa o con ocasión del mismo, "sus beneficiarios tienen derecho a continuar recibiendo durante tres meses las asignaciones de actividad que correspondían al causante, no a título de alta en la forma estudiada ahora, sino como una prestación especialísima y con el sentido de protección a la familia. Durante este período no puede hablarse de la ficción legal de actividad del extinto, como es natural, y menos de los herederos, puesto que por el hecho de la muerte cesa física y jurídicamente las existencias del individuo". Y los derechos pensionales transmitidos por causa de muerte y que caen en cabeza de los herederos, se liquidan de acuerdo con el estatuto legal vigente.

La Sala no encuentra fundamento para la distinción que establece el Ministerio de Guerra, para los "tres meses" que consagra una y otra disposición, pues, si en el primer caso, se trata de una "ficción legal" para la formación de la hoja de servicios, no se ve la razón para que tal ficción desaparezca al tratarse de los herederos del oficial fallecido, puesto que además de favorecer a los beneficiarios que se encuentran sin protección ante el deceso de quien los sostenía, también necesitan de ese mismo lapso para allegar la documentación necesaria en orden a probar su calidad de herederos, y demás requisitos que señala la ley en la reclamación de las prestaciones a que tienen derecho.

De otra parte, el artículo 17 de la Ley 82 de 1947 es suficientemente claro cuando dispone que "los herederos continuarán recibiendo durante tres meses las asignaciones mensuales **de actividad** del extinto". De manera que al decir "asignaciones de actividad", está indicando que los beneficiarios tienen derecho a las prestaciones, primas, prerrovativas que le corresponden al militar, en el grado correspondiente, durante dicho lapso. La norma no establece distinción alguna, en relación con las "asignaciones de actividad", como lo interpreta el Ministerio de Guerra. Y donde la ley no distingue, no le es dado hacerlo al intérprete. (Subraya la Sala).

De todo lo cual se concluye, que si el causante pereció en el accidente del ARC Caldas, el 28 de febrero de 1955, y los herederos tienen derecho a continuar recibiendo durante tres meses las asignaciones de

actividad del extinto, habiendo sido expedido el Decreto 501 de 1955, el 1º de marzo de dicho año, es decir dentro del lapso mencionado, tiene derecho a beneficiarse con las prestaciones que consagre este Decreto, como ya lo había sostenido esta Sala en fallo de agosto 25 de 1961.

Entre las prestaciones reclamadas por la demandante está la del artículo 115 del Decreto 501 de 1955, que dispone:

"A la muerte de un Suboficial o marinero en servicio activo, causada por accidente aéreo en misión del servicio o por cualquier otro accidente del mismo servicio, sus herederos en el orden preferencial establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

"a) A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una indemnización en dinero equivalente a treinta y seis (36) meses del sueldo del grado correspondiente al causante;

b) Al pago doble de la cesantía a que tuviere derecho el causante;
c) Si el fallecido hubiere cumplido diez (10) años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y pagada en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el tiempo de servicio del causante".

Por todo lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, en desacuerdo con la vista fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

1º—Declárase nula la Resolución Nº 2625 de junio 8 de 1962, expedida por el Ministerio de Guerra.

2º—La señora Evangelista Castro vda. de Ortega y sus menores hijos tienen derecho a que el Ministerio de Guerra les reconozca y pague la pensión decretada, con el sueldo de actividad que en todo tiempo devengue un Suboficial Jefe de la Armada Nacional, liquidada con las demás primas a que tengan derecho;

3º—Al pago por una sola vez, de una indemnización equivalente a treinta y seis (36) meses del salario que devengaba el causante, en el momento del fallecimiento;

4º—Al pago doble de la cesantía reconocida.

5º—El Ministerio de Guerra descontará de las prestaciones aquí reconocidas, las sumas que hubiese pagado por tales conceptos.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente, previa devolución del administrativo.

Alfonso Meluk. — Jorge de Velasco Alvarez. — Guillermo González Charry. — José Urbano Múnera. — Marco A. Martínez B., Secretario.

* * *

ORDEN NACIONAL

RESOLUCIONES MINISTERIALES

PROFESIONALES AL SERVICIO DE LAS FUERZAS MILITARES. — Prestaciones sociales a que tienen derecho. (Ley 100 de 1946, artículos 1º y parágrafo 3º del 4º). **Los profesionales que prestan sus servicios a las Fuerzas Militares tienen derecho a las prestaciones establecidas por la Ley 100 de 1946, inclusive aquellas referentes al retiro, las que, sin embargo, fueron expresamente excluídas por la misma disposición para aquél personal que no cumpliera con el requisito de ingresar regularmente, pues las prestaciones allí consagradas sólo benefician a quienes se hallen dentro de la carrera militar por haber llenado las exigencias legales para el ingreso a la Carrera Militar.**

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., enero veintiocho (28) de mil novecientos sesenta y tres (1963).

(Consejero Ponente: Dr. JOSE URBANO MUNERA)

En acción de plena jurisdicción el doctor José Antonio Pedraza Picón, con poder del doctor Francisco Arango Jaramillo, en escrito presentado en la Secretaría el 12 de septiembre de 1961, pidió ante el Consejo de Estado la anulación de la Resolución del Ministerio de Guerra número 1.883 de 14 de junio de 1961 por la cual se le negó al citado doctor Arango Jaramillo una pensión jubilatoria, equivalente al último sueldo devengado, a partir de la fecha definitiva de su retiro del servicio como Médico Oftalmólogo del Ministerio de Guerra, o sea del 29 de agosto de 1959, en que su nombramiento se declaró insubsistente a solicitud propia, con inclusión de las primas y suplementos propios de este sueldo y con cargo al Tesoro Nacional, Ministerio de

Guerra. Dicho profesional ingresó al Servicio Civil del ramo de Guerra en el Hospital Militar de Bogotá el día 1º de febrero de 1944 y prestó servicios por un tiempo de 14 años, 11 meses y 15 días. En el expediente administrativo demostró ser Médico Cirujano diplomado de la Facultad Nacional, especialista segundo Subjefe del Servicio de Oftalmología del Ramo de Guerra.

Como violadas se citan las siguientes disposiciones que se copian a continuación, porque en el cuerpo del presente fallo han de ser examinadas a fin de saber si amparan o no la demanda del doctor Arango Jaramillo.

"Artículo 1º de la Ley 100 de 1946: 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 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".

"Parágrafo: 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 85% del sueldo de actividad".

"Artículo 4º: El derecho a las prestaciones sociales de retiro para el personal de las FF. MM., requiere el ingreso regular a éstas y que los ascensos y tiempo mínimo de servicio en cada grado se hayan cumplido conforme a los reglamentos militares. En caso contrario, solamente tendrá derecho al auxilio de cesantía".

"Para el efecto de las prestaciones sociales a que se refiere esta Ley, el ingreso a las FF. MM. se hará sin excepción así:

"En el Ejército y la Aviación, como soldado para los individuos de tropa y como Subteniente para los Oficiales".

"Para obtener el grado de Subteniente o de Guardiamarina, es requisito indispensable que se hayan cursado y aprobado los estudios reglamentarios en las correspondientes escuelas para preparación de Oficiales. Sin este requisito, a nadie podrá conferirse grado alguno de Oficial de las Fuerzas Militares.

"Los profesionales serán reclutados entre el personal que curse el último año en la Facultad correspondiente, haya terminado estudios,

o entre los graduados. Se entiende que la edad debe corresponder a las señaladas en el artículo 37 de la Ley 2ª de 1945.

"Parágrafo 3º: Los profesionales con título universitario y las Clases Técnicas que prestan sus servicios en las Fuerzas Militares tendrán derecho a todas las prestaciones sociales establecidas por la presente ley".

En la demanda se sostiene que el último parágrafo del artículo 4º de la citada Ley de 1946 estableció una excepción en favor de los profesionales con título universitario no escalafonados, dándoles los mismos derechos de carácter social establecidos en favor del personal de Oficiales de las FF. MM. a que se refiere el artículo 1º de la Ley 100 de 1946.

Se dice en el libelo que para el personal profesional no escalafonado, en este caso, concurren a su favor estos tres factores:

"a)—Factor Pensional de tiempo, igual al mínimo requerido para el derecho a sueldo de retiro, o sea de quince años; y, aproximando al año, las fracciones mayores de seis meses.

"b)—Factor Pensional de porcentaje, igual al 50% del sueldo asignado, por los primeros quince años por aproximación legal o completos, aumento en un 4% más por cada año excedente sin sobrepasarse del 85%, cuantía del porcentaje máximo.

"c)—Factor Pensional determinante, calidad de profesional con título universitario, no escalafonado, que presten sus servicios a la fecha de la expedición de la Ley 100 de 1946".

En el juicio se hizo parte como apoderado del Ministerio de Guerra el Mayor doctor José María Garavito, quien en su alegación de fondo sostiene que el Consejo de Estado ya tiene sentada doctrina sobre la cuestión jurídica ahora controvertida y solicita que la Corporación continúe ciñéndose a ella por tener sólidos fundamentos jurídicos.

El señor Fiscal 1º de la Corporación se aparta de la tesis sostenida por el Ministerio de Guerra en el presente caso y en otros anteriores, pues en concepto suyo, de los términos en que está redactado el Parágrafo 3º del artículo 4º de la Ley 100 de 1946 "no deja duda de que los Profesionales gozarán de todas las prestaciones establecidas en la ley" pero à la vez observa que en el caso sub-judice el actor no alcanzó a completar 15 años por lo que sólo tendría derecho a la prestación

unitaria consagrada en el artículo 2º de la Ley 100 de 1946 que excluye la prestación periódica contemplada en el artículo 1º de la misma Ley", y consecuencialmente anota que si el actor hubiera completado los 15 años de servicios efectivos en el ramo de Guerra tendría derecho a gozar de la prestación equivalente a la asignación de retiro o sea a la pensión de jubilación solicitada.

En el juicio no se observa causal alguna de milidad y por esto se procede a decidirlo previas las siguientes consideraciones:

La Ley 100 de 1946 por la cual principalmente se reconocen prestaciones sociales a las Fuerzas Militares concede un sueldo de retiro equivalente al 50% del sueldo correspondiente a su grado a los militares que sean retirados del servicio activo por llamamiento a calificar servicios o a solicitud propia siempre que sus servicios hayan sido por lo menos de quince años. Al hablar esta disposición de GRADO presupone sin lugar a dudas que las prestaciones allí consagradas sólo amparan a quienes se hallen dentro de la carrera militar. Precisamente el artículo 4º del mencionado estatuto confirma lo anterior al advertir que el derecho a las prestaciones sociales de retiro para el personal de las Fuerzas Militares requiere el ingreso regular a éstas y que los ascensos y tiempo mínimo de servicio de cada grado se hayan cumplido conforme a los reglamentos militares. Por esto el actor, que no ha sido escalafonado, que no ha ingresado regularmente conforme a los reglamentos militares, que no ha tenido el tiempo mínimo de servicios en cada grado, no forma parte de las Fuerzas Militares y no tuvo dentro del Ejército sino el carácter de un empleado muy capaz y eficiente, pero meramente civil, y al ser así carece de derecho para pedir que en vez del sueldo de retiro del 50% de que se ha hablado se le conceda, por sus quince años, por aproximación, servidos en el puesto expresado, una jubilación, con cargo al Tesoro Nacional, equivalente al 50% a que se ha hecho referencia. Si hubiera trabajado en la actividad dicha en vez de quince años veinte, entonces sí, como cualquier servidor público, tendría derecho a la jubilación a la cual está aspirando.

Mas como quiera que el actor fundamenta su acción en el Parágrafo 3º del artículo 4º de la Ley que se está comentando, es oportuno transcribir aquí lo que esta Sala ha dicho acerca de la interpretación que debe dársele a este Parágrafo y a su aparente oposición con el artículo 1º de la mencionada Ley 100, la cual es así:

"... De otra parte, no puede perderse de vista que el 'status' militar no obedece a una simple ficción legal, sino que corresponde a una carrera sometida a estudios, prácticas y conocimientos especiales,

y sujeta a ejercicios y disciplinas de un régimen determinado, y ante los cuales el militar adquiere un grado que lo va ascendiendo de conformidad con la reglamentación castrense. El derecho a las prestaciones sociales de retiro para el personal de las Fuerzas Militares requiere el ingreso regular a éstas y que los ascensos y tiempo mínimo de servicio en cada grado se haya cumplido conforme a los reglamentos militares. ¿Cómo debe entenderse la aparente contradicción con el parágrafo 3º del artículo 4º en el cual se afirma que los profesionales con título universitario tienen derecho a todas las prestaciones consagradas en esta Ley?"

"La respuesta al anterior interrogante se halla en los antecedentes de la tan citada Ley 100 de 1946, que pueden consultarse en los Archivos del Congreso. De acuerdo con la relación de proposiciones correspondientes a las sesiones verificadas el 18 de octubre y el 8 de noviembre del referido año, el parágrafo 3º que se trata de interpretar era del siguiente tenor: "Los profesionales con título universitario escalafonados y que presten sus servicios en las Fuerzas Armadas tendrán derecho a todas las prestaciones sociales establecidas por la presente Ley".

"Era apenas lógico que se introdujera dentro del texto de la norma a que viene haciendo referencia tal disposición, ya que en ella se afirmaba que el ingreso para los Oficiales podía hacerse como Subteniente y de conformidad con el artículo 7º de la Ley 100 de 1946 existía un ingreso distinto para aquellos Oficiales de Sanidad, Justicia y Veterinaria, que después de 4 años de servicio a las Fuerzas Militares solicitaran su inscripción en el Escalafón respectivo quienes ingresaban con el grado de Capitán".

"De acuerdo con lo anteriormente expuesto se debe concluir en la afirmación de que los profesionales tienen derecho a las prestaciones establecidas por la Ley 100 de 1946, sin excluir aquellas referentes al retiro, las cuales fueron expresamente excluídas por la misma disposición para aquel personal que no cumpliera con el requisito de ingresar regularmente".

"La interpretación anterior, halla su apoyo en los principios doctrinarios que informan nuestro Código Civil según el cual "cuando el sentido de la Ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la Ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestado en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento".

"2º—Precisado jurídicamente el alcance del parágrafo 3º del artículo 4º de la Ley 100 de 1946, en que pretende apoyar su acción el pe-

ticionario, conviene estudiar ahora los argumentos expuestos por éste en los puntos 3º y 4º de su libelo. El artículo 155 del Decreto 3220 de 1952 "por el cual se reorganiza la carrera de los Oficiales de las Fuerzas Militares" reza:

"Los Oficiales de los Servicios, con título Universitario de Facultad Mayor, escalafonados y en servicio activo que hayan venido prestando sus servicios en las Fuerzas Militares tendrán derecho a las prestaciones establecidas por el presente Estatuto".

"Parágrafo.—Los demás profesionales con título Universitario de Facultad Mayor que presten sus servicios en las Fuerzas Militares gozarán de las mismas prestaciones de los empleados civiles del Ramo de Guerra y además, cuando fueren de tiempo completo, de la prima de alojamiento liquidada sobre su sueldo básico de acuerdo con los porcentajes establecidos para los Oficiales de las Fuerzas Militares".

A virtud de esta disposición, el legislador del año 53 vino a aclarar, en forma definitiva, el sentido aparentemente oscuro y contradictorio del aludido parágrafo, al determinar la situación jurídica en materia de prestaciones, tanto para el personal que hubiere obtenido su escalafonamiento, como para los restantes que no llenaran tal requisito.

"Tampoco resulta valedera la tesis alegada por el demandante, de que el artículo 155 del Decreto en referencia dejó en pie lo dispuesto por el parágrafo 3º del artículo 4º de la Ley 100 de 1946, cuando dispuso:

"Suspéndese todas las disposiciones legales que tratan de jerarquía, clasificación, ingreso, formación, ascenso, asignaciones y primas, retiros, separaciones, prestaciones sociales, reserva y destinación de los Oficiales de las Fuerzas Militares, y deróganse las disposiciones pertinentes de los Decretos legislativos vigentes sobre la materia".

"Parágrafo.—Las disposiciones legales contenidas en las normas vigentes que por este Decreto se suspenden y que no hagan relación a los Oficiales de las Fuerzas Armadas, quedarán en completa vigencia".

"Las disposiciones que quedaban vigentes no podían ser otras que las consagradas para los empleados civiles de las Fuerzas Militares, establecidas por el artículo 54 del Decreto 1123 de 1942, y reformadas por el artículo 58 de la Ley 2ª de 1945 "por la cual se reorganiza la carrera de Oficiales del Ejército, se señalan las prestaciones sociales para los empleados civiles del Ramo de Guerra y se dictan otras disposiciones sobre prestaciones sociales a los individuos de tropa" que ordena: ..."

Apenas es lógico que quien se ha incorporado a la Carrera de las Armas, ciñéndose a todos los requisitos para obtener dentro de ella los ascensos y grados tenga mayores garantías sociales que aquellos, que aun contando con la prestancia de ser profesionales, no han llenado para el ingreso a las Fuerzas Militares con las exigencias legales.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, aunque por distintas razones, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el cuaderno administrativo.

Alfonso Meluk. — José Urbano Múnera. — Jorge de Velasco Alvarez. — Guillermo González Charry. — Marco A. Martínez Bernal, Secretario.

ORDEN NACIONAL

RESOLUCIONES MINISTERIALES

AGENTES DE LA POLICIA NACIONAL. — 1. Naturaleza de la prestación que consagra el artículo 6º de la Ley 72 de 1947 para el personal de la Policía que habiendo cumplido 15 años de servicio sea retirado o se retire voluntariamente contando con 2 años de servicio, por lo menos, en su grado: tiene derecho al sueldo de retiro o a la pensión de jubilación que correspondería económicamente al grado inmediatamente superior. — 2. Concepto de ascenso que contiene dicho artículo: No equivale al que generalmente consagran los reglamentos castrenses puesto que ninguno de los requisitos que ordinariamente se exigen para él ha sido cumplido; es una simple ficción legal por cuya virtud se coloca a un grupo de personas que han cumplido cierto tiempo de servicio en condiciones de recibir una garantía económica cuantitativamente establecida para el grupo perteneciente al grado inmediatamente superior. La persona que por ministerio de esta norma puede recibir una pensión mayor no queda realmente ascendida dentro del escalafón militar y no puede, por tanto, ni exhibir ni usar un grado que legalmente no le corresponde, ni pedir para él protección legal alguna. Lo procedente en tales casos es decretar la prestación en cuantía igual a la que corresponde al grado inmediatamente superior, pero no a un ascenso a que el sujeto puede no ser acreedor.

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., diez y ocho de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY)

En acción de plena jurisdicción se ha pedido la nulidad de las Resoluciones Nos. 319 de 2 de febrero de 1960 y 5513 de 28 de diciembre del mismo año, dictadas, respectivamente, por el Comando de las Fuerzas de Policía y por el Ministerio de Guerra, en virtud de las cuales se negó al exagente José Santos Duarte Rozo la solicitud de que fuera ascendido al grado de Cabo 2º para efecto de su asignación de retiro. Consecuencialmente se ha pedido que se le restituya en ese derecho.

Como disposición violada se ha citado el artículo 6º de la Ley 72 de 1947, que en sentir del demandante fue mal interpretada por las autoridades administrativas correspondientes. Dentro del proceso se oyó al señor Fiscal del Consejo quien conceptuó de modo conforme a las peticiones de la demanda por considerar que evidentemente, y frente al texto citado, tanto la comandancia de la Policía como el Ministerio de Guerra incurrieron en violación del mismo. Se pidió, con autorización de la Sala, el expediente administrativo que se levantó para dar de baja en el servicio al reclamante, con el objeto de esclarecer las causas de dicha baja.

Se considera:

El texto legal que se estima violado dice que "los agentes, cabos, sargentos, alféreces y oficiales que después de 15 años de servicio continuo o discontinuo sean retirados o se retiren voluntariamente, tendrán derecho a que se les ascienda al grado inmediatamente superior siempre que tengan por lo menos dos años de servicio en su grado. Esto para efectos de la pensión de jubilación o asignación de retiro, y sin tener que llenar ningún otro requisito que el que se establece por el presente artículo". Los actos acusados al resolver la petición, consideraron que de dicha norma se desprende la exigencia de un mínimum de 17 años de servicios, pues que debiendo prestarse por lo menos dos "en su grado", esto significa que dichos dos años deben contarse a partir del cumplimiento de los primeros 15.

Es indudable que la sola lectura del texto cuestionado señala una orientación diferente a la indicada por el Comando de la Policía y el Ministerio de Guerra, pues lo que resulta de aquél es, sencillamente, que quien habiendo servido más de 15 años hubiera permanecido dentro de este lapso por lo menos dos en un determinado grado militar inmediatamente antes del retiro, tiene derecho a la prestación que allí se consagra o sea al sueldo de retiro o a la pensión de jubilación que correspondería económicamente al grado inmediatamente superior. Y a la inversa, que quien al retirarse o ser retirado después de tales 15 años, no hubiera permanecido por lo menos dos en el grado inferior, no tiene derecho a la citada prestación. La regla es, pues, muy clara hasta el punto de que no da lugar a un entendimiento diferente.

Pero hay otro aspecto de la norma que precisa aclarar, y es el relacionado con la noción de ascenso que en ella se contiene. Las reglas legales de la milicia parten de la base de la existencia de un escalafón que, en los distintos órdenes, se inicia en el grado más bajo y va ascendiendo gradualmente hasta las más altas jerarquías militares. Ir obteniendo dichos grados mediante la superación del inferior es lo que constituye el ascenso para el cual se tienen en cuenta elementos fundamentales de diversa índole, tales como el tiempo de servicio, la capacidad del militar, sus aptitudes para el mando, su buena conducta, etc., todo lo cual se analiza y discierne por los órganos competentes para decretarlo. El militar que así lo obtiene, adquiere el derecho al título, los honores y prerrogativas propios de su nuevo rango así como a las garantías económicas y sociales que a él corresponden, todo lo cual constituye un status jurídico amparado por la Constitución. Hay pues una sustancial diferencia entre esta noción de ascenso que es la única regularmente aceptada y aceptable dentro del régimen militar, y la que trae el artículo 6º de la Ley 72 de 1947, para el sólo efecto de

una prestación social. En este evento se trata solamente de una ficción legal por cuya virtud se coloca a un grupo de personas que han cumplido un cierto tiempo de servicio en condiciones de recibir una garantía económica cuantitativamente establecida para el grupo perteneciente al grado inmediatamente superior. No quiere esto decir que el favorecido haya recibido un ascenso militar en los términos regulares de la ley, puesto que ninguno de los requisitos que ordinariamente se exigen para él ha sido cumplido. Simplemente se quiere significar que quien ha agotado el tiempo de servicio y permanecido por lo menos dos años en su grado tiene derecho a un sueldo de retiro o a una pensión mayor. De ahí por qué el texto legal que se comenta agrega que "esto (el ascenso) para efectos de la pensión de jubilación o asignación de retiro, y sin tener que llenar ningún otro requisito que el que se establece por el presente artículo". Por consiguiente se deduce que la persona que por ministerio de esta norma puede recibir una pensión mayor, no queda realmente ascendida dentro del escalafón militar, y no puede por tanto ni exhibir ni usar un grado que legalmente no le corresponde, ni pedir para él protección legal alguna, pues por mérito de la ficción de que se viene hablando solamente adquiere el derecho a una prestación de cuantía superior.

Lo anterior se hace más claro si se considera que la buena conducta es condición indispensable para todo ascenso militar, y que en el caso que se estudia las leyes que precedieron a la 72 de 1947 habían establecido que quien fuera retirado del servicio por mala conducta o con nota de mala conducta, no tendría derecho a las garantías de carácter social allí establecidas. Así aparece de los artículos 13 de la Ley 74 de 1945 y 31 del Decreto extraordinario Nº 981 de 1946. De suerte que si para este caso especial el artículo 6º de la Ley 72 se refiere a personal que sea retirado o se retire voluntariamente del cuerpo después de 15 años de servicios, lo hizo sólo para reafirmar el criterio de ficción legal a que antes se hizo referencia con el sólo objeto de asegurar una pensión o sueldo de retiro mejor, pero en ningún caso para derogar o modificar los preceptos vigentes sobre requisitos y condiciones de ascenso que son absolutamente indispensables dentro de las nociones de jerarquía y disciplina militares. Por consiguiente, en casos como el que se estudia lo que procede cuando el sujeto ha servido durante el tiempo indicado es decretarle una pensión o sueldo de retiro igual a los que corresponden al grado inmediatamente superior, pero no un ascenso a que puede no ser acreedor y que, además, y sólo en determinados casos, puede decretar el Consejo de Estado después de que los organismos administrativos competentes y dentro de un procedimiento exclusivo y específicamente enderezado a conocer de él, lo ha negado con violación de la ley.

Las aclaraciones anteriores parecen necesarias no solamente para

desentrañar el sentido del artículo 6º de la Ley 72 de 1947 sino porque en el caso de autos hay prueba evidente de que el solicitante fue dado de baja por mala conducta, causada, según Resolución número 4140 de 17 de septiembre de 1959 del Comando de las Fuerzas de Policía, en faltas graves contra la disciplina del Cuerpo a que pertenecía, hecho que normalmente hace imposible un ascenso.

Como visto lo anterior resulta que los actos acusados violaron el artículo 6º de la Ley 72 de 1947, es el caso de anularlos y de ordenar el restablecimiento del derecho en la forma en que se deja expuesto en la parte motiva.

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, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, DECRETA la nulidad de las Resoluciones números 319 de 2 de febrero de 1960 y 5513 de 28 de diciembre del mismo año, dictadas respectivamente por el Comando de las Fuerzas de Policía y por el Ministerio de Guerra, y en su lugar se ordena a la Dirección General de la Policía Nacional que reconozca y pague al exagente José Santos Duarte Rozo un sueldo de retiro en cuantía igual a la que corresponde a un Cabo 2º de la Policía o al del grado inmediatamente superior al de Agente, si no fuere el de Cabo 2º.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente administrativo.

Jorge de Velasco Alvarez. — Guillermo González Charry. — José Urbano Múnera. — Alfonso Meluk. — Marco A. Martínez B., Secretario.

ORDEN NACIONAL

RESOLUCIONES MINISTERIALES

AGENTES DE LA POLICIA NACIONAL. — 1. Efectos de la suspensión que sufrió el artículo 6º de la Ley 72 de 1947 por virtud de los decretos números 1403 de 1948 y 86 de 1949: Tal suspensión no determinó la derogatoria del precepto ni puede entenderse como el desconocimiento de un derecho adquirido. Por tanto, a partir del 18 de julio de 1949, fecha del Decreto número 2136 que reorganizó la Policía Nacional, quienes se encontraban dentro de las condiciones previstas por el artículo 6º cuestionado, recobraron el derecho a solicitar la prestación allí consagrada y, en principio, a que les fuera concedida si la calificación de la conducta y demás requisitos lo permitía.

2. Naturaleza de la prestación que consagra el artículo 6º de la Ley 72 de 1947 para el personal de la Policía que habiendo cumplido 15 años de servicio sea retirado o se retire voluntariamente contando con 2 de servicio, a lo menos, en su grado. Concepto de "ascenso" que contiene dicho artículo. Se reitera la doctrina expuesta en el fallo de 18 de febrero de 1963, de la misma Sala y ponente; y también, en el fallo de 7 de marzo de 1963, en el negocio de Luis María Cruz Roncancio, con la ponencia del Consejero Dr. Jorge de Velasco Alvarez que se transcribe a continuación. Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., doce de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY)

Por medio de apoderado, y en acción de plena jurisdicción, se ha presentado demanda contra las Resoluciones números 4614 de 30 de diciembre de 1960 y 4657 de 7 de noviembre de 1961, dictadas, respectivamente, por la Dirección General de la Policía Nacional y por el Ministerio de Guerra, por medio de las cuales se negó a Sergio Rodríguez Castillo el ascenso al grado inmediatamente superior al de agente de la Policía para que pudiera percibir un sueldo de retiro superior al que le había sido reconocido. La demanda pide, a más de la nulidad de los actos citados, el decreto de ascenso, bien desde la fecha del retiro de la institución, o subsidiariamente desde el 19 de julio de 1949 en que cesó la suspensión de la Ley 72 de 1947 en sus artículos 6º y 22 y, en consecuencia, que el sueldo de retiro se le mande pagar de acuerdo con el nuevo grado.

Los hechos de la demanda pueden resumirse así: el actor, con 15 años, 9 meses y 25 días de servicio como Agente de la Policía Nacional, fue dado de baja el 1º de mayo de 1948, por acto del Gobierno cumplido en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 1403 del mismo año; el despedido no pudo entonces pedir el reconocimiento del derecho que le otorgaba el artículo 6º de la Ley 72 de 1947, porque éste y el 22 ibidem habían sido suspendidos mediante el Decreto de estado de sitio

precitado; cuando reorganizada la Policía Nacional por Decreto Extraordinario 2136 de 1949, el actor dice haber pedido su derecho, obtuvo las Resoluciones acusadas que se lo niegan con dos argumentos principales, a saber: a) que el derecho estaba prescrito, pues habían transcurrido ya los cuatro años que para reclamarlo establecía el artículo 4º de la Ley 72 de 1947; b) que aún no estando prescrito, la circunstancia de que el precepto que lo consagraba hubiera estado suspendido en sus efectos cuando el actor fue dado de baja, determina que no tenga ya derecho al grado inmediatamente superior para los efectos de un mejor sueldo de retiro.

Dentro de la actuación se oyó oportunamente al señor Fiscal del Consejo, quien se limitó a proponer la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda fundada en el hecho de que las copias que se adjuntaron a ella no son auténticas por ser carbónicas y presentar solamente las firmas en facsímil de los funcionarios que las dictaron, sin ninguna constancia de su autenticación. Vencido como se encuentra el trámite sin nulidad alguna, es el caso de decidir, a lo cual se procede mediante las consideraciones que siguen:

Respecto de la excepción propuesta, no es procedente, porque de las dos copias presentadas, la una (R.4657) lleva un sello con firma auténtica en que consta que se trata de "fiel copia tomada de su original", y la otra (R.4614) no lleva firmas en facsímil sino las propias y auténticas del Director y Secretario de la Policía Nacional estampadas en forma que demuestra que se trata de las mismas y las cuales quedaron al pie del acto y a través del papel carbón al ser firmados varios ejemplares del mismo. Así, pues, la exigencia del artículo 86 del C.C.A., se ha cumplido satisfactoriamente por lo cual no procede la declaración solicitada.

En cuanto al punto de derecho materia del litigio, comprende tres aspectos que se estudiarán separadamente, y que son: la suspensión de los artículos 6º y 22 de la Ley 72 de 1947; la naturaleza jurídica del ascenso a que se refiere el primero de ellos, y la situación concreta del actor.

PUNTO PRIMERO

Con motivo de los sucesos ocurridos el 9 de abril de 1948, el Gobierno Nacional, investido de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, procedió a dictar el Decreto número 1403 de 30 de abril, cuyo artículo 3º dispuso que el Gobierno, conjuntamente con el Director de la Policía, deberían proceder a dar de baja a todo el personal que en ese momento integraba los cuerpos

de la Policía Nacional. Por el artículo 5º suspendió la vigencia de los números 6º y 22 de la Ley 72 de 1947, a más de las normas que fueran contrarias a dicho Decreto. El primero de ellos consagraba para los oficiales, suboficiales y agentes que después de 15 años de servicios se retiraren o fueren retirados de la institución, el derecho a ser ascendidos al grado inmediatamente superior, con la condición de que hubieran permanecido por lo menos dos años en el anterior, y para el solo efecto de que su sueldo de retiro se les liquidara y pagara en la forma determinada para dicho grado superior. La razón de esta suspensión fue doble: de una parte la de que al removerse la totalidad del personal de la Policía, el cumplimiento inmediato de dicho precepto implicaba una cuantiosa erogación que el Tesoro no podía cubrir; y de otra la de que estando vinculada esa prestación a la conducta observada por el presunto titular del derecho, era preciso entrar en un examen minucioso de dicha conducta para determinar en qué casos el derecho no se concedía. Que la del actor debió ser buena y como tal calificada se deduce del hecho de que oportunamente le fue reconocido su sueldo de retiro en calidad de agente de la institución. Por tanto se pasará a determinar los efectos que la cuestionada suspensión debía producir en su situación jurídica.

Entre la fecha del Decreto 1403 de 1948, y en la que fue levantado el estado de sitio, esto es, el 16 de diciembre del mismo año (Decreto Legislativo 4144), el Congreso dictó la Ley 93 del mismo año, por medio de la cual revistió al Presidente de facultades extraordinarias hasta el 31 de diciembre de 1949 para reorganizar íntegramente la Policía Nacional, como una institución eminentemente técnica y enteramente ajena a actividades de tipo político, y señaló concretamente las materias a que dichas facultades se extendían incluyendo la organización de la carrera policial y previsiones de carácter fiscal para cumplir tan delicado cometido. El primero de los decretos que dictó el Gobierno en ejercicio de tales facultades fue el número 86 de enero 17 de 1949, cuyo único artículo dispuso que, "mientras el Gobierno reorganiza la Policía Nacional..., continuarán rigiendo los Decretos números 1403 de 30 de abril de 1948, por el cual se reorganiza la Policía Nacional, y 2244 de 3 de julio del mismo año por el cual se deroga el Decreto número 1021 de 2 de abril de 1946 y se dictan otras disposiciones" agregando que el transcrito mandato regiría desde su fecha.

De conformidad con la regla 3ª del artículo 121 de la Constitución Nacional, el Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los Decretos que dicte mientras rija el estado de sitio y se encuentre turbado el orden público, sino que sus facultades se limitan a la mera suspensión de aquellas que sean incompatibles con dicho estado. Esta disposición ha querido evitar en todo tiempo que so pretexto del es-

tado de sitio el Gobierno asuma el poder legislativo que constitucionalmente corresponde al Congreso, y procúrar que oriente enteramente su actividad a restablecer el orden tomando para ello todas las medidas que considere indispensables. Pero en el bien etendido de que tales medidas son eminentemente transitorias y dejarán de regir a partir del mismo momento en que el orden se declare restablecido. Se mantiene así de una parte la integridad democrática de las instituciones conservando para el Congreso el ejercicio de sus funciones constitucionales, y la seguridad de la Nación dotando al Poder Ejecutivo de aquellos instrumentos de acción natural y jurídicamente apropiados para conservar y restablecer el orden.

Así las cosas, desde un punto de vista estrictamente jurídico, a partir del 16 de diciembre de 1948, el Decreto Extraordinario número 1403 que suspendió la vigencia de los artículos 6º y 22 de la Ley 72 de 1947, dejó de regir, y por consiguiente terminada la suspensión de las normas citadas recobraron su plena vigencia. Podría pues afirmarse que desde la fecha indicada aquellas personas que se creyeran con derecho a reclamar la prerrogativa consignada en el artículo 62, podrían hacerlo. Pero como queda dicho, el Decreto Nº 86 de 1949, dictado 30 días después, procedió a mantener la vigencia del Nº 1403 de 1948 que era precisamente el que había suspendido las normas que consagraban el derecho que aquí se discute. En esta ocasión el Gobierno procedió así investido de facultades extraordinarias, y por tanto la cuestionada suspensión se prolongó a partir de entonces hasta el momento en que se reorganizara la Policía Nacional, lo que ocurrió el 18 de julio de 1949, por virtud del Decreto Nº 2136, dictado en ejercicio de las mismas facultades.

Ahora bien. Aquella suspensión implicaba jurídicamente la pérdida del derecho para quienes estuvieran en las condiciones previstas por el artículo 6º de la Ley 72 de 1947 y durante el término en que ella se mantuvo, o por el contrario significó solamente un aplazamiento de su reconocimiento y goce? El Ministerio de Guerra, en el acto acusado, se orientó por la primera solución al afirmar que "al quedar suspendida la norma, el mandato, se carece en absoluto de ese derecho". La Sala no comparte ese criterio porque equivaldría a sostener, contra texto expreso de la Constitución, que el Gobierno, en ejercicio de las atribuciones del artículo 121 de aquélla, puede no solamente derogar las Leyes, sino lo que es más grave, desconocer los derechos que tienen carácter de adquiridos, lo que no es permitido ni siquiera al propio legislador. En estos casos la suspensión sólo significa que aquellas garantías, prerrogativas, derechos, etc. consignados en preceptos que el Gobierno, a su juicio, y para el solo efecto de restablecer el orden, estima necesario estancar en su desarrollo normal, no puedan ejercerse

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

por todos o parte de los ciudadanos mientras perdure la turbación del orden, mas sin perjuicio de que cancelada la situación anormal vuelvan a ser objeto de goce pleno y reconocimiento integral. En el caso que se estudia la situación aparece mucho más clara si se tiene en cuenta que de acuerdo con el artículo 4º del Decreto 1403 de 1948, y teniendo en cuenta que el actor fue dado de baja después de su expedición, se aseguró o garantizó al personal de la Policía que fuera dado de baja el disfrute de las prestaciones sociales vigentes hasta el 16 de abril de 1948, "salvo los casos en que, de acuerdo con los reglamentos de la institución vigentes en la fecha citada, y una vez hecha la investigación correspondiente, carezcan del derecho a tales prestaciones". De suerte que atendiendo a los efectos de la suspensión que se han estudiado, es indudable que a partir del 18 de julio de 1949, fecha del Decreto 2136 que reorganizó la Policía Nacional, el actor recobró el derecho a solicitar la prestación que ahora demanda, y en principio, a que le fuera concedida si la calificación de su conducta y demás requisitos así lo permitía, pues, se repite, la suspensión del artículo 6º no determinó una derogatoria del mismo ni puede entenderse como el desconocimiento de un derecho adquirido.

PUNTO SEGUNDO

En cuanto a la naturaleza del derecho que se pide ella quedó definida claramente en sentencia de 18 de febrero de 1963 dictada en el caso de José Santos Duarte en la cual se llegó a la conclusión de que lo consagrado por el artículo 6º no es sino una prestación cuantitativamente superior que se puede obtener mediante la ficción legal de un grado que realmente no corresponde al pensionado. Se dijo entonces:

"Es indudable que la sola lectura del texto cuestionado señala una orientación diferente a la indicada por el Comando de la Policía y el Ministerio de Guerra, pues lo que resulta de aquél es, sencillamente, que quien habiendo servido más de 15 años hubiera permanecido dentro de este lapso por lo menos dos en un determinado grado militar inmediatamente antes del retiro, tiene derecho a la prestación que allí se consagra o sea al sueldo de retiro o a la pensión de jubilación que correspondería económicamente al grado inmediatamente superior. Y a la inversa, que quien al retirarse o ser retirado después de tales 15 años, no hubiera permanecido por lo menos dos en el grado inferior, no tiene derecho a la citada prestación. La regla es, pues, muy clara hasta el punto de que no da lugar a un entendimiento diferente.

"Pero hay otro aspecto de la norma que precisa aclarar, y es el relacionado con la noción de ascenso que en ella se contiene. Las re-

glas legales de la milicia parten de la base de la existencia de un escalafón que, en los distintos órdenes, se inicia en el grado más bajo y va ascendiendo gradualmente hasta las más altas jerarquías militares. Ir obteniendo dichos grados mediante la superación del inferior es lo que constituye el ascenso para el cual se tienen en cuenta elementos fundamentales de diversa índole, tales como el tiempo de servicio, la capacidad del militar, sus aptitudes para el mando, su buena conducta. etc., todo lo cual se analiza y discierne por los órganos competentes para decretarlo. El militar que así lo obtiene, adquiere el derecho al título, los honores y prerrogativas propios de su nuevo rango así como a las garantías económicas y sociales que a él corresponde, todo lo cual constituye un status jurídico amparado por la Constitución. Hay pues una sustancial diferencia entre esta noción de ascenso que es la única regularmente aceptada y aceptable dentro del régimen militar, y la que trae el artículo 6º de la Ley 72 de 1947, para el sólo efecto de una prestación social. En este evento se trata solamente de una ficción legal por cuya virtud se coloca a un grupo de personas que han cumplido un cierto tiempo de servicio en condiciones de recibir una garantía economica cuantitativamente establecida para el grupo perteneciente al grado inmediatamente superior. No quiere esto decir que el favorecido haya recibido un ascenso militar en los términos regulares de la ley, puesto que ninguno de los requisitos que ordinariamente se exigen para él ha sido cumplido. Simplemente se quiere significar que quien ha agotado el tiempo de servicio y permanecido por lo menos dos años en su grado tiene derecho a un sueldo de retiro o a una pensión mayor. De ahí por qué el texto legal que se comenta agrega que "ésto (el ascenso) para efectos de la pensión de jubilación o asignación de retiro, y sin tener que llenar ningún otro requisito que el que se establece por el presente artículo". Por consiguiente se deduce que la persona que por ministerio de esta norma puede recibir una pensión mayor, no queda realmente ascendida dentro del escalafón militar, y no puede por tanto ni exhibir ni usar un grado que legalmente no le corresponde, ni pedir para él protección legal alguna, pues por mérito de la ficción de que se viene hablando solamente adquiere el derecho a una prestación de cuantía superior.

"Lo anterior se hace más claro si se considera que la buena conducta es condición indispensable para todo ascenso militar, y que en el caso que se estudia las leyes que precedieron a la 72 de 1947 habían establecido que quien fuera retirado del servicio por mala conducta o con nota de mala conducta, no tendría derecho a las garantías de carácter social allí establecidas. Así aparece de los artículos 13 de la Ley 74 de 1945 y 31 del Decreto extraordinario número 981 de 1946. De suerte que si para este caso especial el artículo 6º de la Ley 72 se refiere a personal que sea retirado o se retire voluntariamente del cuerpo después de 15 años de servicios, lo hizo sólo para reafirmar el criterio

de ficción legal a que antes se hizo referencia con el solo objeto de asegurar una pensión o sueldo de retiro mejor, pero en ningún caso para derogar o modificar los preceptos vigentes sobre requisitos y condiciones de ascenso que son absolutamente indispensables dentro de las nociones de jerarquía y disciplina militares. Por consiguiente, en casos como el que se estudia lo que procede cuando el sujeto ha servido durante el tiempo indicado es decretarle una pensión o sueldo de retiro igual a los que corresponden al grado inmediatamente superior, pero no un ascenso a que puede no ser acreedor y que, además, y sólo en determinados casos, puede decretar el Consejo de Estado después de que los organismos administrativos competentes y dentro de un procedimiento exclusiva y específicamente enderezado a conocer de él, lo ha negado con violación de la ley".

PUNTO TERCERO

Los autos demuestran que Rodríguez Castillo sirvió a la Policía Nacional durante 15 años, 9 meses y 25 días y que fue dado de baja por Resolución número 1480 de mayo 6 de 1948 (f. 33 y 34, C. Adm.), es decir, que cuando fue suspendido el artículo 6º de la Ley 72 de 1947, y por cuanto llevaba más de 2 años en su grado de agente al acaecer el retiro, tenía derecho a que se le pagara la prestación del mismo en cuantía igual a la señalada para el grado subsiguiente. Ya la Sala ha dicho en innumerables ocasiones que el estado de pensionado, esencialmente igual al del retirado del ejército, es imprescriptible y que es el derecho de crédito vinculado a las mesadas correspondientes el que queda sujeto a la regla establecida por el artículo 151 del Decreto 2158 de 1948. De donde resulta que en este aspecto es errada la providencia que se estudia y deberá rectificarse. Pero téngase en cuenta que el actor reclamó el derecho objeto de este fallo solamente el 27 de junio de 1960 ante el Comando de las Fuerzas de Policía, y no como lo dice en su demanda una vez que cesó la suspensión de las normas de la Ley 72 de 1947. El hecho anotado implica que la interrupción de la prescripción de los créditos provenientes del reajuste sólo permite hacer un reconocimiento a partir del 26 de junio de 1957 y no como se solicita en la demanda o sea, bien desde la fecha del retiro, o desde el 19 de julio de 1949.

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, y en desacuerdo con el concepto del señor Fiscal, DECRETA la nulidad de los actos demandados en este juicio provenientes de la Dirección General de la Policía Nacional y del Ministerio de Guerra y en su lugar ORDENA a la Dirección General de la Policía Nacional que reconozca y pague al exagente Sergio Rodríguez Castillo un sueldo de retiro en cuantía igual a la que corresponde a un

Cabo Segundo de la Policía o al del grado inmediatamente superior al de agente, si no fuere el de Cabo 2º.

Este pago deberá hacerse a partir del veintiseis (26) de junio de 1957 y teniendo en cuenta lo que por concepto de sueldo de retiro en calidad de agente se ha venido pagando al demandante a partir de la misma fecha.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge de Velasco Alvarez. — Guillermo González Charry. — José Urbano Múnera. — Alfonso Meluk. — Marco A. Martínez B., Secretario.

NOTA DEL RELATOR: Como podrá observarse, la presente sentencia constituye una reiteración de las doctrinas expuestas en el fallo que a continuación se publica.

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., marzo siete de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. JORGE DE VELASCO ALVAREZ)

El señor Luis María Cruz Roncancio por medio de apoderado demanda, en acción de plena jurisdicción, la nulidad de las resoluciones números 4595 de 30 de diciembre de 1960 y 4673 de 7 de noviembre de 1961 dictadas, la primera por la Dirección de la Policía Nacional y la segunda por el Ministerio de Guerra.

Cruz Roncancio pidió a la Policía Nacional que se le reajustara el sueldo de retiro que le fue decretado como agente de la institución, con el equivalente al del grado inmediatamente superior o sea al de cabo, para lo cual pidió el ascenso a tal grado fundándose en lo dispuesto por el artículo 6º de la Ley 72 de 1947.

La Dirección de la Policía negó lo pedido por el demandante por considerar que, conforme al artículo 4º de la mencionada Ley 72 de 1947, la acción estaba prescrita. Apelada la providencia, el Ministerio de Guerra la confirmó no sólo en lo referente a la prescripción sino entrando en el fondo del negocio, es decir negándole a Cruz Roncancio su pedimento de ascenso y consiguientes prestaciones.

Dijo el Ministerio que el artículo 6º de la Ley 72 de 1947, por medio del cual se autorizó el ascenso al personal de la Policía que hu-

biera cumplido ciertos requisitos, fue suspendido por el Decreto Extraordinario Nº 1403 de 1948 y que, habiéndose sucedido el retiro del agente Cruz Roncancio durante ese tiempo, "no se puede invocar la disposición (el artículo 6º de la Ley 72 de 1947) respecto de los retiros del personal de la Policía Nacional con posterioridad a su vigencia, toda vez que al quedar suspendida la norma, el mandato, se carece en absoluto del derecho".

El señor Fiscal 1º del Consejo conceptuó en su vista que la demanda resultaba sustantivamente inepta, porque uno de los actos acusados (la Resolución 4595 de 1960) se había traído a los autos en una simple copia al carbón sin autenticación de ninguna clase, lo que contraría el mandato de los incisos 1º y 2º del artículo 86 del C. C. A.

Se considera:

La Sala ha considerado en otras oportunidades que las copias de las providencias administrativas con las firmas en facsímil y sin autenticar, no se pueden admitir conforme a lo dispuesto por el citado artículo 86 de la Ley 167 de 1941. Pero en el caso presente la resolución de la Dirección de la Policía no lleva en facsímil las firmas sino que es, como lo dice el señor Fiscal, una copia al carbón. Estas firmas deben reputarse como auténticas, aun cuando quienes las estamparon lo hubieren hecho de una vez en varios ejemplares. En esa forma aparece inclusive la firma del Secretario y además el auto de notificación al interesado. Por otra parte, la Resolución del Ministerio que desató el recurso de apelación, con inserción de lo dicho por la Dirección de la Policía, está en una copia debidamente autenticada.

En las condiciones apuntadas no puede aceptarse la excepción de inepta demanda propuesta por la Fiscalía.

En cuanto a la prescripción de la acción, único argumento de la Resolución 4595 de 1960, la Sala tiene sentado en reiterada jurisprudencia que los derechos a las pensiones y sueldos de retiro, que son derechos adquiridos al reunirse los presupuestos legales, amparados por el artículo 30 de la Constitución, no prescriben; sino solamente los créditos debidos, en perscripción trienal según lo ordena el artículo 151 del Decreto Nº 2158 de 1948.

Con respecto al derecho que reclama el actor se tiene lo siguiente:

Cruz Roncancio era agente de la Policía Nacional, con 19 años, un mes y 24 días de servicio discontinuo cuando fue retirado, mediante la

Resolución Nº 1.397 del 1º de mayo de 1948, en obedecimiento al Decreto Ley 1.403 de 30 de abril del mismo año, dictado merced a la lamentable actuación de la Policía en los sucesos del 9 de abril. El Decreto dispuso en su artículo 3º: "El Gobierno y el Director General de la Policía Nacional procederán a dar de baja a todo el personal uniformado de la Institución. - Parágrafo: La calificación de conducta respecto de las bajas que se causen con motivo de lo expuesto en este artículo será hecha, posteriormente, por el Director General de la Policía, asesorado por la Junta de Ascensos".

Es de presumirse que el retiro de Cruz Roncancio se hizo con nota de buena conducta, pues, según certificado que aparece en autos, se le decretó la asignación de retiro desde el momento de su baja, sin observación alguna. En el expediente no figura en ninguna parte nota de mala conducta. (v. Hoja de Vida).

El demandante sostiene y así lo ha pedido, que se decrete su derecho al ascenso para los solos efectos de las prestaciones sociales, a partir del 18 de julio de 1949, en que terminó la suspensión del artículo 6º de la Ley 72 de 1947, "vigente en el momento en que mi mandante cumplió 15 años de servicio a la Institución de la Policía Nacional".

El mentado artículo 6º de la Ley 72 de 1947 dice: "Los Agentes, Cabos, Sargentos, Alféreces y Oficiales que después de quince (15) años de servicio continuo sean retirados o se retiren voluntariamente, tendrán derecho a que se les ascienda al grado inmediatamente superior siempre que tengan por lo menos dos (2) años de servicio en su grado. Esto para efectos de la pensión de jubilación o asignación de retiro, y sin tener que llenar ningún otro requisito que el que se establece por el presente artículo. Del beneficio anterior gozarán también los Detectives, Dactiloscopistas, entendiéndose para este efecto como grado la clase, por ser ésta la denominación reglamentaria. - Parágrafo: La liquidación de la asignación de retiro o jubilación, tanto para el personal uniformado como civil, se podrá llevar a efecto por los interesados hallándose estos en servicio, para cuyo efecto se tomarán como base para su liquidación los sueldos que devengaron al presentar dicha solicitud, y en consonancia con el presente artículo".

En sentencia de fecha 18 de febrero del corriente año (negocio de José Santos Duarte Rozo) la Sala dejó en claro lo que significa la disposición que se acaba de transcribir. Allí se dijo:

"Pero hay otro aspecto de la norma que precisa aclarar, y es el relacionado con la noción de ascenso que en ella se contiene. Las re-

glas legales de la milicia parten de la base de la existencia de un escalafón que, en los distintos órdenes, se inicia en el grado más bajo y va ascendiendo gradualmente hasta las más altas jerarquías militares. Ir obteniendo dichos grados mediante la superación del inferior es lo que constituye el ascenso para el cual se tienen en cuenta elementos fundamentales de diversa índole, tales como el tiempo de servicio, la capacidad del militar, sus aptitudes para el mando, su buena conducta, etc., todo lo cual se analiza y discierne por los órganos competentes para decretarlo. El militar que así lo obtiene, adquiere el derecho al título, los honores y prerrogativas propios de su nuevo rango así como a las garantías económicas y sociales que a él corresponde, todo lo cual constituye un status jurídico amparado por la Constitución. Hay, pues, una sustancial diferencia entre esta noción de ascenso que es la única regularmente aceptada y aceptable dentro del régimen militar, y la que trae el artículo 6º de la Ley 72 de 1947, para el sólo efecto de una prestación social. En este evento se trata solamente de una ficción legal por cuya virtud se coloca a un grupo de personas que han cumplido un cierto tiempo de servicio en condiciones de recibir una garantía económica cuantitativamente establecida para el grupo perteneciente al grado inmediatamente superior. No quiere esto decir que el favorecido haya recibido un ascenso militar en los términos regulares de la ley, puesto que ninguno de los requisitos que ordinariamente se exigen para él ha sido cumplido. Simplemente se quiere significar que quien ha agotado el tiempo de servicio y permanecido por lo menos dos años en su grado tiene derecho a un sueldo de retiro o a una pensión mayor. De ahí por qué el texto legal que se comenta agrega que "ésto (el ascenso) para efectos de la pensión de jubilación o asignación de retiro, y sin tener que llenar ningún otro requisito que el que se establece por el presente artículo". Por consiguiente se deduce que la persona que por ministerio de esta norma puede recibir una pensión mayor, no queda realmente ascendida dentro del escalafón militar, y no puede por tánto ni exhibir ni usar un grado que legalmente no le corresponde, ni pedir para él protección legal alguna, pues por mérito de la ficción legal de que se viene hablando solamente adquiere el derecho a una prestación de cuantía superior".

El artículo 6º de la Ley 72 de 1947 fue suspendido, junto con el artículo 22 de la misma, por el Decreto-Ley 1.403 de 1948. Los dos artículos suspendidos se refieren a desembolsos que el retiro del personal podría ocasionar de inmediato. El 22 disponía continuar pagando a los que se retiraran por propia voluntad o por causas distintas de mala conducta, el pago de sueldos y primas hasta cuando se les cubrieran sus prestaciones.

Para mejor entender el efecto del Decreto 1.403 de 1948 sobre las

situaciones creadas al personal de la Policía Nacional bajo la legislación vigente en el momento en que fue dictado, conviene tener en cuenta su conjunto. El Gobierno, ejercitando las facultades del estado de sitio decretado por los graves sucesos del 9 de abril de 1948, dispuso por el mencionado Decreto reorganizar la Policía Nacional en una forma eminentemente técnica y cuyo ejercicio requería en sus componentes especiales condiciones de orden moral, cultural y físico. Pero el artículo 3º disponía: "El Gobierno y el Director de la Policía Nacional Procederán a dar de baja a todo el personal uniformado de la Institución". Y en el parágrafo del mismo artículo se disponía, en lo relativo al cumplimiento que se iría dando a aquella orden, que "la calificación de conducta respecto de las bajas que se causen, etc., será hecha posteriormente por el Director General de la Policía, asesorado por la Junta de Ascensos".

El demandante Cruz Roncancio fue dado de baja al día siguiente de expedido el Decreto. Correspondía al Director del Cuerpo calificar posteriormente su conducta para los efectos consiguientes, que serían los de sus prestaciones sociales. Y éstas deberían decretarse de conformidad con el artículo 4º del Decreto, que disponía: "El personal de la Policía Nacional que será dado de baja, de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, tendrá derecho a las prestaciones de que venía disfrutando el 16 de abril de 1948, salvo los casos en que, de acuerdo con los reglamentos de la Institución vigentes en la fecha citada, y una vez hecha la investigación correspondiente, carezca de derecho a tales prestaciones".

Del conjunto de las disposiciones del Decreto 1403 se deduce que la suspensión de la vigencia del artículo 6º obedecía únicamente a la necesidad de estudiar previamente lo relativo a cada baja para calificarla, en razón de los hechos ocurridos que hubieran podido dar lugar a fundados cargos contra algunos de los individuos que se disponía retirar definitivamente del servicio. En tales circunstancias, lo del ascenso para retirar a los incluídos en las previsiones del artículo 6º no podía ni debía cumplirse automáticamente. Y por eso se explica, así mismo, la suspensión de lo ordenado en el artículo 22 de la ley sobre continuación del pago de sueldos hasta cuando recibieran los retirados sus prestaciones. En cuanto a la suspensión del otorgamiento de los ascensos para el efecto de las asignaciones de retiro y de las pensiones, esa disposición equivalía simplemente a una prohibición de decretarlos mientras tal suspensión estuviera rigiendo, pero en modo alguno significaba que quienes tuvieran cumplidas las condiciones para obtenerlo en el momento en que se les retiró, quedaran privados del derecho cuando la suspensión del artículo 6º quedara levantada, pues la suspensión no podía obrar válidamente sobre situaciones creadas al am-

paro de la ley.

Por medio del Decreto Ley 4.144 del 16 de diciembre de 1948 se declaró restablecido el orden público en todo el territorio nacional desde las doce de la noche de aquel día. Teóricamente pues, volvieron a regir en ese instante las leyes suspendidas por los decretos de estado de sitio y pudieron entonces decretarse los ascensos a quienes los hubieran solicitado dentro de las previsiones del artículo 6º de la Ley 72. Pero, entre tanto, se había expedido la Ley 93 de 1948, que facultó al gobierno para reorganizar completamente la Policía Nacional. Como primera medida en ejercicio de esas facultades, el Ejecutivo dictó el 17 de enero de 1949 su Decreto 86 por el cual dispuso que continuaría rigiendo, mientras se reorganizaba la Policía Nacional, el Decreto 1.403 del 30 de abril de 1948. Es decir se prorrogó la suspensión de dicho artículo en cuanto no era posible decretar los ascensos de que él habla. Finalmente el 18 de julio de 1949, fue dictado el Decreto reorgánico de aquella institución que vino a subrogar totalmente la legislación anterior, de la cual formaban parte las leyes 74 de 1945 y 72 de 1947, así como el Decreto 1020 de 1946.

En estas condiciones no podía admitirse que el derecho al ascenso para efecto de las prestaciones sociales, de quienes fueron retirados de la Policía en obedecimiento al Decreto 1.403, cuando ya reunían las condiciones previstas en el artículo 6º de la Ley 72 de 1947, hubiera desaparecido porque el retiro se efectuó durante el tiempo en que no podía hacerse efectivo, conforme a lo expuesto por el Ministerio de Guerra. Pues, en concepto de la Sala, los individuos retirados cuando ya tenían cumplidos quince o más años de servicio, completaron precisamente con el acto de retiro los presupuestos de la ley. Ese derecho era reclamable por ellos aun cuando, transitoriamente, se hubiera hecho imposible decretarlo.

La norma que daba derecho al ascenso al agente Cruz Roncancio no había sido derogada sino suspendida, no se podía decretar tal ascenso mientras la suspensión rigiera. Pero al dejar de tener efecto ésta, el derecho volvió a ser operante y podía reclamarse.

Entonces, la resolución acusada resulta violatoria del artículo 30 de la Carta y del propio artículo 6º de la Ley 72 de 1947. La disposición constitucional fue infringida porque se dio a los Decretos transitorios 1403 de 1948 y 86 de 1949 una interpretación y aplicación que para el caso no tenían, pues se desconocía con ellas situaciones creadas y perfeccionadas de conformidad con la ley sustantiva que regía cuando se decretó el retiro del agente Cruz Roncancio. El artículo 6º de la Ley 72 de 1947 estaba vigente en cuanto a lo sustantivo del derecho

y sólo había un impedimento temporal para reconocerlo. Mas la situación creada para el agente constituía un derecho adquirido.

Tiene, pues, derecho el actor a que se le reconozca su sueldo de retiro en la cuantía correspondiente a la del grado inmediatamente superior. Pero no puede cubrírsele desde la fecha pedida en la demanda, pues que los créditos debidos han sufrido la prescripción que señala el artículo 151 del Decreto 2158 de 1948, prescripción que para el último trienio fue interrumpida el día 27 de abril de 1960 cuando el actor pidió su derecho a la Policía Nacional. Es decir que los créditos anteriores al 27 de abril de 1957 han prescrito.

Por las consideraciones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1º—Son nulas las Resoluciones números 4595 de 30 de diciembre de 1960 dictada por la Dirección de la Policía Nacional; y 4673 de 7 de noviembre de 1961 dictada por el Ministerio de Guerra;

2º—El señor Luis María Cruz Roncancio tiene derecho a que por la Dirección de la Policía Nacional se le reconozca y pague un sueldo de retiro equivalente al que corresponde a un Cabo de la Policía o al del grado inmediatamente superior al de agente, si no fuere el de cabo;

3º—Decláranse prescritos los créditos anteriores al 27 de abril de 1957.

Cópiese, notifíquese, archívese el expediente y devuélvase el administrativo.

Jorge de Velasco Alvarez. — José Urbano Múnera. — Alfonso Meluk. Guillermo González Charry. — Marco A. Martínez Bernal, Secretario.

ORDEN NACIONAL

RESOLUCIONES MINISTERIALES

I.—MAESTROS. NATURALEZA DE LA PENSION QUE PARA ESTOS SERVIDORES CONSAGRA EL ARTICULO 4º, NUMERAL 6º, DE LA LEY 114 DE 1913. Técnicamente, no es otra cosa que una pensión de invalidez de la misma naturaleza que la establecida por el artículo 4º de la Ley 63 de 1947; por eso, ambas leyes proveyeron a su desaparición cuando la causa que les dio nacimiento hubiere desaparecido, como resulta del ordinal 2º del artículo 9º de la Ley 114 de 1913 y 4º de la Ley 63 de 1947. La única diferencia entre las dos pensiones de invalidez que los mencionados textos crearon es de cuantía, pues mientras que la de 1913 es igual a la mitad del sueldo, la de 1947 es del sueldo completo, sin sobrepasar ciertos límites, hoy ya modificados. — Diferencias entre esta pensión y la de jubilación.

II.—REVOCABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE OTORGAN PENSIONES. Como actos creadores de situaciones jurídicas concretas, no son revocables de oficio por la administración, sino sólo con consentimiento expreso y escrito del interesado. Por otra parte, esa imposibilidad se desprende de los artículos 164 y siguientes de la Ley 167 de 1941 que establece el procedimiento a seguir pon las personas interesadas en obtener la modificación de un fallo del Consejo o providencia administrativa nacional sobre reconocimientos periódicos, aún para suprimirlos, y que no es otro que la acción de revisión.

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., doce de junio de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY)

En acción de plena jurisdicción y por medio de apoderado, María Antonia Figueroa Dávila, ha demandado la nulidad de la Resolución número 90 de 13 de marzo de 1962, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, por la cual revocó la número 196 de 3 de mayo de 1960 oue le otorgaba una pensión de jubilación fundada en la imposibilidad de continuar prestando sus servicios al magisterio por motivos de enfermedad. Como restablecimiento del derecho, se pide la revocatoria del acto demandado a fin de que pueda la actora continuar gozando de la pensión decretada y, además, que ésta se aumente en proporción a las mejores asignaciones recibidas.

Como preceptos violados se señalan los artículos 1º y 4º numeral 6º de la Ley 114 de 1913, 4º de la Ley 64 de 1947, 24 del Decreto 2733 de 1959 y 30 de la Constitución Nacional. Los argumentos fundamentales de la demanda consisten en que la pensión, una vez otorgada,

constituye un derecho adquirido que no puede ser desconocido por el Estado; que éste, además, no puede revocar unilateralmente y sin consentimiento del agraviado los actos creadores de situaciones jurídicas de carácter particular; que el Ministerio confundió la pensión de jubilación con la de invalidez al suprimir ésta cuando se había concedido aquélla y que, en fin, todo confluyó a desconocer en la actora un derecho ya inmodificable y amparado por la Constitución.

El señor Fiscal, en su concepto se manifiesta de acuerdo con las peticiones de la demanda, pues considera que el Ejecutivo no puede, sin violar la ley, revocar sus actos cuando crean una situación jurídica concreta.

Se considera:

La pensión que el Ministerio reconoció a la actora se fundó en un hecho y en dos preceptos legales: es el primero la enfermedad (párkinson) certificada por los médicos oficiales (fls. 47 a 50) cuando ya tenía más de 20 años de servicios, de la que se dijo que la imposibilitaba para todo trabajo futuro en forma definitiva; los segundos son los artículos 1º y 4º, numeral 6º de la Ley 114 de 1913 que permiten conceder pensión a los maestros oficiales cuando, después de 20 años de servicios y sin tener 50 años de edad, se hallen en incapacidad "por enfermedad u otra causa". Queda, pues, claro que la pensión concedida fue en atención a la incapacidad física absoluta y permanente que se diagnosticó a la institutora. ¿Es esta realmente una pensión de jubilación, que se causa sólo por edad y tiempo de servicios, o equiparable a ella? No lo cree la Sala y así lo ha dicho en ocasiones anteriores. Aunque la Ley de 1913 la llamó genéricamente de jubilación, no hay duda de que entre ésta y la que se concede por edad y tiempo hay diferencias fundamentales en cuanto a sus causas y consecuencias. La primera es transitoria al paso que la segunda es definitiva; aquélla dura lo que la incapacidad porque así resulta de la naturaleza de las cosas, en cambio ésta, tanto como la vida del pensionado. Técnicamente, la primera no es otra cosa que una pensión de invalidez de la misma naturaleza que la establecida por el artículo 4º de la Ley 63 de 1947; por eso ambas leyes proveyeron a su desaparición cuando la causa que les dio nacimiento hubiera desaparecido: así resulta de la regla 2ª del artículo 9º de la Ley 114 de 1913 al disponer que las pensiones por ella otorgadas se perdían cuando el beneficiario adquiriera bienes que le produjeran lo necesario para atender a sus necesidades y a las de su familia; y lo mismo se concluye del propio artículo 4º de la segunda, cuando dice que los maestros, en la eventualidad contemplada, tendrán derecho a la pensión "mientras dure la incapacidad". La única diferencia entre las dos pensiones de invalidez que los dos textos crea-

ron, es de cuantía, pues mientras que la de 1913 es igual a la mitad del sueldo, la de 1947 es del sueldo completo sin sobrepasar ciertos límites, hoy ya modificados.

En el caso de autos, ocurrió que la peticionaria, no obstante su enfermedad comprobada como causa de incapacidad definitiva, continuó prestando sus servicios al magisterio en el Departamento de Boyacá, hasta el 25 de enero de 1961, lo que para el Consejo es inexplicable, porque, o su enfermedad no existió, hipótesis desechada por respeto a los médicos que la certificaron, o cesó repentinamente de afectarla ya que no de otro modo se entiende que se sintiera en condiciones de seguir trabajando y lo hubiera hecho. El nuevo trabajo fue acreditado ante el Ministerio cuando en 1962 se le solicitó, con base en sueldos más altos, un reajuste de la pensión, en vista de lo cual el Ministerio procedió a dictar el acto acusado por el cual se le privó de la pensión que se le había concedido.

No hay duda, por todo cuanto se ha dicho, que siendo la pensión otorgada, una prestación fundada en la incapacidad de la institutora, cesada ésta dejaba de existir la causa jurídica de la misma, y era, por tanto, procedente que se suspendiera. Pero el modo de hacerlo no era ciertamente el que escogió el Ministerio, pues, como lo ha dicho el Consejo en repetidas ocasiones y como lo reafirmó de modo expreso el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, los actos creadores de situaciones jurídicas concretas, no son revocables de oficio por la administración, sino sólo con consentimiento expreso y escrito del interesado. Además, y ello también se ha dicho por la Sala, esa imposibilidad se desprende de los artículos 164 y concordantes de la Ley 167 de 1941, que establece muy claramente el procedimiento que debe seguirse por las personas interesadas en obtener la modificación de un fallo del Consejo o providencia administrativa nacional sobre reconocimientos periódicos, aún para suprimirlos, y que no es otro que la acción de revisión. Si, pues, el Ministerio, enterado del caso de la peticionaria, consideró su deber suspender la pensión de invalidez que le había otorgado, ha debido recurrir a la acción mencionada. Pero el haber procedido oficiosamente a revocar su providencia constituye una clara violación del artículo del Decreto mencionado, lo que por sí solo sería suficiente para determinar la nulidad del acto acusado.

Mas surge ahora, y de los autos resulta (fl. 38), una nueva situación consistente en que la peticionaria vuelve a alegar y probar, con motivo de la petición de reajuste, que se encuentra enferma del mismo mal y que él la incapacita definitivamente para seguir prestando sus servicios en el magisterio. Es decir, que para la fecha en que el Ministerio dictó el acto acusado, ya la actora se encontraba separada del

servicio e incapacitada definitivamente según dictamen de los médicos oficiales. O lo que es igual, que reapareció la causa de la pensión de invalidez de que venía disfrutando, lo cual, al menos mientras no haya prueba en contrario y se haya seguido el procedimiento regular, hacía jurídicamente imposible la revocatoria. Tal situación conduce derechamente a la nulidad del acto por motivo distinto al antes expuesto.

Pero como de todas maneras es un hecho probado en el juicio que entre la fecha de la primera Resolución (mayo 1º de 1960) y el 21 de enero de 1961, en que se le aceptó la renuncia, la peticionaria continuó trabajando y recibiendo sueldos, es decir, no estuvo incapacitada, el restablecimiento del derecho solicitado no puede amparar este lapso y los dineros que durante él se pagaron sin causa deben ser compensados con los que se le han dejado de pagar desde que volvió a su estado de invalidez. En esta forma se mantiene el derecho de la actora a que su situación no sea modificada unilateralmente por la Administración y el de ésta a no pagar sin causa durante el tiempo indicado la prestación que se cuestiona.

En lo que se refiere a los reajustes pedidos en la demanda, la Sala no se pronuncia pues es cuestión que debe decidir el propio Ministerio. Por lo demás, respecto de este punto, la demanda no indica ninguna disposición violada y ello hace imposible un pronunciamiento que vendría a ser oficioso.

En mérito de lo expuesto, elConsejo de Estado, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

ANULASE la Resolución Nº 90 de 13 de marzo de 1962 por la cual el Ministerio de Educación Nacional privó de su pensión a María Antonia Figueroa Dávila, y dispónese que la pensión decretada por la Resolución número 196 de 3 de mayo de 1960 se le siga pagando, a partir del veinticinco (25) de enero de mil novecientos sesenta y uno (1961), debiendo compensarse con lo que por este concepto se le adeude, lo que la actora recibió indebidamente entre la vigencia de la última resolución citada y el propio 25 de enero de 1961.

Niéganse las demás peticiones de la demanda por incompetencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge de Velasco Alvarez. — Guillermo González Charry. — Alfonso Meluk. — José Urbano Múnera. — Marco A. Martínez B., Secretario.

ORDEN NACIONAL

RESOLUCIONES MINISTERIALES

I.—FUNCIONARIOS PUBLICOS. Derecho al salario. **Cuando una persona desempeña un función pública por nombramiento regular y presta el servicio correspondiente, tiene derecho a la remuneración señalada al cargo aunque no haya tomado posesión del mismo, mediante el juramento de rigor. Un funcionario de esta clase, asi como compromete a la Administración en el ejercicio de sus funciones y tiene para con ella todos los deberes propios del funcionario público, debe gozar de todos los derechos y, particularmente, del que está más vinculado a su supervivencia, cual es el derecho al salario.**

II.—PENSIONES DE INVALIDEZ. Reajustes cuantitativos de la Ley 77 de 1959. **Ni la Ley 77 ni los preceptos anteriores a ella establecieron que hubiera pensiones de invalidez mínimas de $ 400.00. Este mínimo, para toda clase de pensiones, fue establecido por el ar culo 6º de la ley citada en $ 120 mensuales, de modo que a raíz de su expedición las causadas antes y después que no alcanzaran dicha suma ni siquiera con el reajuste previsto en el articulo 1º debian quedar automáticamente en $ 120 mensuales.**

III.—PENSION DE INVALIDEZ Y SUELDO. Incompatibilidad. **Por antonomasia, quien está absolutamente incapacitado, es decir, inválido, no puede ser apto para el servicio. O existe una situación o existe otra, pero las dos son incompatibles, y no porque en determinados casos las leyes no permitan la coexistencia de sueldo y pensión dentro de ciertos límites, sino porque entiende el Consejo que para casos de invalidez, la naturaleza misma de las cosas repele dicha coexistencia.**

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., dos de julio de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY)

En acción de plena jurisdicción y por medio de apoderado, Próspero Valbuena Suárez ha pedido la nulidad de la Resolución número 393 del 24 de enero de 1962, del Ministerio de Guerra, por la cual se le negaron el pago de unos sueldos y el reajuste de una pensión de invalidez. A manera de restablecimiento del derecho solicita que se disponga el pago de los sueldos citados y el reajuste de la pensión para que quede en la suma de $ 400.00 mensuales de acuerdo con la Ley 77 de 1959, todo dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria del fallo.

Como hechos expone que en septiembre de 1955 y por Resolución número 3973 se le reconoció una pensión por invalidez absoluta en cuantía de $ 141.37, a partir del 20 de septiembre; que esta pensión fue reajustada con fundamento en la Ley 77 de 1959, en forma oficiosa a la suma de $ 181.70; que el 1º de septiembre de 1960 se le nombró (dado de alta) adjunto 8º civil del ramo de guerra, calidad en la que

trabajó hasta el 1º de marzo de 1961, fecha en que se le suspendió del se vicio, previa declaratoria de insubsistencia de su nombramiento hecha por la orden administrativa del personal del Comando General de las FF. MM. de 16 de febrero de 1961; que no se le pagaron los sueldos correspondientes a dicho trabajo; que durante este servicio fue hospitalizado por agravación del mal que causó la pensión de invalidez y hospitalizado en la Clínica de Palermo cuyos servicios pagó el Ministerio, y que el actor perdió totalmente la capacidad visual.

Como disposiciones violadas señala, en lo correspondiente al no pago de los sueldos, los artículos 5º del Decreto 94 de 1958 y 7º del C. J., alrededor de los cuales presenta una teoría sobre los funcionarios de hecho; en cuanto al reajuste de la pensión señala el artículo 8º de la Ley 77 de 1959 en concordancia con el 1º de la Ley 6ª de 1945 y los números 4º y 9º de la Ley 53 del mismo año.

El señor Fiscal pide que se nieguen las peticiones de la demanda porque, en su concepto, y respecto de la pensión, la Ley 77 de 1959 no ha dicho que toda pensión de invalidez deba ser de $ 400.00 al mes, sino que solamente fijó en esta cifra el límite máximo para sueldos superiores a ella; pero que cuando se trata de pensionados con sueldos inferiores, debe aplicarse el reajuste según la tabla establecida por la misma ley, que fue el modo como procedió el Ministerio; y en cuanto al sueldo reclamado, por una parte encuentra deficiente la prueba, hasta el punto de que sólo considera claros dos meses de servicio, y por otra estima que hay un acto no demandado, el que puso por fuera del servicio al demandante, lo que impide decretar el pago pedido.

Se considera:

a) SUELDOS.—Primeramente el Consejo expresa su extrañeza por la contradicción ofrecida en este juicio al demostrar por una parte que el señor Valbuena venía gozando de pensión por invalidez absoluta desde 1955, y sin pruebas de su restablecimiento ni cancelación legal de la prestación, sea nombrado para prestar servicios civiles en el Ministerio. Por antonomasia, quien está absolutamente incapacitado para trabajar, o sea inválido, no puede estar en situación contraria, es decir apto para el servicio. O existió una situación o existió la otra pero las dos son incompatibles; y no porque en determinados casos la Ley no permita la coexistencia de sueldo y pensión dentro de ciertos límites cuantitativos, sino porque entiende el Consejo que para casos de invalidez la naturaleza misma de las cosas repele dicha coexistencia. Con todo en el expediente hay prueba (fls. 37 y 39) de que Valbuena fue nombrado adjunto 8º para la Escuela Superior de Guerra, "novedad fiscal primero de septiembre de 1960"; que su nombramiento fue declarado insubsistente por orden administrativa Nº 1-002 de 1961 que se cumplió a partir del 8 de marzo, declaratoria que fue aclarada posteriormente en el sentido de declarar el nombramiento sin efecto por no

haber tomado posesión el actor del puesto indicado; que la asignación básica de éste es de $ 248.50; que trabajó durante los meses de septiembre y octubre de 1960 en el cargo indicado, y que su nombre no aparece en las nóminas del Ministerio en el tiempo comprendido entre el nombramiento y la declaratoria de insubsistencia.

El caso ha sido ya resuelto por esta Sala (Diciembre 14 de 1962. José María Villa Espinal) [1] en el sentido de que cuando una persona haya desempeñado una función pública por orden o nombramiento regular, y prestado el servicio correspondiente, tiene derecho a la remuneración que las Leyes o Reglamentos señalen al cargo, aunque no se le haya permitido tomar posesión legal del mismo, o simplemente no la haya tomado, mediante el juramento de rigor. La Sala no considera que este sea un caso de funcionario de hecho que, nombrado regularmente para funciones y con remuneración prevista en las leyes, entra a desempeñarlas sin la plenitud de las formas exigidas; en el Derecho Colombiano hay dos normas, de aplicación principal para los funcionarios de la Rama Jurisdiccional (Art. 7º C.J.), y para todos los demás funcionarios públicos (Art. 252, inciso 2º C.R.P. y M.), en cuya virtud el nombramiento y posterior ejercicio de las funciones, hacen presumir de derecho la posesión del cargo, y las irregularidades en la diligencia de posesión o la falta de ella, no lo eximen de responsabilidad. Y si esto es así, lo es no sólo para mantener la responsabilidad del servicio público ante terceros y ante los demás funcionarios, sino igualmente para poner en guardia los derechos del funcionario dentro de su carrera, escalafón o actividad respectivas, y sobre todo cuando a ella están esencialmente vinculadas garantías de orden constitucional, como la protección al trabajo. En la época actual resulta irritante sostener, como en el pasado lo sostuvieron algunos tratadistas, que un funcionario de la clase del que contempla este juicio, comprometa regularmente a la Administración en el ejercicio de sus funciones, y tenga para con ella todos los deberes propios de los demás funcionarios, pero carezca de derechos, y en particular el que está más estrechamente vinculado a su supervivencia, como es el derecho al salario. Por consiguiente demostrado como está en este juicio que Valbuena fue dado de alta para actividades civiles en el Ministerio de Guerra entre el 1º de septiembre de 1960 y el 8 de marzo de 1961, es preciso ordenar que se le paguen las asignaciones correspondientes, pues la falta de posesión regular, ni desvirtúa el ejercicio de las funciones, ni puede llevarse hasta el extremo de considerar el acto de nombramiento como inexistente o como si no hubiera producido en la práctica efecto alguno. Pero al decretar el pago de tales sueldos, se dispondrá que se reduzcan en la misma medida en que simultáneamente el demandante recibió una pensión de invalidez, que no ha debido percibir por carencia de causa.

(1) Nota del Relator.—Ver "Anales", T. LXV, Nos. 399 y 400, pág. 254.

La Sala no comparte la tesis del señor Fiscad sobre la ineptitud de la demanda fundada en que se dejó de acusar el acto que decretó la destitución o insubsistencia, porque ninguna vinculación tiene éste con el no pago de los sueldos causados, y porque lo que se demanda no es una restitución al cargo vinculada a la nulidad de aquella declaratoria de insubsistencia, sino solamente los actos por medio de los cuales se dejó de reconocer al demandante los sueldos causados en los meses de servicio.

b) REAJUSTE DE LA PENSION.—Desde la expedición de la Ley 6ª de 1945 (Art. 17), las pensiones de invalidez eran iguales a la totalidad del sueldo devengado en el momento de ser declarado el estado de ineptitud, pero sin pasar, primero de $ 200.00 y luego de $ 400.00 por virtud del Decreto extraordinario Nº 320 de 1949. Es decir que todo inválido que hubiera devengado hasta $ 400.00 al mes tenía derecho a una pensión de cuantía igual, pero si el sueldo había sido superior a esa cifra, la de la pensión terminaba en ella. En este sentido, el artículo 8º de la Ley 77 de 1959, no hizo nada distinto de reafirmar los principios ya consagrados, y hacerlos extensivos a las pensiones de jubilación de ferroviarios y a las causadas con base en los años de 1958 y 1959. Para las demás, es decir, para aquellas que se hubieren reconocido anteriormente con la integridad del sueldo por ser éste inferior a $ 400.00, lo aplicable fue el reajuste determinado en el artículo 1º y sobre las cifras de la tabla por él mismo señalada. En el caso presente, al señor Valbuena se le reconoció desde 1955, y por invalidez absoluta, una pensión en cuantía igual a su sueldo, que era de $ 141.37 (Cd. Admv. sin foliar) y posteriormente se le reajustó por el Ministerio en la proporción correspondiente de acuerdo con la ley mencionada. Ni ésta ni los preceptos anteriores determinaron que las pensiones de invalidez que fueran inferiores a $ 400.00 quedaran en dicha suma, o lo que es lo mismo, no establecieron que hubiera pensiones de invalidez mínimas de $ 400.00. Este mínimo para toda clase de pensiones fue señalado en el artículo 6º en la cifra de $ 120.00, de suerte que a raíz de su expedición, las causadas antes y después que no alcanzaran dicha cifra ni siquiera con el reajuste previsto en el artículo 1º debían quedar automáticamente en $ 120.00. Se deduce, entonces, que el Ministerio al reajustar la pensión de Valbuena primero, y luego al negar por el acto acusado su elevación a $ 400.00, se sujetó a la ley, y no quebrantó derecho alguno del peticionario, por lo cual se acogerá en este aspecto lo pedido por el señor Fiscal.

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, ANULA parcialmente la Resolución demandada en cuanto negó a Próspero Valbuena Suárez el reconocimiento

y pago de sus sueldos comprendidos entre el primero (1º) de septiembre de mil novecientos sesenta (1960) y el ocho (8) de marzo de mil novecientos sesenta y uno (1961), y decreta en su lugar el pago de los mismos a razón de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($ 248.50) mensuales por el Ministerio de Guerra, descontando del valor total el que durante el mismo lapso hubiera recibido el demandante por concepto de su pensión de invalidez, la cual se reanudará normalmente.

NEGAR las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge de Velasco Alvarez. — Guillermo González Charry. — Alfonso Meluk. — José Urbano Múnera. — Marco A. Martínez B., Secretario.

* * *

ORDEN NACIONAL

RESOLUCIONES MINISTERIALES

I.—SUELDO DE RETIRO. Reconocimiento oficioso y prescripción de la acción. **El reconocimiento oficioso que de los sueldos de retiro de los militares debe hacer la Administración, no limita ni desconoce, ni hace inaplicables las reglas legales sobre prescripción de los derechos. Naturaleza de ambos institutos.**

II.—PRESCRIPCION DE LA ACCION. Tránsito de legislaciones. **Aplicabilidad a estos casos del artículo 41 de la Ley 153 de 1887, sin que a ello se oponga la circunstancia de que en el derecho laboral las prescripciones son extintivas, no adquisitivas.** Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., dos de julio de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRYY)

El Ministerio de Guerra por Resolución Nº 2234 de 9 de mayo de 1962, reconoció al Cabo 2º del Ejército Antonio de Jesús Franco Ramírez un sueldo de retiro, pagadero a partir del 21 de octubre de 1956, con fundamento en que habiéndose presentado la petición formal en la misma fecha de 1959, y siendo la doctrina del Consejo de Estado la de que los créditos pensionales prescriben en 3 años. Por tanto, declaró prescritos los créditos causados con anterioridad.

Inconforme con la decisión anterior el peticionario, por medio de apoderado, la demandó en acción de plena jurisdicción para que, a más de su nulidad parcial, en el punto citado, se le restablezca en el derecho a percibir el sueldo de retiro a partir del 11 de enero de 1952, fecha en que legalmente quedó retirado del servicio por vencimiento de los tres (3) meses de alta pertinentes.

Como normas violadas señala los artículos 1º y 10º del Decreto 239 de 1952, 2º y 5º del Decreto 429 del mismo año, que disponen el reconocimiento oficioso de los sueldos de retiro; los Decretos 1025 de 1942 y Ley 2ª de 1945 y 82 de 1947, en lo pertinente, que en su opinión no establecieron prescripción alguna; y finalmente el artículo 137 del Decreto 501 de 1955 que la estableció en 8 años.

Los razonamientos de la demanda se desenvuelven así: La prescripción, como norma general, no puede aplicarse a los sueldos de retiro, porque siendo oficioso su reconocimiento, es obligación del Estado a través del Ministerio de Guerra, hacer todas las gestiones conducentes para formar el expediente y dictar el acto respectivo, lo que exime de toda responsabilidad al beneficiario por demoras en solicitarla; de insistirse en que se aplique la prescripción trienal conforme a la tesis del Consejo de Estado, ésta debe considerarse interrumpida, no desde que se hizo la petición formal sino desde que se comenzaron a pedir los documentos para formar el expediente respectivo; pero en fin de cuentas, tal prescripción no es aplicable porque con posterioridad al Decreto 2158 de 1948 que funda la doctrina general del Consejo, se expidió el Decreto 501 de 1955, especial en materia militar, y más especial aún porque se refiere a un grupo militar, el de suboficiales, estatuto que en su artículo 37 estableció una prescripción de 8 años, claramente modificativa de la anterior. En tal virtud y aplicando esta última norma los tales 8 años no habían corrido desde cuando el suboficial fue dado de baja y por consiguiente la prescripción fue interrumpida oportunamente.

El señor Fiscal 1º del Consejo considera que aunque en su opinión el demandante está en lo cierto al sostener la vigencia y aplicabilidad del Decreto 501 de 1955, como el Consejo de Estado ha insistido en dar prevalencia al artículo 151 del Decreto 2158 de 1948, a dicha tesis se remite.

Se considera:

El reconocimiento oficioso que el Ministerio debe hacer de los sueldos de retiro de los militares, es una medida del legislador encaminada a agilizar el procedimiento, a despachar rápidamente esta presta-

ción, y en fin, a extender por este aspecto el beneficio de la protección social a los miembros del Ejército, pero en modo alguno limita ni desconoce, ni hace inaplicables las reglas sobre prescripción de los derechos, que al tomar como base la exigibilidad de los mismos, descarga fundamentalmente sobre los beneficiados la obligación de pedir y de probar los hechos en que su derecho se apoya. Si así no fuera se cohonestaría la negligencia de tales beneficiados, llevándola inclusive a los campos de la mala fe, con el objeto de pedir tradíamente el reconocimiento de un derecho para que se les pague desde tiempos remotos, con el pretexto de que es el Estado y no ellos el responsable de su reconocimiento. Por este camino se llegaría además a la imprescriptibilidad de los derechos sociales, práctica absolutamente contraria a toda la reglamentación jurídica colombiana sobre el particular. De suerte, pues, que en este primer punto la demanda carece de razón y sus argumentos son inatendibles. Tanto es ello así que la Ley 126 de 1959, nuevo estatuto para los oficiales del Ejército y que también dispone el reconocimiento oficioso de los sueldos de retiro, lo más que logró hacer —y ello confirma la tesis de la Sala— fue darle un plazo de 6 meses al interesado para que presente su documentación, al término de los cuales comienza a contarse la prescripción de 4 años por ella establecida. Lo cual indica que el reconocimiento oficioso y la prescripción son dos institutos jurídicos distintos que no se influencian recíprocamente.

Respecto del punto principal, la Sala ha venido sosteniendo, con argumentos hasta ahora no rebatidos válidamente, que todas las acciones que emanen de las leyes sociales, prescriben en la forma y términos establecidos por el artículo 151 del Decreto 2158 de 1948, y que esta regla se aplica tanto a trabajadores oficiales como a particulares "y en general a toda persona que del Estado o de patronos privados reclame derechos originados en leyes de carácter social que, por otra parte, no tenga señalada una prescripción distinta y contraria a la aquí establecida". Es cierto, como lo dice la demanda, que el Decreto 501 de 1955, vigente desde el 1º de marzo de este año, tiene el doble carácter de ser posterior al de 1948, y de ser especial, puesto que se refiere en forma inequívoca a un grupo de trabajadores limitado y circunscrito por características propias. Desde este punto de vista, es indudable que una regla elemental de interpretación y aplicación de la Ley, conduce a aceptar que en principio esta norma prevalece sobre la anterior.

Pero como dicha prevalencia supone frente al precepto de 1948 una situación de cambio legislativo sobre reglas prescriptivas, es forzoso dar aplicación al artículo 41 de la Ley 153 de 1887, según el cual:

"La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifi-

que, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiera empezado a regir".

El objeto de esta disposición no es otro que el de asegurar los derechos adquiridos y garantizados por el artículo 30 de la Constitución, impidiendo que prescripciones ya cumplidas bajo el imperio de una legislación anterior, puedan revivirse con el pretexto de la nueva para cubrir con ella lapsos que ya habían quedado agotados con la regla precedente. Y aunque es cierto que las prescripciones en derecho laboral son extintivas y no adquisitivas, no lo es menos que en el fondo ellas implican para el deudor el beneficio de defenderse válidamente ante la justicia invocando y probando la negligencia del acreedor en la misma forma y medida en que ella quede comprendida por los lapsos prescriptivos correspondientes. Por eso fue que la Corte Suprema al examinar este principio en relación con la Ley 50 de 1936 cuyo artículo 1º redujo a 20 años las prescripciones treintenarias del Código Civil, pudo decir que, "en definitiva, el prescribiente que quiera ampararse en el artículo 1º de la Ley 50 mencionada, tiene que optar por ésta y al hacerlo, no se le puede computar el período o lapso de tiempo de la posesión anterior". (Sent. Neg. Grles. 20 de enero de 1955, T. LXXIX, página 619 - Tomado de Ortega Torres. Edición 1957).

Para el caso de autos es indudable que la exigibilidad del sueldo de retiro del peticionario, de acuerdo con el artículo 2535 del Código Civil se inició una vez vencidos los tres meses de alta de que gozaba para que su retiro fuera definitivo, lo que ocurrió el 11 de enero de 1952, y que su petición formal de reconocimiento se elevó al Ministerio el 21 de octubre de 1959, con lo cual se interrumpió una prescripción. Esta ha sido escogida deliberadamente por el actor como la regulada por el Decreto 501 de 1955, en su artículo 137. Pero como entre el 1º de marzo de este año, fecha de vigencia del Decreto, y la fecha en que el derecho se hizo exigible, transcurrió un lapso gobernado por el artículo 151 del Decreto 2158 de 1948, el cual no puede ser afectado por la nueva Ley, síguese que el reconocimiento del Cabo demandante sólo puede hacerse a partir de esta fecha. Y como el del Ministerio se hizo a partir del 21 de octubre de 1956, su acto dejó de comprender un lapso de un (1) año, siete (7) meses y veinticinco (25) días, que deberán incorporarse en la parte resolutiva de este fallo a título de restablecimiento del derecho.

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, ANULA parcialmente la Resolución número 2243 de 9 de mayo de 1962, por la cual el Ministerio de Guerra re-

conoció un sueldo de retiro al Cabo 2º Antonio de Jesús Franco Ramírez, sólo en el punto 6º de su parte dispositiva, y en su lugar dispone que el sueldo de retiro en ella reconocido, se le pague desde el primero (1º) de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

DECLARANSE prescritos los créditos causados en dicho sueldo con anterioridad al primero (1º) de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge de Velasco Alvarez. — Guillermo González Charry. — Alfonso Meluk. — José Urbano Múnera. — Marco A. Martínez B., Secretario.

* * *

ORDEN NACIONAL

RESOLUCIONES MINISTERIALES

MAESTROS PENSIONADOS POR SERVICIOS OFICIALES. Reajuste por nuevos servicios a la docencia privada. **No puede decretarse el reajuste fundado en el Decreto 309 de 1958, porque él debe entenderse expedido en función de las leyes que lo precedieron en el otorgamiento de pensiones y que sólo excepcionalmente admitieron acumular servicios docentes privados a oficiales para efectos de la pensión de jubilación.**

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., dos de julio de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY)

Alvaro H. Torres, por medio de apoderado, y en acción de plena jurisdicción, ha pedido la nulidad de la Resolución Nº 254 de 4 de julio de 1962, del Ministerio de Educación Nacional y el restablecimiento del derecho que hace consistir en un Decreto de reajuste de su actual pensión, con base en nuevos servicios docentes pero de carácter privado. Como normas violadas se indican los artículos 12 y 13 de la Ley 50 de 1886; 3º de la Ley 114 de 1913 y 3º de la Ley 37 de 1933; 3º del Decreto 309 de 1958 que permite el reajuste de pensiones en el ramo docente cuando sus servidores han vuelto al trabajo por no menos de cuatro años continuos; las normas de la Ley 77 de 1959 sobre reajuste ge-

neral de pensiones y el artículo 16 de la Constitución Nacional sobre la función esencial de las autoridades.

En su oportunidad el señor Fiscal 2º del Concejo conceptuó adversamente a las súplicas, por considerar que habiendo sido pensionado el actor exclusivamente por servicios oficiales, no puede aspirar al reajuste con fundamento en servicios privados cumplidos en su propio beneficio y en establecimiento de su propiedad.

Se considera:

El caso que plantea esta demanda quedó resuelto por el Consejo, en parte fundamental, al definir, en sentencia de 25 de marzo de 1958, el caso del Presbítero Francisco Carcerant, y afirmar en ella que no es legalmente posible aplicar en forma dispersa, inconexa o incoherente las normas sociales so pretexto de la norma más favorable. Es cierto, como la demanda lo afirma, que el artículo 13, primer inciso de la Ley 50 de 1886, disponía que los servicios docentes privados podían acumularse a los oficiales para efecto de la pensión **que ella otorgaba**; pero esa pensión especialísima no se concedía, como lo decretó después de la Ley 114 de 1913, por 20 años de servicios y 50 de edad, sino, como lo enseña el artículo 12 por comprobar, fuera de aquellos 20 años, alguno de los requisitos allí señalados, uno de los cuales era tener "más de sesenta años de edad", y por una cuantía no superior a $ 80.00. Y basta leer la Resolución del Ministerio que decretó la pensión del actor, para observar que ella se fundó no en la Ley que se estudia de 1886, sino en la 114 de 1913 que se refiere exclusivamente a pensiones por servicios docentes de carácter oficial. Tampoco es aplicable ni se ha violado por el Ministerio el artículo 3º de la Ley 37 de 1933 porque dicha norma, de una parte, se refiere a la revocatoria de un Decreto extraordinario dictado por el Gobierno para conjurar la crisis fiscal de entonces por el cual se rebajaron todas las pensiones de jubilación pagadas por el Tesoro Nacional; y porque de otra, extiende los beneficios de la jubilación a los maestros de enseñanza secundaria "que hayan completado los años de servicio señalados por la ley". Como el demandante no fue pensionado por servicios en la enseñanza secundaria sino primaria, con él no tocaba la disposición en cita; y como además ésta no puede entenderse como estableciendo para los maestros de secundaria el privilegio de pensionarse sin llegar a ninguna edad definida sino con la sola comprobación del tiempo de servicios, hay que concluir que simplemente extendió aquel beneficio en las mismas condiciones establecidas ya para los maestros de enseñanza primaria y demás personal docente. Si el señor Torres hubiese sido pensionado bajo el lleno completo de los requisitos de tiempo y edad señalados por el artículo 12 de la Ley 50 de 1886, o aún, como caso también excepcio-

nal, con apoyo en la Ley 42 de 1933, no invocada, podría considerarse el reajuste que pide, porque habría una lógica jurídica en ello. Pero habiéndolo sido, se repite, al amparo de la Ley 114 de 1913 y exclusivamente por servicios oficiales, el reajuste fundado en el Decreto 309 de 1958 no puede decretarse, porque él debe entenderse en función de las leyes que le precedieron en el otorgamiento de pensiones y que, se repite otra vez, sólo en condiciones excepcionales permitieron la acumulación de servicios oficiales a privados para efectos de aquella prestación.

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, de acuerdo con el concepto fiscal, NIEGA LAS SUPLICAS DE LA DEMANDA.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge de Velasco Alvarez. — Guillermo González Charry. — Alfonso Meluk. — José Urbano Múnera. — Marco A. Martínez B., Secretario.

* * *

ORDEN NACIONAL

RESOLUCIONES MINISTERIALES

SILENCIO ADMINISTRATIVO Y CADUCIDAD DE LA ACCION CONTENCIOSA. Negligencia del administrado.

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., dos de julio de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY)

En acción de plena jurisdicción y por medio de apoderado, Pedro Julio Ocampo Vásquez ha pedido la nulidad de la Resolución Nº 1565 de 21 de junio de 1953 (punto 4º), de la número 307 de 26 de enero de 1961 y de la Nº 1498 de 1962 (punto 1º), todas del Ministerio de Guerra, por la primera de las cuales se le negó una compensación por accidente, y luego, por las otras, se abstuvo de considerar la petición por incompetencia y finalmente revocó lo dicho y concedió un recurso de apelación interpuesto desde 1953 para ante el Consejo de Estado.

Como restablecimiento del derecho se solicita que se le manden pagar 23 meses de sueldo de actividad correspondiente al grado de Sargento Viceprimero, como compensación equivalente a la disminución del 40% de capacidad laboral que le fue señalada por la Sanidad Militar de acuerdo con el Reglamento de Invalideces.

Como normas violadas se señalan, para el aspecto procedimental los artículos 487, 490 y 495 del C. J., y para el derecho mismo los artículos 40, 42 y 43 de la Ley 2ª de 1945 y 34 del Decreto 1822 del mismo año.

El señor Fiscal estima que la acción se encuentra prescrita y que las dos últimas resoluciones dictadas por el Ministerio de Guerra, y que descansan sobre el Decreto 2733 de 1959 no modifican esa situación pues con ellas se quiso revivir un término agotado.

Se considera:

Por una evidente negligencia del Ministerio de Guerra, el recurso de apelación que se propuso en tiempo el 31 de julio de 1953 para ante el Consejo de Estado contra la Resolución denegatoria, no fue concedido ni tramitado. Y sólo en 1961, a requerimiento del apoderado del actor vino a resolverlo en el sentido de concederlo y, por consiguiente, de abstenerse de resolver directamente sobre la revocatoria de la Resolución Nº 1565 de 1953 en cuanto negaba la compensación. Mas por otro lado es evidente que en los años que corrieron entre 1953 y 1959 (Noviembre 26), en que se insistió sobre el recurso, nada hizo el actor, o al menos no hay prueba de ello para que se le resolviera su situación. Si el Ministerio guardó silencio indebidamente y coadyuvó con él al del Consejo de Estado donde para estos casos especiales terminaba entonces la vía gubernativa, ha debido acudirse normalmente a las garantías que concede la Ley a los ciudadanos para impedir que sus derechos queden sometidos a la arbitrariedad del Gobierno, e interponer las acciones conducentes al restablecimiento del que se solicitaba. De conformidad con el artículo 80 del C.C.A., consagratorio del llamado silencio de la administración, como fuente del derecho de acción, la vía gubernativa se entendía agotada cuando interpuestos los recursos normales que el mismo estatuto consagra, ha transcurrido un plazo de 4 meses sin que recaiga decisión sobre ellos, lo que indica que como la tramitación y decisión del mismo recurso una vez interpuesto, corresponde a la administración, el término de dicho plazo se comienza a contar desde la fecha de interposición del recurso procedente. Así las cosas el 31 de noviembre de 1953 quedó establecido legalmente por mérito de dicho silencio que el Gobierno negaba al demandante su pretendida indemnización. Y el 31 de marzo de 1954 se cumplía el térmi-

no de caducidad que el artículo 83 señala para las acciones que tienen por objeto obtener una reparación por lesión de derechos quebrantados. No es aplicable a este caso la tesis que en ocasiones anteriores (Oct. 5 de 1962 - Gabriel Calderón Trujillo, y agosto 24 de 1961, Rafael Vargas) ha sentado la Sala sobre la no imputabilidad al demandante de los errores que cometa la administración en el manejo del procedimiento gubernativo, porque dicha tesis se ha fundado en la actividad del litigante pero orientada errádamente, y no en su negligencia, y el caso presente es de un ostensible descuido del actor que en cinco años ninguna actividad desplegó para el reconocimiento de su derecho.

En esta situación la solicitud que se hizo al Ministerio el 26 de noviembre de 1959 y las providencias que subsiguieron no pueden tener otra base que el Decreto 2733 de 1959 sobre revocabilidad directa de los actos administrativos de carácter subjetivo, pero respecto de la cual el artículo 23 dispone que "no revive los términos legales para el ejercicio de las respectivas acciones contencioso administrativas".

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, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, DECLARA PROBADA la excepción de caducidad en la presente acción.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge de Velasco Alvarez. — Guillermo González Charry. — Alfonso Meluk. — José Urbano Múnera. — Marco A. Martínez B., Secretario.

* * *

ORDEN NACIONAL

RESOLUCIONES MINISTERIALES

FUERZAS DE POLICIA Y FUERZAS MILITARES. Las fuerzas de Policía constituyen un cuerpo civil aunque esté armado, pues el derecho de llevar armas no le da el carácter de militar, y porque, de acuerdo con la Constitución Nacional, son distintas las funciones y la misión que tanto las unas como las otras deben cumplir. Sin embargo, los componentes de las Fuerzas de Policía ostentaron carácter militar durante el lapso comprendido entre la vigencia del Decreto Legislativo Nº 1814 de 1953 y el 18 de julio de 1960, fecha de vigencia del Decreto Ley Nº 1705 de 1960.

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., Julio cuatro de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. JORGE DE VELASCO ALVAREZ)

Por medio de apoderado el señor Ricaurte Montenegro Bustamante, en acción de plena jurisdicción, demanda la nulidad de las Resoluciones 2371 de 1961 y 594 de 1962 dictadas por el Ministerio de Guerra; y del Acuerdo Nº 261 de 1961 originario de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, providencia ésta que fue aprobada por las resoluciones ministeriales citadas. Pide también el demandante la nulidad de "la hoja de servicios que formó la Sección de Personal del Comando de la Armada".

Son hechos:

Montenegro Bustamante prestó servicios a las Fuerzas Militares (Armada) durante 18 años, 11 meses y 8 días; y anteriormente a la Policía Nacional, durante 3 años, 8 meses y 21 días.

El 1º de febrero de 1961 fue retirado del servicio, habiéndosele liquidado por las providencias acusadas, su sueldo de retiro, la cesantía y otras prestaciones. El Ministerio le liquidó a Montenegro dichas prestaciones computando solamente el tiempo servido en la Armada, ajustándose a la Hoja de Vida que se le había formado en la Institución. Pero es el caso que en el año de 1960 y por resolución Nº 726 se le había reconocido y pagado por el Ministerio una cesantía parcial, para cuya liquidación se computaron los años que había servido a la Policía y los que llevaba sirviendo en la Armada.

Como, según se ha dicho, el Comando de la Armada había formado la Hoja de Vida del actor con los años que en ella había servido, resultó que Montenegro al recibir su cesantía definitiva quedaba deudor de la Caja, por lo cual el Ministerio resolvió lo siguiente:

"La cantidad total de $ 16.802.45 m/cte. señalada en el artículo 2º de esta resolución, se tomará íntegramente para cubrir la cesantía parcial de $ 17.013.75 m/cte. que le fue pagada al suboficial Montenegro Bustamante por medio de la resolución ministerial Nº 0726 de 1960".

Alega el demandante que con los actos acusados se violan las disposiciones siguientes: el artículo 30 de la Constitución, pues Montenegro tenía derechos adquiridos consistentes en que ya el Ministerio por medio de la nombrada Resolución 726 de 1960 que le liquidó la cesantía parcial, le había computado 24 años, 2 meses y 16 días de servicios, contando los prestados a la Policía Nacional. Por manera que la Hoja de Vida de la Armada le desconoció también tales derechos.

Los artículos 62 y 66 del C.C.A. y los artículos 21, ss. y 24 del Decreto 2733 de 1959, en cuanto que el Ministerio no podía de por sí disponer el reintegro o descuento de las sumas que consideró pagadas de más a favor del demandante, sino que tenía que acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

La Sala considera:

De acuerdo con la Constitución Nacional son distintas las fuerzas militares y las fuerzas de policía, aunque ambas estén comprendidas bajo la denominación de fuerzas armadas, denominación que es genérica. Esa distinción se advierte en los diferentes textos de la Carta: Conforme a su artículo 166 "la Nación tendrá para su defensa un Ejército permanente..."; y conformé al 167 "la ley... organizará el Cuerpo de Policía Nacional". La misión del Ejército es diferente a la de la Policía: aquél la tiene para la defensa de las instituciones, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio y la guerra. Esta, para la vigilancia interna, con el fin de prevenir los delitos o las infracciones y asegurar el derecho de los ciudadanos a su vida, honra y bienes. Pero la Policía es un cuerpo civil aunque esté armado, pues el derecho a llevar armas no le da el carácter de militar, como no lo tienen tampoco ni los resguardos de aduanas, ni los agentes de circulación y tránsito, quienes también portan armas.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 27 de julio de 1961 (Sala Penal) consideró a espacio este problema, llegando a la misma conclusión y haciendo un análisis de los diferentes artículos de la Carta que resaltan la distinción por el constituyente entre las fuerzas armadas.

En aquella sentencia, la Corte transcribe el siguiente texto del doctor Alvaro Copete Lizarralde en su obra "Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano" (Editorial Temis, 1957, segunda edición, páginas 385 a 393):

"La Constitución prevé tres clases de cuerpos armados: el ejército nacional, la milicia y la policía nacional.

"La ley no ha organizado la milicia nacional. De suerte que estudiaremos primordialmente la diferencia entre ejército y la policía.

"El ejército tiene un carácter estrictamente militar, es decir, jerarquizado, en donde la disciplina se debe cumplir rígidamente y las órdenes de los jefes no son discutibles ni discutidas. Por su estructura, por su disciplina, por su moral, debe ser una poderosa máquina humana de guerra, compuesta de elementos conscientes, pero dispuestos a renunciar a su criterio individual, si ello es necesario, para seguir el camino que le indiquen jefes valerosos y expertos.

"La policía, por el contrario, no obstante ser cuerpo armado, es de carácter civil, es decir, que los individuos que la componen, a pesar de estar sometidos a rigurosas disciplinas, por sus labores mismas son personalmente responsables de sus actos. Mientras el ejército no obra nunca por unidades, la policía ordinariamente actúa sin la presencia de los jefes. De allí las diferencias entre las dos instituciones.

"Todos los tratadistas que estudian la noción de policía, están de acuerdo en que la función policiva corresponde a la administración, entendiendo por tal el gobierno en su aspecto civil. Esta noción fundamental es lo que la caracteriza como eminentemente civil.

"Aun los que más difieren en sus alcances y consecuencias, acentúan el carácter administrativo de esta función, que en verdad corresponde primordialmente al gobierno y a sus agentes en todos sus grados".

No obstante, por Decreto Nº 1814 de 1953, se incorporó a la Policía Nacional dentro de las fuerzas militares, como su cuarto componente y bajo el mismo comando que el Ejército, la Aviación y la Armada. Solamente hasta el año de 1960 (julio 18), el Gobierno facultado para ello por la Ley 19 de 1958 volvió por los fueros constitucionales y en el Decreto Nº 1705 desincorporó a la Policía de las Fuerzas Militares.

Pero en el caso de autos, el Ministerio de Guerra le liquidó a Montenegro su cesantía parcial, con fecha 3 de marzo de 1960, es decir

antes de la expedición del Decreto 1705 del mismo año y dentro de la vigencia del 1814 de 1953 que, como se ha visto, comprendía a la Policía como parte de las Fuerzas Militares. Es de anotar que el Ministerio no le computó aquí a Montenegro sus años de servicio en la Policía sino a partir del día en que esa institución entró a formar parte de las fuerzas militares.

Por manera que habiendo servido el demandante a tales fuerzas, ya como policía, ya como militar, tiene derecho a que se le compute todo ese tiempo para efectos de su cesantía. Darle efecto retroactivo al Decreto 1705 de 1960, que entre otras cosas no ha sido ni citado en el proceso, equivaldría a hacer más desfavorable la situación del trabajador, contra prohibición expresa de la Ley. Además el Decreto 501 de 1955 había ya surtido sus efectos en favor del actor.

Se ha violado, pues, en las resoluciones acusadas el artículo 30 de la Constitución pues el actor tenía un derecho adquirido por sus servicios en virtud del Decreto 1814 de 1953. No por el hecho mismo de que el Ministerio se lo hubiera creado con la Resolución 726 de 1960 como lo apunta la demanda, pues si esa resolución hubiera sido ilegal no podía crear derecho alguno.

En cuanto a la petición concreta de que por el Consejo se ordene cambiar o adicionar la Hoja de Vida del demandante, la Sala de Negocios Generales carece de competencia para ello.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con la vista fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

1º—Son nulas parcialmente las Resoluciones Nos. 2371 de 1961 y 594 de 1962 dictadas por el Ministerio de Guerra, en cuanto por ellas no se tuvo en cuenta, para efectos de la cesantía, el tiempo servido por Ricaurte Montenegro Bustamante a la Policía Nacional;

2º—El Ministerio de Guerra hará la liquidación de la cesantía de Montenegro Bustamante computándole el tiempo que sirvió a la Policía Nacional, de acuerdo con la parte motiva de este fallo.

Cópiese, notifíquese, archívese el expediente y devuélvase el administrativo.

Jorge de Velasco Alvarez. — José Urbano Múnera. — Alfonso Meluk. — Guillermo González Charry. — Marco A. Martínez Bernal, Secretario.

ORDEN NACIONAL

RESOLUCIONES MINISTERIALES

I.—TECNICA DE LA DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. (Enunciación puntualizada de las normas que se estiman violadas). **La naturaleza del recurso contencioso administrativo exige que quien lo actúa puntualice en el libelo las normas que considera violadas por la Administración, para establecer diáfanamente si ésta obró o no dentro de la legalidad. — II. HEREDEROS DE SUBOFICIALES DEL EJERCITO.** a) Derechos de los herederos de suboficiales fallecidos en goce de pensión de invalidez, frente a la Ley 3ª de 1937 y al Decreto 1025 de 1942: **Ninguno de esos estatutos consagró para los herederos de suboficiales fallecidos en goce de pensión de invalidez, el derecho a sucederlos en ella.** b) Límite del derecho de los herederos de suboficiales fallecidos en goce de pensión de invalidez y que, teniendo vocación a sueldo de retiro, no pidieron en vida el cambio de prestación, pudiendo hacerlo: **los herederos no pueden pretender que se les pague a ellos el sueldo de retiro, porque su causante no pudo trasmitirles un derecho que no tenía. III.—PENSION DE INVALIDEZ Y SUELDO DE RETIRO.** Diferencias entre estas dos prestaciones, y naturaleza de cada una de ellas. — **IV.—PRESCRIPCION DE ACCIONES SOCIALES.** Lo prescriptible son los créditos o mesadas que el derecho origina, pero no éste; **el derecho es, generalmente, imprescriptible tanto para el causante como para sus causahabientes.**

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., veintiseis de julio de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY)

Teresa Peralta v. de Grosso y sus hijos, por medio de apoderado y mediante acción de plena jurisdicción, han pedido la nulidad de la Resolución Nº 3687 de 29 de agosto de 1961, del Ministerio de Guerra, por la cual se les negó el derecho a percibir un sueldo de retiro como herederos del sub-oficial Julio Grosso Vargas, esposo y padre de los peticionarios, y el restablecimiento del derecho que hacen consistir en que se les mande pagar una pensión proporcional al sueldo de retiro que correspondía al causante.

Como hechos señalan que el Suboficial Grosso fue retirado del servicio y pensionado por invalidez a partir del 21 de julio de 1942, por sentencia del Consejo de Estado, prestación que posteriormente fue reajustada; que cuando gozaba de ella, falleció el 16 de abril de 1951, dejando como herederos a las personas que aparecen como demandantes en este juicio; que al morir, el Ministerio de Guerra debía al causante las pensiones de los meses de enero a abril 12 inclusive de 1952 (sic); que pasado el tiempo pidieron del Ministerio que, teniendo en cuenta que cuando fue pensionado por invalidez, Grosso tenía derecho a sueldo de retiro, se le reconociera éste en lo propor-

cional, solicitud que fue negada por estimar que el derecho a la prestación estaba prescrito.

Como normas violadas se indicaron la Ley 3ª de 1937, el Decreto Ley 1025 de 1942, la Ley 2ª de 1945, la Ley 100 de 1946, la Ley 81 de 1947 y el Decreto Ley Nº 501 de 1955. En su oportunidad el señor Fiscal Segundo del Consejo ha conceptuado que se despachen favorablemente las súplicas de la demanda porque, aunque Grosso no gozaba ni de pensión de jubilación ni de sueldo de retiro, el artículo 24 del Decreto 1025 de 1942 da derecho a los causahabientes a percibir la prestación que se indica en el libelo.

Se considera:

Bastaría a la Sala para decidir este caso la notoria falta de técnica con que se encuentra presentada la demanda en lo concerniente a las normas que se estiman violadas. En innumerables ocasiones se ha dicho que determinando la acción contencioso administrativa una confrontación entre el acto, hecho u operación administrativas y normas consagratorias de derechos civiles o administrativos, para saber si éstas se quebrantaron es de necesidad imprescindible puntualizar cada uno de los preceptos que establecen esos derechos a fin de verificar sin duda ninguna si la administración, al pronunciarse sobre el caso concreto, obró o no dentro de la legalidad. Pero esa labor no es posible con planteamientos generales como el que ha hecho la demanda al citar genéricamente una serie de estatutos legales que reglamentan materias y hechos muy distintos al de autos aunque éste pueda estar previsto en ellos. El Consejo no está autorizado para escoger, de su cuenta, las normas que aparezcan violadas y aplicarlas al caso, sustituyéndose así el deber procesal del demandante, porque esta acción ni es pública ni es oficiosa. Sin embargo como en el cargo referente a la prescripción declarada por el Ministerio hay una concreción de normas que obliga a su estudio, se examinará por amplitud el conjunto del libelo.

Respecto de la prescripción, es innecesario repetir la constante doctrina de la Sala conforme a la cual, en materia de pensiones, ella corre y se produce en relación con el crédito que el derecho origina, pero no en cuanto a éste mismo que tanto para los causantes como para los causahabientes es imprescriptible siempre y cuando que la ley lo haya dado a estos últimos, como ocurre en el caso de los sueldos de retiro de los militares. Es claro, por tanto, que en este aspecto el Ministerio de Guerra aplicó indebidamente el artículo 7º del Decreto 1025 de 1942, que cuando falleció Grosso no estaba vigente, e interpretó erradamente el 151 del Decreto 2158 de 1948, aplicable sólo y eventualmente a las mesadas.

Cuanto al punto de fondo, ni la Ley 3ª de 1937, ni el Decreto 1025 de 1942, consagraron para los herederos de los Suboficiales fallecidos en goce de pensión de invalidez el derecho de sucederlos en ella. El artículo 29 de la primera, en que se fundó el Consejo de Estado, otorgaba una pensión vitalicia cuando la invalidez fuese absoluta, pero no habló de que los sucesores pudieran disfrutarla también. Además el artículo 24 y sólo para casos de sueldo de retiro, dio a los causahabientes una recompensa en suma fija y no un derecho de sucesión sobre la prestación periódica. De suerte que frente a esta ley, y tanto en casos de invalidez como de sueldo de retiro del fallecido, no había transmisión del derecho. Pero como cuando el Consejo de Estado se pronunció (fl. 34 Cd. Admvo.), ya estaba vigente el Decreto 1025 de 1942, debe verse cómo tal estatuto tampoco consagró el derecho pedido. En efecto, los artículos 24 y 25 se refieren a la hipótesis del Suboficial muerto en servicio activo, con más o menos de 8 años de servicio, caso que no es el de autos, pues es un hecho que Grosso murió fuera de tal servicio y cuando recibía pensión de invalidez; el 26 a la muerte del mismo en goce de sueldo de retiro, que, por lo dicho, tampoco es el caso. Y el 27, que por hablar genéricamente de Suboficiales muertos en goce de pensión, podría hipotéticamente comprender el caso de la invalidez, se refiere a una recompensa unitaria que no se ha pedido ni ante el Ministerio ni en la demanda.

Pero es que, aparte lo anterior, las dos prestaciones, sueldo de retiro y pensión de invalidez, son por naturaleza incompatibles como ya lo dijo la Sala en sentencia de 3 de junio de 1958 (Lisandro Celemín Rubio), y por lo mismo las reglas sobre su transferencia a los deudos deben ser diferentes, a menos que norma legal las haga iguales. La pensión de invalidez atiende al lesionado temporalmente o de por vida según el caso, dándole su subsidio que por el mismo tiempo viene a reemplazar el salario. El sueldo de retiro, como la pensión ordinaria, proveen una compensación monetaria por largos servicios prestados al país en las Fuerzas Militares o en sus servicios civiles; de ahí por qué la primera sea en nuestra legislación, de ordinario, eminentemente personal e intransmisible y en cambio, la segunda se prolongue más allá de la vida del pensionado aunque en proporción disminuída. Esta incompatibilidad ha sido mantenida por las leyes 2ª de 1945, 100 de 1946 y 81 de 1947, no de modo expreso, pero sí por la forma de regular los distintos derechos. Basta reparar con cuidado los artículos 48 y ss. de la primera, el articulado de la segunda y el artículo 1º de la tercera, para observar que se refieren fundamentalmente al sueldo de retiro, bien para establecer las condiciones de su otorgamiento, o su cuantía, o el modo de su liquidación, o, en fin, la forma y cuantía de reconocerlo a los causahabientes bien sea que de él hubiera gozado el fallecido o que hubiera muerto en servicio sin disfrutarlo. De suerte que la invocación de estos textos resulta improcedente.

El último argumento consiste en sostener que, por cuanto al ser retirado Grosso tenía vocación al sueldo de retiro por tiempo de servicio, de tal sueldo han de gozar sus causahabientes conforme a jurisprudencia de esta Sala; a él debe decirse que desde el momento en que resolvió pedir y percibir una pensión de invalidez, tal reconocimiento marcó el límite de sus relaciones jurídicas con el Estado, y si voluntariamente no lo cambió en vida pudiendo hacerlo, ya hoy no pueden intentarlo válidamente sus herederos, pues el derecho de éstos reposa esencialmente en el del causante. Siendo incompatibles, como se ha dicho, las dos prestaciones, ello significa que al morir el señor Grosso no pudo transmitir un derecho que no tenía, como era el sueldo de retiro, y que, consecuentemente, sus causahabientes no pueden invocarlo a su favor.

Por lo expuesto, aunque por otras razones, no es el caso de decretar la nulidad solicitada.

En mérito de lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, en desacuerdo con el concepto fiscal, NIEGA LAS SUPLICAS DE LA DEMANDA.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge de Velasco Alvarez. — Guillermo González Charry. — Alfonso Meluk. — José Urbano Múnera. — Marco A. Martínez B., Secretario.

* * *

ORDEN NACIONAL

RESOLUCIONES MINISTERIALES

DEVOLUCION DE CUOTAS APORTADAS A LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES. Normas que rigen el caso de Oficiales de la Fuerza Aérea que se retiren a solicitud propia antes de cumplir quince años de servicio.

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., veintiseis de julio de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY)

El Suboficial de la Fuerza Aérea, Enrique Bustamante Escalante, por medio de apoderado y mediante acción de plena jurisdicción, pide

la nulidad de la Resolución Nº 5443 de 21 de diciembre de 1961, del Ministerio de Guerra, que le negó la devolución de las cuotas que había aportado a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y el restablecimiento del derecho que hace consistir en tal devolución. Como normas violadas señalan los artículos 45 de la Ley 2ª de 1945 por indebidamente aplicado, el 139 del Decreto 3220 de 1953 por falta de aplicación, el 126 de la Ley 156 de 1959 por falta de aplicación y los marcados con los números 120, 127, 131 y 132 del mismo Decreto 3220 de 1953 que, regulando favorablemente la situación al caso, dejaron de aplicarse por el Ministerio. El señor Fiscal conceptuó que deben negarse las súplicas de la demanda porque la devolución solicitada no se encuentra autorizada por el mencionado Decreto 3220 de 1953.

Se considera:

Ciertamente, como lo afirma la demanda, la Ley 156 de 1959 no es aplicable al caso presente por haber sido expedida con posterioridad a la fecha en que el demandante fue dado de baja a solicitud propia y por no tener carácter retroactivo. Cierto es también que su situación queda regulada por el Decreto Legislativo 3220 de 1953, mas no en el sentido propuesto sino en el contrario, como pasa a verse, por las siguientes dos razones:

a)—El caso debatido está regulado por el artículo 96 del estatuto, según el cual los oficiales de la Fuerza Aérea que se retiren a solicitud propia antes de cumplir 15 años de servicio, SOLAMENTE tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague, por una sola vez, un auxilio de cesantía, o compensación, como el texto la llama y en la forma y términos por él establecidos. El adverbio es categórico y excluyente. Si el único derecho en la hipótesis contemplada es el del auxilio mencionado, no puede agregarse otro como es la devolución de las cuotas aportadas a la Caja.

b)—El precepto del artículo 188, si bien suspende y deroga las normas que le preceden en lo referente a las materias allí señaladas, debe entenderse en cuanto dichas normas (las del Decreto 3220) regulen idénticas materias de modo diferente o contrario. Pero es bien claro, y ello resulta de un examen atento del Decreto, que el aspecto de la devolución de cuotas a quien ha recibido cesantía en casos como el de autos, no fue considerado; lo cual en sana lógica no puede conducir a sostener que se haya introducido para las Fuerzas Militares el principio de las prestaciones sociales gratuitas. Por el contrario, el vacío anotado lleva derechamente a la norma aplicada por el Ministerio, o sea el artículo 45 de la Ley 2ª de 1945 que por modo expreso dispuso que para quien recibiera pensión, sueldo de retiro, compensación, re-

compensa u otra prestación, no habría derecho a devolución de cuotas o aportes. Por consiguiente no fue errada la aplicación que de este texto hizo el Ministerio, ni por este otro aspecto aparece que haya violado la ley.

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, de acuerdo con el parecer del señor Fiscal, NIEGA las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge de Velasco Alvarez. — Guillermo González Charry. — Alfonso Meluk. — José Urbano Múnera. — Marco A. Martínez B., Secretario.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I. — **ORDEN NACIONAL**

Capítulo Tercero: **Actos de otras autoridades y personas administrativas del Orden Nacional.**

ORDEN NACIONAL

RESOLUCIONES DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISION

TRABAJADORES OFICIALES. VINCULACION A LA ADMINISTRACION POR SITUACION LEGAL Y REGLAMENTARIA O POR CONTRATO DE TRABAJO. Diversos puntos de referencia que ha tomado la jurisprudencia nacional ante el problema que suscita el articulo 4º del Decreto Nº 2127 de 1945. Suscinto análisis de tales planteamientos. **Se adapta más racionalmente al espíritu y términos del mencionado artículo 4º el criterio funcional, constituído por la naturaleza de la actividad a que la entidad donde surge el conflicto se dedica, coordinado con el de la actividad específica desarrollada por el trabajador, independientemente de la calidad de pública o privada que ostente la entidad respectiva. Así, en aquellas actividades que son propias o exclusivas del Estado y que son específicamente una expresión política de su existencia, como los servicios públicos primarios y de seguridad, la relación jurídica será de derecho público; y en aquellas otras que no tengan propiamente ese carácter sino que impliquen servicios de otra naturaleza, especialmente técnicos, prestados a través de empresas, establecimientos oficiales o semioficiales, entidades expresivas de una colaboración de capitales oficiales y particulares, la relación jurídica con los servidores es contractual y se encuentra, por tanto, sometida a las leyes propias del contrato de trabajo, así en lo sustantivo como en lo procesal.**

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., treinta y uno de enero de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY)

Por medio de apoderado el señor Thomas Van Der Hammen, ha demandado en acción de plena jurisdicción la nulidad de las Resoluciones números J-05805 y J-04695 dictadas por la Caja Nacional de Previsión Social el 2 de diciembre de 1960 y el 5 de noviembre de 1961, respectivamente, por medio de las cuales se le liquidó su auxilio de cesantía por la suma de $ 5271.00, o sea el equivalente de convertir a pesos colombianos el sueldo base de la liquidación, devengados en dólares americanos a un tipo de cambio de $ 2.51 por cada dólar, y se negó la reposición solicitada para modificar dicha liquidación. Y a manera de restablecimiento del derecho se pidió, en forma principal, que la Caja sea condenada a pagar dicha cesantía por un valor de dólares US$ 2.100.00, o subsidiariamente la suma de $ 13.461.00 o sea el equivalente de convertir el sueldo base de la liquidación a razón de $ 6.41 por dólar, tipo de cambio éste que según el actor rigió durante el último año de servicios.

El negocio recibió una tramitación regular y el señor Fiscal Primero del Consejo al emitir concepto ha planteado la excepción de in-

competencia de jurisdicción fundada en que entre el actor y el Gobierno Nacional no existió una relación de derecho público o una situación legal y reglamentaria, sino un contrato escrito de trabajo, y que por consiguiente las controversias a que éste dé lugar deben ser resueltas por la jurisdicción Especial del Trabajo de conformidad con el artículo 2º del Decreto 2158 de 1948. Además, agrega el señor Fiscal que habiéndose originado las resoluciones acusadas en dicho contrato, se está frente al caso exceptivo de jurisdicción previsto por el numeral 1º del artículo 73 de la Ley 167 de 1941. Considera el funcionario mencionado que en el presente caso el contrato se celebró para la prestación de un servicio personal técnico, que el cargo no fue creado antes por Ley, y que las funciones del servicio geológico nacional detalladas en el documento no son de aquellas que se consideran exclusivas del poder público, ni significan el ejercicio de la autoridad del Estado, ni tienen funciones políticas, por todo lo cual la vinculación fue simplemente contractual y de carácter laboral.

Se considerará en primer término la excepción formulada por el señor Fiscal:

Al folio 2 del expediente corre el Diario Oficial marcado con el número 29382 de 26 de mayo de 1957, en el cual aparece publicado el texto de un contrato celebrado entre el Ministerio de Minas y Petróleos en representación de la Nación, y el demandante, y aprobado posteriormente por el Presidente de la República y el Consejo de Estado, por cuya virtud el actor se obliga a prestarle sus servicios al Gobierno en el ramo de Geología bajo la dependencia del Director de dicho servicio, y debiendo ocuparse expresamente en las tareas a que se refiere la cláusula 2ª; el término del contrato es de tres años; la remuneración convenida es de dólares 700 al mes; el contratista será afiliado forzoso a la Caja Nacional de Previsión, tiene derecho a prestaciones sociales, a gastos de repatriación, a viáticos, etc.; y por su parte el Gobierno, en caso de incumplimiento, puede declararlo caducado por las causas señaladas en la cláusula undécima, o puede darse por terminado por acuerdo mutuo. Tales son en lo esencial los rasgos generales del contrato en mención.

¿Estaba, pues, el demandante sometido a una situación legal y reglamentaria, o por el contrario, era un trabajador oficial vinculado a la administración por un contrato? El punto jurídico de partida se encuentra en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, el que, con su antecedente inmediato, el Decreto 2350 de 1944, sentó las bases interpretativas generales para diferenciar la situación legal y reglamentaria del contrato de trabajo, y cuyos desarrollos hasta la fecha han sido contradictorios y vacilantes. Según el texto de la primera norma citada,

"... 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, 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".

Distintos puntos de referencia ha tomado la jurisprudencia para determinar la distinción entre los dos grupos de trabajadores oficiales, a saber:

a)—El aspecto formal, determinado por el nombramiento y la posesión, constitutivo del llamado acto-condición;

b)—El aspecto funcional constituído por la naturaleza de la actividad a que la entidad donde surge el conflicto se dedica;

c)—El de la doble personalidad del Estado (de derecho público y privado) para afirmar que cuando actúa como persona de derecho privado puede celebrar contratos de trabajo;

d)—El de la actividad específica desarrollada por el trabajador, independientemente de la naturaleza de la entidad;

e)—El de aplicación estricta en unos casos y por similitud en otros, de lo indicado por el artículo en mención.

Suscintamente se examinarán tales planteamientos:

El planteamiento del primer punto ha sido considerado, por modo general, como formalista, por cuanto hace radicar la naturaleza de la relación jurídica en un aspecto de ella que no es esencial y puede conducir a actos de arbitrariedad por cuya virtud se prive a los trabajadores de contratos de trabajo ya existentes o al menos autorizados para posterior celebración. Es, desde luego, elemento indispensable de la investidura en verdaderos funcionarios, pero carece totalmente de importancia para el esclarecimiento de lo discutido en todos aquellos servidores del Estado que no tienen ese carácter, aunque deban cumplir el requisito. De mucha mayor trascendencia es el aspecto funcional (b) coordinado con el referido en el literal d). En efecto. Dicho punto de vista permite una colocación más racional dentro del espíritu y términos del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 que, por una parte y a manera de ejemplo, cita una serie de actividades administrativas

donde inequívocamente existe contrato de trabajo con el Estado, y de otra señala unas pautas comparativas o de similitud para facilitar la extensión de la noción contractual. Ofrece una distinción, ínsita en el decreto, entre actividades meramente políticas (exclusivas y propias de la administración) y actividades técnicas (agrícolas, ganaderas, forestales, industriales, etc.) por naturaleza apolíticas y no exclusivas de la administración aunque ella las preste. Y lleva, por tanto, a afirmar que en todos aquellos sectores de la administración en que no se esté frente a la primera clase de actividades, hay entre ella y quienes le prestán sus servicios personales una relación contractual laboral. O por decirlo mejor, que en aquellas actividades que son propias y exclusivas del Estado y que son específicamente una expresión política de su existencia, como los servicios primarios y de seguridad, la relación jurídica será de derecho público, o como lo dice el decreto cuestionado "se rigen por leyes especiales"; y que en aquellas otras que no tengan propiamente ese carácter sino que impliquen servicios de otra naturaleza, especialmente técnica, prestados a través de empresas, establecimientos oficiales o semioficiales, entidades expresivas de una colaboración de capitales oficiales y particulares, la relación jurídica con los servidores es contractual y se encuentra por tanto sometida a las leyes propias del contrato de trabajo, así en lo sustantivo como en lo procesal. Cabe por tanto dentro de esta concepción la posibilidad señalada como punto diferencial en el literal d), hasta el extremo de haberle permitido al Tribunal Supremo del Trabajo afirmar con razón que, con base en el mismo precepto comentado "tanto las entidades de derecho público como las personas administrativas autónomas deben tener la posibilidad de celebrar contratos de trabajo" (Cas. agosto de 1952. Caso del sindicato de trabajadores de Acueducto de Bogotá. Magistrado Dr. Córdoba Medina).

Los argumentos de la doble personalidad del Estado (c) y de la aplicación estricta o por similitud del artículo 4º, no ofrecen, como la tesis anterior, una posibilidad tan completa para englobar los distintos aspectos del problema. En efecto, la primera, tomada de la división clásica sentada por el derecho administrativo, sugiere la idea de que sólo es posible la celebración de contratos de trabajo por las entidades públicas cuando actúan como personas y por los procedimientos del derecho privado, asimilando el tipo de contratación laboral a los que celebra el Estado (sentido general) para arrendar un inmueble, por ejemplo. Y es un hecho admitido ya por toda la doctrina laboral que entre esas clases de contratos y el de trabajo hay diferencias radicales de naturaleza y contenido de suerte que no pudiendo ser identificados, tampoco es factible hallar identidad en las fuentes y competencia de la contratación. Y esto, sin entrar a examinar las consecuencias derivadas de un hecho ya aceptado en general por la doctrina, como es el de que el derecho del trabajo en todos sus aspectos es una rama

del derecho público. Finalmente el argumento exegético y de similitud, si bien es cierto que en la práctica puede ser idóneo para cumplir las finalidades previstas por el Decreto comentado, constituye en sí mismo y en numerosos casos, una argumentación desprovista de vida, ayuna de explicaciones filosóficas y jurídicas, que podría resolver el problema sin explicar por qué lo resuelve.

En el caso presente, el demandante, como está probado, se obligó a prestar una serie de funciones, técnicas unas, y de estudio y organización otras, dentro del servicio geológico del Ministerio de Minas, bajo la dependencia normal del Ministerio y mediante una remuneración en moneda extranjera. Ese convenio se hizo por escrito a término fijo y con la obligación para el Gobierno de llevar nuevamente al demandante a su domicilio de origen. Aquellas funciones, como lo anota el Ministerio Público, son eminentemente técnicas y ni en la práctica ni legalmente se encuentran reservadas exclusivamente a la actividad oficial. Y aunque es cierto que dentro del texto del contrato se estipulan cláusulas que ofrecen la apariencia no de una situación legal y reglamentaria, sino más bien de un contrato de tipo administrativo, es lo cierto que lo que determina la calificación y existencia del contrato de trabajo, como contrato realidad, según nuestra jurisprudencia laboral y nuestras leyes, no es lo que en él se diga, sino, fundamentalmente, la forma en que en la realidad se desarrolle la relación de trabajo. Por todo lo cual es preciso concluir que la que vinculó a las partes no fue una situación de derecho público o legal y reglamentaria, sino una de carácter laboral cumplida en virtud de un contrato de trabajo. De consiguiente la competencia para resolver los conflictos que de ella surjan se encuentra radicada en los jueces y Tribunales del Trabajo, tal como lo dispone el artículo 2º del Decreto 2158 de 1948 o Código Procesal del Trabajo.

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, y de acuerdo con su colaborador Fiscal, declara probada la excepción de incompetencia de jurisdicción y por tanto que está inhibido para decidir el presente negocio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente administrativo.

Alfonso Meluk. — Guillermo González Charry. — Jorge de Velasco Alvarez. — José Urbano Múnera. — Marco A. Martínez B., Secretario.

ORDEN NACIONAL

ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL BANCO POPULAR

NATURALEZA JURIDICA DEL BANCO POPULAR. Calidad de sus trabajadores. Competencia del Consejo de Estado para conocer de demandas contra actos emanados del Banco Popular.

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, siete de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. ALFONSO MELUK)

En acción de plena jurisdicción, el señor Ernesto Ferro Páez demanda, por medio de apoderado, lo siguiente:

"**Primera.**---Que es nulo el acto administrativo consistente en el oficio número 12388 de fecha 10 de abril de 1962, procedente del Banco Popular, oficina principal con sede en Bogotá, y por medio del cual dicho Banco dio respuesta a mi mandante, negándole el reconocimiento de la pensión de jubilación que éste le había solicitado y a la cual tiene derecho, tanto de conformidad con las disposiciones vigentes como por haber trabajado más de veinte años en entidades de derecho público y tener la edad requerida para gozar de dicho beneficio.

"**Segunda.**—Que el Banco Popular está obligado a pagar la totalidad de la pensión mensual vitalicia de jubilación que le corresponde al señor Ernesto Ferro Páez, sin perjuicio de repetir lo pagado de las otras personas administrativas concurrentes al pago de esa pensión.

"**Tercera.**—Que se liquide y señale, mediante declaración del Consejo de Estado, la cuantía de la jubilación a que tiene derecho mi mandante, con base en el certificado que sobre sueldos y primas recibió el señor Ferro durante su último año de servicios al Banco Popular, según folio número 9 del expediente que adjunto.

"**Cuarta.**—Que para efectos de la liquidación y el señalamiento a que se refiere el numeral anterior, se tome en cuenta la cesantía adicional no reintegrable debida al señor Ferro, por el tiempo que excede a los 20 años requeridos para obtener el derecho a percibir la pensión jubilatoria, y que en su caso son seis años y veinticuatro días".

Como hechos, aduce que el demandante solicitó del Banco Popular una pensión mensual vitalicia de jubilación, por tener la edad y el tiempo reglamentario, y encontrarse vinculado al servicio de dicho Banco,

a su retiro del servicio público. El Banco Popular le negó la solicitud en el oficio acusado, por considerar que esa institución no es una entidad de derecho público. Que el señor Ferro, aunque ciertamente cumplió 20 años al servicio del Estado, con anterioridad a su ingreso al Banco Popular, sólo vino a cumplir la edad requerida para la jubilación, encontrándose trabajando en dicho establecimiento.

El actor sostiene en su libelo, para sustentar su petición, que el Banco Popular "es un establecimiento de creación legal; hace parte del patrimonio del Estado, en el que poseen reducidísimos derechos los particulares y está constituído como entidad semioficial", por lo cual tiene derecho a que dicho establecimiento le reconozca y pague la pensión demandada.

El Banco Popular se hizo presente en el juicio, por conducto de su apoderado doctor Jaime E. Ahumada Díaz, quien en su alegato, pide que se declare probada la excepción de incompetencia de jurisdicción del Consejo para conocer de la demanda incoada; "el Oficio acusado no fue emitido por un empleado cuyos actos deben regirse por Derecho Público, ya que el Gerente del Banco Popular S. A., es el representante de una Sociedad Anónima de economía mixta conforme se advierte de la distribución de las acciones que componen su capital y no existe mandato legal que le someta sus actos a las normas del Derecho Público".

La vista fiscal conceptúa que "debe declararse la nulidad del acto acusado, con el objeto de que el Banco Popular tramite la solicitud formulada por el señor Ferro Páez y haga el reconocimiento de la prestación reclamada", por considerar que se trata de una institución de creación legal; hace parte del patrimonio del Estado; se rige por disposiciones emanadas del Gobierno; que la Ley le ha otorgado privilegios y exenciones propios de entidades oficiales, y que tiene el carácter de establecimiento público descentralizado.

Habiéndose tramitado el juicio con las formalidades de rigor, sin que se observe causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, se procede a desatar la litis, previas las consideraciones siguientes:

Creación, funcionamiento y reglamentación del Banco Popular

Siendo el punto esencial de la litis, saber si la entidad demandada es un establecimiento público, como dice el actor, o una institución de carácter privado, como sostiene ésta, se hace preciso hacer un estudio de las normas que crearon el Banco Popular, así como su funcionamiento y reglamentación para definir su status jurídico.

a)—Por medio del Decreto Extraordinario Nº 2143 de 1950 (junio 30), se autorizó al Municipio de Bogotá "para promoverse la fundación de una sociedad llamada Banco Popular de Bogotá, que se constituirá como los bancos prendarios municipales, se ocupará del giro de operaciones propias de tales establecimientos y se sujetará a las mismas normas que éstos", quedando sometida su inspección y vigilancia, a la Superintendencia Bancaria; a lo cual procedió a dar cumplimiento la Alcaldía de Bogotá, por medio del Decreto 359 del mismo año.

b) Vino la Ley 7ª de 1951 (diciembre 17), que fdijo en su artículo 1º: "El Banco Popular tendrá las facultades de que trata el artículo 10 de la Ley 57 de 1931 con las limitaciones establecidas en el artículo 86 de la Ley 45 de 1923 y demás disposiciones vigentes". En su artículo 3º dispuso que: "el Gobierno Nacional suscribirá acciones de dicho Banco por un valor de cinco millones de pesos ($ 5.000.000); por el artículo 4º se autorizó a los Departamentos y Municipios para suscribir acciones en cuantía no mayor del 3% de sus respectivos presupuestos; y en un Artículo Transitorio se ordenó incluir la partida de $ 5.000.000 en el presupuesto de la próxima vigencia, y en caso de no hacerse, "autorízase al Gobierno para efectuar traslados, abrir los créditos correspondientes y efectuar operaciones de crédito que estime necesarias".

c) En el Decreto Nº 1337 de 1952 (mayo 31) "por el cual se otorgan unas facultades al Banco de la República con relación al Banco Popular", se autorizó al primero "para señalar cupos al Banco Popular para operaciones de préstamo y descuento y otorgarle otros derechos de los que tienen los bancos afiliados sin necesidad de ser banco accionista".

d) Por el Decreto extraordinario número 3027 de 1953 (noviembre 21), "por el cual se otorgan unas facultades al Banco Popular", se dispuso que "La Junta Directiva del Banco Popular se compondrá de cinco miembros elegidos en la siguiente forma: tres por el Presidente de la República y dos por los accionistas del banco, distintos del Gobierno Nacional"; que el Auditor del Banco será elegido por el Presidente de la República; que "de conformidad con la autorización que confiere al Banco Popular la Ley 7ª de 1931, las instituciones oficiales o semioficiales, agencias de Estado y entidades descentralizadas, mantendrán en el Banco Popular no menos de un 50% de sus depósitos"; y se autoriza al Banco para poseer acciones de bancos nacionales o extranjeros que se establezcan al servicio de la pequeña y mediana industria".

El Decreto 2061 de 1954, en su artículo 3º, cataloga al Banco Po-

pular entre las entidades de crédito oficial, junto con la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Banco Central Hipotecario y el Banco Cafetero.

e)—Por Decreto Legislativo Nº 0008 de 1958 (enero 20), "por el cual se dictan disposiciones relacionadas con el Banco Popular", se dispuso que "el Gobierno Nacional garantiza los depósitos en cuenta corriente y en la sección de Ahorros del Banco Popular"; se autoriza al Gobierno para efectuar todas las operaciones de crédito destinadas a suministrar al Banco Popular los fondos para atender a dichos depósitos; y en el artículo 4º se ordena: "El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por conducto de la Superintendencia Bancaria, procederá a estudiar las reformas legales y las estatutarias del Banco Popular, que se consideren convenientes para la eficaz realización del crédito a las clases menos favorecidas".

f)—La Ley 49 de 1959 (agosto 20) dijo en su artículo 1º: "El Gobierno por conducto de sus representantes en la Junta Directiva del Banco Popular, propondrá, de acuerdo con los estatutos del Banco, el aumento del capital en cuarenta millones de pesos ($ 40.000.000) de acciones privilegiadas, de valor nominal de diez pesos ($ 10.00) cada una"; se autoriza al Gobierno para recibir del Banco Popular, en pago parcial de la deuda contraída con el Estado, acciones por $ 30.000.000; que las acciones emitidas, estarán exentas del impuesto de renta durante un período de 20 años, contados desde la fecha de su emisión; se autoriza al Gobierno Nacional para adquirir pagarés del Banco Popular, hasta por cincuenta y tres millones de pesos ($ 53.000.000) que no devengarán intereses, y tendrán un plazo de 20 años; se ordena "la constitución de depósitos oficiales en el Banco Popular hasta concurrencia no menor del diez por ciento (10%) ni superior al veinte por ciento (20%) del monto total de los fondos del Gobierno Nacional depositados en el Banco de la República. Igual obligación regirá para las entidades descentralizadas públicas o semipúblicas de carácter nacional; el Banco Popular estará en "la obligación de conceder el crédito popular de que trata el aparte a) del artículo 7º de esta ley, a un tipo de interés inferior en un punto al interés corriente en la respectiva plaza donde se realice la operación".

De las normas citadas se llega a la conclusión ineludible de que el Banco Popular tuvo su origen en la ley; que su reglamentación y funcionamiento obedece a pautas fijadas por normas legales; que su capital está constituído con dineros del Estado; y que, si ciertamente existen algunos accionistas privados, en la Junta Directiva, sus miembros son de mayoría oficial, designados por el Presidente de la República.

Para confirmar la participación oficial en el capital del Banco, en su mayor parte, basta examinar el certificado expedido por la Superintendencia Bancaria, de fecha febrero 21 de 1962, que al folio 10 del expediente se encuentra, en donde aparecen 4.063.074 acciones oficiales, de la Nación, Departamentos y Municipios, por valor de $ 40.630.740, de los cuales a la sola Nación le corresponden 3.000.000 de acciones por $ 30.000.000, y sólo 245.539 acciones de particulares por un valor de $ 2.455.390.

Es decir, el patrimonio del Banco Popular, en su mayor parte, es patrimonio del Estado; como entidad semioficial, goza de privilegios y exenciones que la ley sólo puede autorizar para organismos oficiales; de manera que reune todas las características que señala el Art. 1º de la Ley 151 de 1959 para constituir una empresa pública descentralizada semioficial, que tiene por finalidad prestar un servicio público, "para la eficaz realización del crédito a las clases menos favorecidas", como lo dice el Decreto Legislativo Nº 0008 de 1958, a que antes se alude.

Bielsa, en su obra "Derecho Administrativo", dice: "Considérase en Francia 'Establecimientos Públicos' a las ramas de servicios generales del Estado, del Departamento o de la Comuna que han sido desprendidos del conjunto para ser erigidos en órganos de vida propia. Es decir, son órganos gestores de los intereses generales porque realizan un servicio público". Y más adelante agrega: "Porque en efecto, el patrimonio sólo es un **medio** de realizar el **fin** del establecimiento público, esto es, el servicio público; y es indudable, entonces, que no es el medio sino el fin lo que determina la naturaleza jurídica de la entidad". (Tomo I, 5ª edición, página 237).

Es cierto que el parágrafo del artículo 1º de la Ley 151 de 1959, "sobre empresas y establecimientos públicos descentralizados" dice que "Los establecimientos bancarios de propiedad del Estado no se consideran, para efectos de la ley, como establecimientos públicos, y se regirán por normas especiales de control estatal que determine el legislador", pero como lo dice la norma citada **"sólo para efectos de esta ley"** y para darle el régimen especial que una institución bancaria requiere, por su misma finalidad, ya **que**, además, debe ajustarse a las reglamentaciones y control de la Superintendencia Bancaria, como lo ordenó el Decreto 2143 de 1950, que dispuso la creación del Banco Popular, no por ello deja de conservar su carácter de institución semioficial, como patrimonio del Estado, sostenido con fondos oficiales, de creación legal, y ajustado su funcionamiento y organización a normas legales dictadas al efecto.

Confirma todavía más el carácter de establecimiento público semioficial del Banco Popular, lo dicho por la Sala Laboral de la Corte Su-

prema de Justicia:

"El Banco Popular es una entidad de crédito oficial, calificación que le dio el Decreto 2061 de 1954 (artículo 3º), y a la vez, un establecimiento público, es decir, un servicio descentralizado, dotado de personería jurídica, dirigido y administrado con independencia del Estado. Así se deduce de las leyes y decretos extraordinarios que cita el recurrente. Su fundación fue autorizada por el Decreto Extraordinario 2143 de 1950 y es la ley la que gobierna su actividad. Entre otras, basta citar la 7ª de 1951". (Sentencia de mayo 9 de 1962, juicio de Armando Carbonell c/. el Banco Popular).

Demostrado como está, pues, el carácter de establecimiento semioficial del Banco Popular, por su constitución y organización de orden legal, al tenor de las normas y decretos enunciados, sus trabajadores deben reputarse como oficiales, con derecho, por lo tanto, a que el tiempo servido en otras entidades de derecho público se compute al trabajador en dicho Banco, para efecto de la pensión de jubilación, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1º de la Ley 24 de 1947.

Y por lo mismo, siendo una entidad semioficial, y reputados sus trabajadores como oficiales, no hay duda de que el Consejo de Estado es competente para conocer la acción incoada, como supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Definido así el status jurídico, tanto del Banco como del demandante, en su carácter de trabajador de dicha entidad, se entra a resolver sobre la pensión reclamada:

De autos, aparece que el actor trabajó en las siguientes entidades oficiales:

Al Municipio de Bogotá	3 años	4 meses y 4 días
Al Ministerio de Hacienda		11 meses y 29 días
Al Ministerio de Guerra	6 años	2 meses y 29 días
A la Revisoría Fiscal del Inst. de Créd.	3 años	3 meses y 5 días
A la Superintendencia Bancaria	10 años	8 meses y 15 días
Al Banco Popular	1 año	6 meses y 15 días
SUMA	26 años	24 días

Que cumplió 50 años de edad, el 25 de febrero de 1962, encontrándose al servicio del Banco Popular, lo que indica que reune los requisitos de edad y tiempo para tener derecho a la pensión de jubilación.

Ahora bien, el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, ordinal b), consagra el derecho a la jubilación para los trabajadores oficiales, después de 20 años de servicio y 50 de edad; y la Ley 24 de 1947, en su artículo 1º, autoriza para computar el tiempo trabajado en distintas entidades de derecho público, para efectos de la pensión mencionada. El artículo 21 de la Ley 72 de 1947 y su Decreto reglamentario 2921 de 1948, dispone que los empleados nacionales, departamentales y municipales, que tengan derecho a pensión de jubilación, la reclamarán a la entidad a la cual se encuentran prestando servicio, al tiempo de su retiro, y que cuando el peticionario haya trabajado en distintas entidades de derecho público o establecimientos oficiales, tal entidad comunicará la cuota que a cada una corresponde, de conformidad con el tiempo servido, para que decida si la liquidación es correcta, "si está obligada a la cuota que se le asigna, y si se ajusta a las disposiciones legales que la rigen". (Artículo 2º del Decreto 2921 de 1948). Y el artículo 3º del mismo Decreto agrega que "dentro de los 15 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".

De manera que, al no haber procedido así, el Banco Popular violó la ley, y por lo tanto, la acción es procedente, debiendo declararse nulo el oficio número 12388 de abril 10 de 1962 emanado de dicha entidad, en que niega la prestación reclamada.

Así mismo, como el demandante trabajó más de veinte años el Banco debe reconocer la cesantía excedente a dicho tiempo, liquidada sobre el sueldo promedio de los últimos doce meses, de conformidad con el Decreto 1160 de 1947, pudiendo repetir el Banco contra las demás entidades obligadas, en proporción al tiempo trabajado dentro de dicho lapso con posterioridad a los 20 años, siempre que el actor demuestre que no le han sido cubiertas las cesantías respectivas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, de acuerdo en parte con la vista fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

1º—Declárase nulo el oficio número 12388 de abril 10 de 1962, emanado de la Gerencia del Banco Popular, Oficina Principal.

2º—El señor Ernesto Ferro Páez tiene derecho a que el Banco Popular S. A. le reconozca y pague una pensión mensual vitalicia de jubilación liquidada sobre el promedio del sueldo devengado en el último año de servicios, a partir del 25 de febrero de 1962, en que cumplió 50 años de edad, pudiendo el Banco repetir contra las demás entidades obligadas, de conformidad con el tiempo trabajado, las cuotas que por tal concepto le correspondan.

3º—Igualmente, tiene derecho el señor Ernesto Ferro Páez a que el Banco Popular S. A. le reconozca y pague la cesantía excedente a los 20 años, liquidada sobre el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificación en los tres últimos meses, en cuyo caso, la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, siempre que éste demuestre que no le ha sido cubierta la cesantía por el tiempo trabajado en cada una de las entidades en donde prestó servicios, dentro del lapso posterior a los 20 años, pudiendo el Banco repetir contra éstas, por las cuotas que le correspondan.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Jorge de Velasco Alvarez. — Alfonso Meluk. — José Urbano Múnera. — Guillermo González Charry. — Marco A. Martínez B., Secretario.

ORDEN NACIONAL

RESOLUCIONES DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISION

NOTARIOS PUBLICOS Y REGISTRADORES DE INSTRUMENTOS PUBLICOS Y PRIVADOS. — Como funcionarios públicos que son, tienen derecho a todas las garantías que establecen las leyes sociales, particularmente la 6ª de 1945; siempre que, a su turno, cumplan para con la entidad pagadora las obligaciones que a todos señalan esas leyes en materia de sostenimiento. — Cesantía adicional de dichos servidores: Cómputo del tiempo de servicios anteriores a la fecha del Decreto Legislativo número 59 de 1957.

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., doce de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY)

En acción de plena jurisdicción y por medio de apoderado Alfonso Moisés de Jesús Roa Saavedra ha demandado la nulidad de la Resolución número 292 de 25 de enero de 1962 de la Caja Nacional de Previsión Social por la cual se le negó el reconocimiento y pago de parte de la cesantía correspondiente al tiempo de servicio mayor de 20 años en que sirvió como Notario Segundo de Sogamoso, comprendido entre el 23 de junio de 1955 y el 30 de junio de 1957, y el consiguiente restablecimiento del derecho que se hace consistir en el pago de la citada prestación por el tiempo indicado.

Dice la demanda que no obstante haberse tenido en cuenta por la Caja en ocasión anterior la totalidad del tiempo servido (22 años, 4 meses y 19 días) para efectos de la pensión de jubilación, al pedírsele la cesantía adicional limitó el reconocimiento al tiempo comprendido entre el 1º de julio de 1957 y el 31 de marzo de 1960, sin tener en cuenta el que se indicó atrás, desconociendo así normas vigentes que se puntualizarán en seguida. La Caja apoyó su negativa en el Decreto Legislativo Nº 59 de 1957, el cual, en su opinión, impide reconocer a los Notarios y Registradores prestaciones sociales por tiempo anterior a esta fecha que es la de vigencia del Decreto.

Como normas violadas se señala el artículo 9º de la Ley 64 de 1946, el 20 de la misma, el 1º del Decreto Legislativo Nº 59 de 1957, los números 17 y 18 de la Ley 6ª de 1945 y el 1º del Decreto 1600 del mismo año, en concordancia todos con el citado Decreto Nº 59 de 1957, indicando como razón última y fundamental de la violación el hecho de haber desconocido que los Notarios, como funcionarios públicos que son, tienen derecho a las prestaciones que a los demás de su clase garantiza la Ley 6ª de 1945, y que la afiliación forzosa a la Caja dispuesta por el Decreto es sólo un "detalle" o accidente sin mayor importancia den-

BIBLIOTECA

tro del actual sistema de riesgos sociales cuya cobertura corresponde a la Caja. En su oportunidad dio concepto el señor Fiscal 2º del Consejo en el sentido de que el hecho de que antes de la expedición del Decreto Nº 59, los Notarios no fueran afiliados forzosos a la Caja, no significa que estuvieran privados de las garantías sociales otorgadas a todos los empleados públicos, y en particular, y para el caso concreto de la que establece el artículo 9º de la Ley 64 de 1946 que ahora se discute. Concluye pidiendo una decisión favorable a la demanda pero agregando que la Sala debe ordenar que se descuente al actor el valor de las cuotas correspondientes al tiempo por el cual se le haga el reconocimiento y a los sueldos devengados en el mismo.

Se procede a resolver:

El Consejo de Estado por conducto de esta Sala y en diferentes providencias, entre las cuales se pueden mencionar las de 11 de abril de 1958 (Pedro María Russi Sánchez), 23 de abril de 1960 (Cayetano de Jesús Moreno Medina) y junio 27 de 1959 (Gonzalo Riveros) ha definido ya la situación jurídica de los Notarios y Registradores en cuanto a sus relaciones con el Estado y a sus derechos de carácter social, en el sentido de que siendo como son dentro de nuestra organización legal unos funcionarios públicos, tienen derecho a todas las garantías que para ellos establecen las leyes vigentes y en particular la 6ª de 1945, siempre que, a su turno, cumplan para con la entidad pagadora las obligaciones que a todos señalan esas leyes en materia de sostenimiento. Es, pues, innecesario volver sobre estos puntos que constituyen doctrina firme del Consejo.

En lo que se refiere a la obligación de la Caja de pagar la cesantía adicional aún por el tiempo anterior a la vigencia del Decreto Nº 59, conviene transcribir lo que en el fallo de 23 de abril de 1960, ya citado, se dijo sobre el particular, y que es, a saber:

"c)... el desarrollo de este aspecto tiene su origen en el anterior, además de la interpretación que surge del texto claro de la Ley 64 de 1946 cuando dispone que los trabajadores oficiales tendrán derecho a un auxilio de cesantía adicional por el tiempo de servicio que exceda de 20 años, el que ha de liquidarse conforme a las reglas ordinarias. Por manera que si, como está demostrado en este caso, después de los 20 años el demandante sirvió un tiempo como Notario 1º del Circuito de Tunja, y ese tiempo debe serle computado, es conclusión obvia la de que también debe ser tenido en cuenta para liquidar la cesantía correspondiente al citado servicio adicional. No se entendería que habiendo sido el demandante funcionario oficial mientras desempeñó el cargo de Notario y teniendo, por tal razón, derecho a que este tiempo se le tome en cuenta al liquidar la pensión jubilatoria, se descartara

en cambio para la liquidación adicional de la cesantía, como si dicho trabajo no hubiera existido. Por otra parte, como lo dice el texto de la Resolución acusada y como aparece comprobado... ese servicio se prestó después del cumplimiento de los 20 años primeros, lo cual es razón valedera para aplicar lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 64 de 1946".

Por otra parte, el argumento de la Caja consistente en que sólo está obligada a pagar prestaciones a esta clase de empleados, cuando se han causado a partir del 1º de julio de 1.957, es equivocado porque confunde el acto de pagar con la causa del pago. Si el razonamiento del acto acusado fuera lógico debería deducirse que las pensiones de jubilación de Notarios y Registradores causadas con anterioridad al Decreto y reclamadas con posterioridad no deberían pagarse porque el tiempo de servicio en que se fundan transcurrió antes de que un Decreto de muy dudosa necesidad frente a los textos ya existentes, hubiera señalado la fecha a partir de la cual el pago corría por cuenta de la Caja. Pero que muy distinto fue el pensamiento que informó el Decreto cuestionado resulta del artículo 2º del mismo y de la interpretación que esta Sala le ha dado en los fallos de 23 de abril de 1960 y 7 de febrero de 1961.

Por tanto se concluye que al haberse negado la Caja de Previsión a computar para la cesantía adicional del demandante el tiempo comprendido entre el 23 de junio de 1955 y el 30 de junio de 1957, quebrantó en forma especial los artículos 9º de la Ley 64 de 1946, 2º y 5º del Decreto 59 de 1957, y que, por tanto, son procedentes la anulación y el restablecimiento del derecho como lo solicitan la demanda y el señor Fiscal 2º de la Corporación. Pero como éste lo advierte, el pago no se puede ordenar sin que el demandante pague a la Caja, mediante descuentos que ella haga, el valor completo de los aportes que por razones de afiliación, aumentos y cuotas ordinarias habría debido aportar legalmente a la manera de cualquier otro empleado público, y como lo dispone además el artículo 5º del Decreto 59, pues contrariamente a lo que piensa el distinguido personero judicial del actor, el sistema de afiliación y pago de cuotas no es un simple detalle burocrático, sino un elemento fundamental en la constitución y funcionamiento de los Institutos de Seguridad Social, pues que son la base de su finan- los trabajadores nacionales tienen derecho a las garantías establecidas por la Ley 6ª de 1945 y las que la adicionan y reforman, también lo es que esa ley creó un instrumento pagador de aquellos derechos mediante un sistema de financiación en el cual la concurrencia de los asegurados es fundamental. De ahí por qué en otros casos y en oportunidades anteriores, cuando el Consejo ha anulado actos de la Caja denegatorios de derechos sociales y ha ordenado su reconocimiento, ha dispuesto también que se descuente a los beneficiarios el valor de los apor-

tes con que han debido concurrir, pues, se repite, la organización legal colombiana en materia de prestaciones oficiales obliga a la concurrencia económica del trabajador y no parte de la base de la gratuidad.

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, de acuerdo con el criterio del señor Fiscal, ANULA la Resolución Nº 292 de 25 de enero de 1962 procedente de la Caja Nacional de Previsión Social, y dispone por vía de restablecimiento del derecho, que por la entidad citada se proceda, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, a liquidar y pagar al señor Alfonso Moisés de Jesús Roa Saavedra el valor completo de su cesantía adicional por tiempo mayor de 20 años de servicios, teniendo en cuenta el comprendido entre el 23 de junio de 1955 y el 30 de junio de 1957, y descontando de la respectiva liquidación el valor de los aportes con que ha debido contribuir, en la forma expresada en la parte motiva de este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvanse los expedientes.

Jorge de Velasco Alvarez. — Guillermo González Charry. — José Urbano Múnera. — Alfonso Meluk. — Marco A. Martínez B., Secretario.

NOTA DE LA RELATORIA: Por la ley 4 de 1966 artículo 7º la pensión de jubilación no excluye la cesantía.

ORDEN NACIONAL

ACTOS DE LA JEFATURA DE LA DIVISION DE ADUANAS

EXENCIONES DE DE ECHOS DE IMPORTACION. — Desde la Ley 79 de 1931 o Cód go de Aduanas, la competencia para resolver sobre la exención de derechos de importación en cada pedido que hagan al exterior las entidades o personas que por virtud de la ley, el convenio internacional o un contrato deben gozar de ella, ha estado atribuida privativamente a la Dirección General de Aduanas y no al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Esta última dependencia sólo puede proveer sobre el particular, a virtud de recurso jerárquico, según las reglas generales del procedimiento gubernativo, interpuesto contra la decisión del Director General de Aduanas.

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

REF.: Exp. Nº 1723. Autoridades Nacionales. Actor: Federación de Productores de Banano. — Nul. Resoluciones DL 832 de Nov. 20, 1961, División de Aduanas y Nº 83 de Nov. 22, 1960, Administración de Aduana de Santa Marta.

(Consejero Ponente: Dr. RICARDO BONILLA GUTIERREZ)

La Federación de Productores de Banano, sociedad comercial domiciliada en Santa Marta, obrando por medio de apoderado, formuló ante esta Sala demanda de plena jurisdicción contra la Resolución número 83 del 22 de noviembre de 1960, dictada por el Administrador de la Aduana de Santa Marta, y contra la Resolución DL-832 de 21 de noviembre de 1961, dictada por el Jefe de la División de Aduanas que confirmó la anterior.

Las peticiones del libelo son las siguientes:

"PRIMERA: Que se decrete la nulidad de las Resoluciones DL-832 de 1961 (noviembre 20) de la División de Aduanas y 83 de 1960 (noviembre 22) de la Administración de la Aduana de Santa Marta, y

"SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior se disponga el restablecimiento del derecho violado, mediante la orden a la División de Aduanas del Ministerio de Hacienda para que dentro del término señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, efectúe la devolución a favor de la Federación de Productores de Banano de las siguientes cantidades injustamente pagadas por esta entidad: Por concepto de Derechos de Aduana, ciento ochenta y seis mil

trescientos cuarenta y siete pesos con setenta y un centavos, moneda corriente, y por concepto de Impuesto de Giros, veintiocho mil quinientos noventa dólares americanos con noventiocho (sic) centésimos de dólar ($ 186.347.71 y US$ 28.590.98).

"TERCERA: Que se reconozca mi personería".

Los hechos expuestos en la demanda son los que se copian a continuación:

"PRIMERO: El Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, celebró con la Federación de Productores de Banano un contrato para la prestación del servicio de sanidad vegetal contra la enfermedad de la Sigatoka. Este contrato fue publicado, previo el cumplimiento de todos los requisitos legales, en el Diario Oficial número 28.477.

"SEGUNDO: En virtud de la cláusula sexto del referido contrato y, en desarrollo de facultades conferidas al Gobierno por la Ley 40 de 1940 y los Decretos 352 de 1940, 1416 de 1940 y 167 de 1957, éste se obligó por conducto del Ministerio de Hacienda a otorgar durante la vigencia del contrato, exenciones de Derechos de Aduanas y de Giros para la importación de elementos destinados a la campaña sanitaria.

"TERCERO: En cumplimiento del contrato y en uso de las facultades conferidas por la ley, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dictó la Resolución Nº 697 de 1959 (marzo 17) por medio de la cual reconoció la exención de Derechos de Aduana y de Giros para la importación de un millón de libras de polietileno en grumos por parte de la Federación de Productores de Banano.

"CUARTO: Entre el 12 de agosto de 1959 y el 21 de mayo de 1960 la Federación de Productores de Banano importó por la Aduana de Santa Marta varios cargamentos de polietileno que fueron declarados según manifiestos números 177 de agosto 12 de 1959, 209 de septiembre 7 de 1959, 273 de octubre 21 de 1959, 296 de noviembre 14 de 1959, 006 de enero 13 de 1960, 041 de febrero 17 de 1960, 146 de mayo 4 de 1960 y 201 de mayo 21 de 1960.

"QUINTO: Los cargamentos de polietileno correspondientes a los manifiestos números 177, 209, 273, 296, 006 y 041 fueron nacionalizados sin el pago de derechos de importación en obedecimiento de lo que disponía la Resolución número 697 de 1959 del Ministerio de Hacienda sobre reconocimiento de la exención.

"SEXTO: El 14 de agosto de 1959 el Ministerio de Hacienda dictó la Resolución número 01652 de dicho año, por la cual se revoca la Resolución 697 del mismo año.

"SEPTIMO: La Resolución Nº 01652 de 1959, revocatoria de la exención, fue notificada personalmente al apoderado de la Federación de Productores de Banano sólo hasta el 6 de julio de 1960, fecha en la cual se interpuso contra ella el recurso de reposición, cuyo trámite se halla aún en curso.

"OCTAVO: El 6 de abril de 1960 y antes de la notificación, la División de Aduanas comunicó a la Administración de la Aduana de Santa Marta la Resolución Nº 01652 de 1959 y le impartió la orden de exigir a la Federación de Productores de Banano el pago de Derechos de Aduana y de Giros por la importación del polietileno que ya estaba nacionalizado y por los cargamentos pendientes de nacionalización.

"NOVENO: La Federación de Productores de Banano se vio obligada a pagar a la Nación por concepto de Derechos de Aduana y de Giros y en relación con la importación de la totalidad de los cargamentos de polietileno indicados en el punto cuarto de los hechos de esta demanda, las siguientes cantidades: Por Derechos de Aduana, $ 186.394.71; por derechos de impuesto de Giros, US$ 28.590.98.

"DECIMO: La Federación de Productores de Banano reclamó ante la Administración de la Aduana de Santa Marta la devolución de las sumas indicadas en el punto anterior, reintegro que le fue negado por Resolución número 83 de 1960.

"UNDECIMO: Dentro del término legal la misma Federación interpuso recurso de reposición y en subsidio apeló de la providencia últimamente citada. La reposición fue negada y se concedió la apelación para ante la División de Aduanas.

"DUODECIMO: La División de Aduanas al resolver la apelación, confirmó la providencia del inferior mediante la Resolución número DL-832 de 1961".

La demanda dice lo siguiente: bajo el título "Disposiciones violadas y concepto de la violación":

"Las resoluciones Nº 83 de 1959 del Administrador de la Aduana de Santa Marta y Nº DL-832 de 1961 de la División de Aduanas, son violatorias del artículo 30 de la Constitución Nacional en cuanto des-

conocen un derecho adquirido en virtud de un contrato y de una resolución que reconoció la exención de derechos de Aduana y de Giros en favor de la Federación de Productores de Banano. La Resolución que reconoció la exención estaba vigente cuando se realizaron las importaciones de polietileno, continuó vigente después del cobro y del pago injusto de los derechos y continúa aún vigente, pues la providencia revocatoria sólo fue notificada a la Federación de Productores de Banano el día 6 de julio de 1960, momento en el cual se interpuso contra ella el recurso de reposición, cuyo trámite aún está pendiente ante el Ministro de Hacienda. Las resoluciones acusadas, al pretender el cumplimiento de un acto de la administración (Resolución 1652 de 1959) relativo a un negocio en que individualmente ha intervenido y queda obligado un particular, antes de su notificación y ejecutoria, son violatorias de los artículos 74 a 76 del C.C.A. y 10, 11, 12 y 14 del Decreto 2733 de 1959.

"Como consecuencia de esta violación se desconoció un derecho adquirido y reconocido por el Gobierno en desarrollo de facultades que le otorga la ley (artículo 1º de la Ley 40 de 1940, artículos 1º y 2º del Decreto 352 de 1940 y, artículo 6º del Decreto 1416 de 1940).

"Igualmente, las providencias acusadas desconocen el derecho consagrado por el artículo 334, ordinal b) del Código de Aduanas para obtener el reembolso de dechos o demás gravámenes que en justicia no han debido pagarse".

En párrafos cobijados por el título "Competencia y procedimiento", dice la demanda:

"La demanda propuesta no suscita una revisión de impuestos, pues no se trata de dilucidar si la Federación de Productores de Banano está obligada a pagar o no impuestos de importación, sino a determinar si las autoridades aduaneras subalternas del Ministerio de Hacienda podían o no desconocer una exención otorgada por el Gobierno mediante una Resolución Ministerial, aplicando otra Resolución del mismo Ministerio de Hacienda antes de su notificación y consiguiente ejecutoria".

A la demanda fueron acompañadas las copias de rigor de los actos acusados, las copias de las Resoluciones del Ministerio de Hacienda a que se refieren los hechos y un ejemplar del Diario Oficial número 28.477, del 13 de mayo de 1954, en el cual aparece publicado un contrato del Ministerio de Agricultura, en nombre del Gobierno, y la Federación de Productores de Banano sobre campaña contra la sigatoka.

En oportunidad, y a petición del apoderado de la demandante, se trajo también al juicio el expediente administrativo que contiene la

actuación de la Jefatura de Aduanas y su antecedente de la Administración de la de Santa Marta, relativa al negocio a que la demanda se refiere.

El señor apoderado de la demandante sustentó en extenso memorial los puntos de vista de su parte.

Y el señor Fiscal segundo del Consejo rindió su concepto, en el sentido de que esta no es la jurisdicción competente para conocer de la demanda. Al parecer del distinguido colaborador de esta Sala, se está dentro del caso de resoluciones de funcionarios administrativos que tienen origen en un contrato, las cuales no son acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa según lo previsto en el artículo 73 del C.C.A. y remite a la demandante al artículo 40 del C.J.

ANTECEDENTES RELATIVOS AL CONTRATO Y A LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO DE HACIENDA CITADAS EN LA DEMANDA

Por estar los hechos de la demanda presentados en forma demasiado esquemática y notarse en ellos ciertos vacíos, deben ser complementados con lo que aparece en los antecedentes administrativos, a fin de comprender mejor los problemas planteados. Para ello se hace el siguiente resumen cronológico de hechos:

1º—En el hecho primero del libelo se dice que el Gobierno Nacional, "por conducto del **Ministerio de Hacienda y Crédito Público"** (sic) celebró con la Federación de Productores de Banano el contrato que se halla publicado en el número 28.477 del "Diario Oficial" traído con la demanda. En éste aparece el contrato celebrado entre el **Ministerio de Agricultura**, en nombre del Gobierno Nacional, y la mencionada Federación, suscrito el 13 de mayo de 1954, el cual fue aprobado por el Presidente de la República, previo concepto favorable del Consejo de Ministros y revisado por el Consejo de Estado, el que lo declaró ajustado a las autorizaciones legales el 7 de abril de dicho año. Según la cláusula novena, el término de tal contrato sería decinco años. Según la de la revisión del Consejo de Estado Por tanto, el término de ese contrato alcanzó hasta el 6 de abril de 1959. En la demanda no se hace referencia a ningún otro contrato.

Pero al leer los antecedentes administrativos traídos a los autos, se observa que en los memoriales de la sociedad demandante y en los actos impugnados se menciona otro que se dice perfeccionado y vigente para la época de las importaciones de polietileno. Este otro con-

trato puede leerse en los folios 88 a 92 del C. 2º y aparece allí en copia presentada con el memorial del 22 de abril de 1961 para el Director General de Aduanas en que se sustentaba el recurso de apelación contra las Resoluciones del Administrador de Aduana de Santa Marta. En dicha copia, extendida en papel con membrete del Ministerio de Hacienda y cuya fidelidad es certificada par la Asesoría Jurídica del mismo (no obstante ser el contrato originario del Ministerio de Agricultura) no consta si fue aprobado por el Presidente de la República, previo el dictamen favorable del Consejo de Ministros, ni si sufrió la revisión del Consejo de Estado, no obstante que en la cláusula décimatercera se dice que está sometido a esos requisitos para su perfeccionamiento. Se ignora, pues, en qué fecha quedó perfeccionado y comenzó su vigencia.

Este contrato aparece suscrito por el Ministro de Agricultura y por el apoderado especial de la Federación de Productores de Banano el 12 de marzo de 1959. Los contratantes dicen que: "teniendo en cuenta que en la fecha 6 de abril del año en curso expira el contrato que la Federación tiene celebrado con el Gobierno... han convenido celebrar el contrato contenido en las siguientes cláusulas..."

Se trata, pues, de una prórroga del celebrado en 1954 y su tenor literal es el mismo.

La cláusula primera define con toda nitidez el objeto del contrato, así:

"La Federación se compromete a ofrecer contratos de tratamiento sanitario contra la sigatoka a los cultivadores de la Zona Bananera del Departamento del Magdalena y a llevar a efecto el servicio de sanidad vegetal contra esa enfermedad".

Por la cláusula segunda el Gobierno, en uso de las facultades que le confiere la Ley 40 de 1940, autoriza a la empresa para que organice y lleve a cabo el servicio de sanidad vegetal contra la sigatoka en las plantaciones a que se refiere la cláusula anterior. El Gobierno conservaría la vigilancia del plan general del servicio, pero en los detalles de carácter técnico del tratamiento tendría autonomía la Federación. El tercer inciso de la cláusula segunda dice:

"Cada vez que la Federación estime conveniente o necesario modificar el plan general del servicio o de las condiciones de su funcionamiento o las dos cosas a la vez, deberá someter las modificaciones a la aprobación del Ministerio de Agricultura, al cual corresponderá aprobar dichas modificaciones dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha del día en que reciba la solicitud correspondiente, pero

si transcurriere el plazo sin que el Ministerio hubiere dictado la respectiva providencia, se tendrán por aprobadas las modificaciones".

2º—En el hecho segundo de la demanda se relaciona la cláusula 6ª. En efecto, la cláusula sexta del contrato de 1959, que es la pertinente al caso de esta litis porque en ella se acuerda conceder la exención de derechos de importación, dice textualmente:

"Con arreglo al artículo primero de la Ley 40 de 1940, y del artículo 2º del D. L. 167 de 1957, el Gobierno otorga a la Federación y se obliga a mantener durante la vigencia de este contrato las exenciones autorizadas por los Decretos números 352 y 1416 de 1940, para los equipos, materiales y elementos que la Federación necesite importar con destino exclusivo al tratamiento de la sigatoka en forma que tales equipos, materiales y elementos gocen de las referidas exenciones y facilidades y se pueden importar directamente por la Federación, como entidad encargada del tratamiento, sin limitación en cuanto al valor de ellos, **pero siempre que los respectivos pedidos sean previamente aprobados por el competente funcionario del Ministerio de Agricultura**". (Subraya la Sala).

Se observa que la mención del D. L. 167 de 1957 en esta cláusula es lo único nuevo que tiene el contrato de 1959 con relación al de 1954.

3º—En relación con el hecho 3º de la demanda consta lo siguiente:

Cinco días después de suscrito el último contrato, que no se sabe si para entonces —17 de marzo— estaba ya perfeccionado, el señor Ministro de Hacienda dictó su Resolución Nº 697, "por la cual se concede una exención de impuestos a la Federación de Productores de Banano".

En dicha Resolución, considerando "que la Federación... solicita de este Ministerio le exima del pago de los impuestos de aduana, etc., para la importación de un millón de libras de polietileno en grumos, **según carta de pedido** (se subraya) a la Casa U.S. Industrial Chemical Co. de Nueva York, Estados Unidos de América, por valor de US$ 320.000, producto destinado al tratamiento sanitario contra la sigatoka, en desarrollo del contrato celebrado por el Ministerio de Agricultura con el Gerente de la Federación de Productores de Banano, contrato en el cual el Gobierno se obligó a conceder las exenciones necesarias para las importaciones que la Federación necesite hacer de equipos, materiales y elementos destinados al tratamiento mencionado", y considerando así mismo que el Decreto 2630 de 1956 establece

que se continuarán otorgando las exenciones consagradas en contratos vigentes, declara a la Federación exenta de los impuestos de Aduana y Giros para la importación a que se refiere la parte motiva.

En la resolución ministerial no se cita el contrato por su fecha. Se alude simplemente a él. Podría tratarse del suscrito en 1954, cuya vigencia, como se dijo arriba, se extendía hasta el 6 de abril de 1959. Pero el término de él resultaba ya angustioso para que las importaciones eximidas se hicieran a su amparo. Y lo cierto es que ellas comenzaron a llegar en agosto.

Si se trataba del contrato suscrito el 12 de marzo, cinco días antes, no consta que el 17 estuviera ya perfeccionado y en firme y parece casi imposible que ya en esa fecha reuniera los requisitos establecidos en la cláusula 13.

Por otra parte, en los folios 58 y 59 del C.2º (copia del memorial para el Ministro de Hacienda presentado el 12 de julio de 1960 por el apoderado de la Federación para sustentar el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución distinguida con el número 1652, del 14 de agosto de 1959) aparecen narrados algunos hechos sobre el cumplimiento que dice habérsele dado al contrato en lo relativo a las exenciones de impuestos aduaneros y de giros. Se sostiene allí que la Resolución 697 del 17 de marzo de 1959 estaba ceñida a las estipulaciones contenidas en el contrato del 12 de marzo de ese año ya que, según el memoralista, se había adjuntado al contrato el plan general de la campaña que habíade seguirse, y en ese plan "se expresó... que como resultado final la fruta se empaca para que no sufra rozaduras, las cuales son capaces de producir incubaciones de hongos saprofitos". Y agrega lo siguiente, que es importante, porque de esa afirmación se deduce que el 17 de marzo de 1959, fecha de la Resolución del Ministerio de Hacienda que concedió la exención al polietileno en grumos, no estaba cumplido el requisito de que el Ministerio de Agricultura hubiera aprobado su empleo en orden a que el pedido correspondiente se eximiera de derechos de importación. Dice el apoderado: "Dicho plan general fue adicionado por la Federación de acuerdo con el procedimiento señalado en la misma cláusula segunda del contrato, **modificaciones que se introdujeron en octubre 29 de 1959 ante el Ministerio de Agricultura, para su aprobación o improbación** (subraya la Sala) la cual debía producirse en los treinta días siguientes a la fecha en que se presentó la solicitud correspondiente. Transcurrió el término sin que el Ministerio hubiera dictado la respectiva providencia. Por tanto tales modificaciones deben tenerse como aprobadas. **En dichas modificaciones al plan general se incluyeron las bolsas de polietileno, como parte integrante de la campaña de sanidad vegetal".** (Subraya

la Sala). "El Ministerio de Agricultura dictó extemporáneamente una providencia, en marzo 29 de 1960, es decir, cuatro meses después de vencido el término de treinta días estatuído en la cláusula segunda del contrato, **haciendo una aprobación parcial de dichas modificaciones".** (Subraya la Sala). "Esta providencia debe tenerse como inexistente pues viola los términos del contrato. Presento copias de la solicitud de modificaciones presentada en octubre 29 de 1959, con certificación por parte del Ministerio de Agricultura sobre la fecha en que se presentó la solicitud y la fecha de su aprobación. Pruebo así que las modificaciones al plan general están vigentes sin ninguna limitación". (La Sala observa que estas copias no están en los autos).

Y agrega el memorial que se viene copiando:

"De acuerdo con lo expuesto, queda demostrado que el polietileno, por estar incorporado en el Plan General de la campaña sanitaria contra la sigatoka, constituye uno de los elementos de la campaña de sanidad vegetal pactada por el Gobierno Nacional con la Federación de Productores de Banano. En consecuencia, el Gobierno está obligado a conceder las exenciones aduaneras previstas en la cláusula 6ª del contrato, para la importación del referido polietileno".

La Sala observa, antes de seguir adelante, que, según lo afirmado en el memorial, el contrato del 12 de marzo de 1959 llevaba adjunto un Plan General de la campaña contra la sigatoka que debía efectuar la Federación y en ese Plan se hablaba de que la fruta para la exportación se empacaría para que no sufriera rozaduras que podrían producir incubaciones de ciertos hongos. Pero no aparece que el Plan mencionara la clase y condiciones de ese empaque y la utilización del polietileno en él. Cuando el Ministerio de Hacienda dictó la Resolución sobre exención de derechos para el millón de libras de polietileno en grumos, es decir, la 697 del 17 de marzo (cinco días después de suscrito el nuevo contrato) no está demostrado que existiera concepto alguno del Ministerio de Agricultura sobre la utilidad del polietileno como materia prima para fabricar las bolsas destinadas a empacar los racimos de exportación y sobre la utilidad de ese procedimiento en la campaña contra la sigatoka, objeto único del convenio.

Las franquicias aduaneras pactadas se reconocerían, según la cláusula sexta del contrato, para los elementos que se importaren con destino a esa determinada campaña de sanidad, "pero siempre que **los correspondientes pedidos"** fueran **"previamente aprobados por el competente funcionario del Ministerio de Agricultura".**

Es evidente, entonces, que para ordenar el reconocimiento de la exención no bastaba la aprobación del Plan General, sino que cada pe-

dido debía estar previamente aprobado por el Ministerio donde el contrato tuvo su origen y donde debería promoverse y vigilarse su cumplimiento. Según lo expresado en el memorial citado, fue meses después de dictada la Resolución 697, en octubre de 1959, cuando los contratistas sometieron al Ministerio de Agricultura una adición al Plan General en la que se afirma haber incluído las bolsas de polietileno como parte integrante de la campaña contratada. Según eso, los contratistas se anticiparon a pedir al Ministerio de Hacienda desde marzo, y sin el lleno de las condiciones establecidas en el contrato, la exención para importar el pedido de un mi"ón de libras de polietileno. Por su parte, según lo expuesto en el citado memorial, también el Ministerio de Hacienda habría proferido la Resolución 697 anticipándose varios meses al lleno de esos requisitos contractuales y legales. La motivación de la Resolución 1652 del Ministerio de Hacienda comprueba que la 697 había sido dictada prematuramente, sin la condición indispensable de la aprobación del pedido, por el Ministerio de Agricultura.

4º—En relación con los hechos 4º y 12º de la demanda, se destaca de los antecedentes administrativos lo siguiente:

La Aduana de Santa Marta estuvo nacionalizando las importaciones de polietileno sin cobrar derechos hasta cuando su Administrador recibió un oficio del Director General de Aduanas, fechado el 17 de abril de 1960 (folio 63 del C. 2º) en el cual le dice haber comprobado directamente que "varios cargamentos de polietileno importados por la Federación de Productores de Banano de Santa Marta han sido entregados por la Aduana sin el pago de los respectivos derechos, por considerar erradamente que la Resolución 697 de marzo 17 de 1959, originaria del Ministerio de Hacienda, era suficiente para reconocer la exención, olvidando que las disposiciones legales exigen resolución especial para cada pedido por parte de la Dirección General de Aduanas y, además, desconociendo que la Resolución 697 citada fue revocada por la Nº 1652 de agosto 14 de 1959". Y, en consecuencia, le ruega "en salvaguardia de los intereses del Estado, se sirva dar la orden para que los cargamentos de polietileno importados en las condiciones dichas sean retenidos hasta tanto se produzca en forma legal la liquidación y pago de los derechos causados y no cubiertos".

Conocedora la Federación de esta orden procedió a pagar. Por concepto de manifiestos nacionalizados sin gravamen de agosto de 1959 a febrero de 1960, la Federación pagó el 10 de mayo de 1960 un valor de $ 119.148.71, moneda nacional y el 17 la suma de 18.488.32 dólares americanos.

Los derechos relativos a los manifiestos de abril y mayo fueron

cubiertos antes de retirar la mercancía de la Aduana, pocos días después de sus respectivas fechas, y por un valor de 67.201 pesos y 1.002,66 dólares. La suma total pagada por derechos sobre importaciones de polietileno fue de $ 186.349.71 y US$ 28.590.98.

Afirma la sociedad demandante que sólo por la comunicación del Director de Aduanas al Administrador de la de Santa Marta, seguida de la orden que éste le dio en abril de 1960 de pagar los derechos de importación del polietileno, vino a tener conocimiento de que el Ministerio de Hacienda había revocado la Resolución 697 del 12 de marzo de 1959 por medio de la 1652 del 14 de agosto subsiguiente.

Puesto que la Federación consideraba la orden de cubrir los impuestos contraria a su derecho, originado mediatamente en el contrato e inmediatamente en la Resolución 697 (según lo ha sostenido en el proceso gubernativo y en este juicio) parece que lo procedente ante el acto administrativo contenido en aquel cobro hubiera sido reclamar inmediatamente de él y promover la acción contencioso-administrativa, si no se hubiere conformado con las decisiones que recayeran a sus pedimentos. Acaso esta reclamación hubiera debido presentarse dentro de los diez días de la liquidación, de conformidad con el artículo 120 del C. de Aduanas. Sin embargo, no aparece previsto en dicho Código procedimiento especial para un caso anómalo como el de autos. La demandante prefirió apoyar su petición tiempo después, en el artículo 334, sobre reembolsos y el Código no señala un término para esta clase de solicitudes en relación con la fecha en que se ordena el pago.

Y en cuanto a la Resolución 1652 del 14 de agosto de 1959, proferida por el Ministerio de Hacienda, y revocatoria de la 697 de 17 de marzo del mismo año, después del cobro fundado en ella ya no era posible a la Federación alegar que ignoraba su existencia y contenido, puesto que oficialmente se la había hecho sabedora de ella a través de la orden de la Aduana, aun cuando no fuera esa la forma regular de hacerle conocer tal decisión ministerial. Así, pues, contra la Resolución 1652 parece que hubiera debido recurrir también en esa oportunidad. Sin embargo, prefirió esperar todavía hasta el 6 de julio de 1960, fecha en que se presentó un apoderado especial a hacerse notificar dicha Resolución en el Ministerio, a fin de recurrir de ella. (V. folios 56 a 62 del C. 2º). No obstante las observaciones anteriores, la Sala tiene también en cuenta que ninguna objeción de extemporaneidad o de error en el procedimiento se le hizo a la demandante en la vía gubernativa. No es procedente, pues, tener en cuenta aquí esos reparos que se hacen marginalmente.

LA SOLICITUD DE DEVOLUCION DE LO PAGADO

En memorial para el Administrador de la Aduana de Santa Marta, presentado el 20 de octubre de 1960 (C. 2º, Folios 53 a 55), el apoderado de la Federación de Productores de Banano solicitó la devolución de las sumas pagadas por esta sociedad, diciendo hacer "uso del derecho consagrado en el ordinal b) del artículo 334 del Código de Aduanas (Ley 79 de 1931)". Pide el reembolso de las cantidades de $ 186. 349.71 y de US$ 28.590.98, "corerspondientes ambas sumas a derechos pagados por la Federación de Productores de Banano que no se han causado legalmente y que la Aduana no ha debido cobrar". Este memorial fue el inicial de la actuación administrativa que ha dado lugar a la demanda en este juicio.

En el memorial citado sostiene el apoderado de la Federación que la Resolución del Ministerio de Hacienda por la cual se eximió de derechos de importación al polietileno, la 697 del 17 de marzo de 1959 estuvo vigente hasta el día 6 de julio de 1960, fecha en que se notificó la Resolución 1652 de agosto de 1959, revocatoria de la anterior". Y agrega: "Por tanto todas las importaciones que se hicieron bajo la vigencia de la Resolución 697 están exentas de todo derecho, y en consecuencia los derechos pagados... deben ser devueltos a la Federación de Productores de Banano".

Es la misma tesis central que se sostiene en esta demanda.

En el memorial citado se decía también: "La presente solicitud de devolución en ningún modo se condiciona al fallo del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 1652 de 1959, por cuanto que la devolución se funda en la vigencia de la Resolución 697, que según se vio atrás llega hasta el 6 de julio de 1960, fecha de la notificación. Aun en el supuesto de que la Resolución 1652 fuera confirmada, el reembolso debe decretarse sin lugar a dudas, por cuanto que los derechos pagados por la Federación.... no se causaron legalmente, por referirse a importaciones efectuadas durante la vigencia de la Resolución 697 de 1959, que otorgó una exención total de derechos".

Para entender, pues. la verdadera finalidad de la presente demanda y cuál es la acción que realmente se ha instaurado, es preciso tener en cuenta lo sostenido en los apartes anteriores por la sociedad demandante desde cuando inició la gestión enderezada a hacerse reembolsar lo pagado por impuestos de aduana y de giros, y armonizar la posición adoptada en el proceso gubernativo con lo que se expresa en el siguiente párrafo del libelo:

"La demanda propuesta no suscita una revisión de impuestos, pues no se trata de dilucidar si la Federación de Productores de Banano está obligada a pagar o no impuestos de importación, sino a determinar si las autoridades aduaneras subalternas del Ministerio de Hacienda podían o no desconocer una exención otorgada por el Gobierno, mediante una Resolución ministerial aplicando otra Resolución del mismo Ministerio de Hacienda, antes de su notificación y consiguiente ejecutoria".

La obligación de notificar personalmente la Resolución Ministerial 1652 para que ella pudiera producir el efecto de ser obedecida por las autoridades aduaneras, la fundó la demandante en los artículos 74 a 76 del C.C.A., vigentes cuando tal Resolución se produjo.

Se sostiene también en aquel memorial, lo mismo que en la demanda con que se inició este juicio, que la Federación, en virtud de las razones anteriores, tenía un derecho adquirido a las exenciones aduaneras y que al no reconocérselo se está violando el artículo 30 de la Constitución.

En cuanto a la competencia del Administrador de Aduanas para ordenar la devolución de los impuestos pagados, dice el memorial que la tiene "de conformidad con el artículo 334 del Código de Aduanas, sin perjuicio de la consulta que debe surtirse ante la Dirección General de Aduanas, al tenor del artículo 6º del Decreto 2181 de 1953".

El 22 de noviembre de 1960, por medio de su Resolución número 83, el Administrador de la Aduana de Santa Marta denegó la solicitud de que se habla, y ya en los considerandos de ese acto, que inicia la cadena de los impugnados en este juicio, se sostiene que el Ministerio de Hacienda no era competente para dictar la Resolución 697 de 1959, por la cual se había concedido la exención de derechos aduaneros al pedido de un millón de libras de polietileno para la Federación de Productores de Banano y que al conceder dicha exención trasgredía las disposiciones legales que le daban exclusiva competencia al Director General de Aduanas paradictar actos de esa clase. La cuestión se situaba, pues, por este aspecto, en el terreno de la competencia administrativa para dictar resoluciones de exención de derechos aduaneros en cada caso determinado. En el debate que se produjo entre el apoderado de la Federación y el Administrador de la Aduana y, posteriormente, el Director General del ramo, en virtud de la apelación interpuesta contra lo resuelto por aquél, lo discutido es si el Ministro de Hacienda estaba facultado legalmente para eximir de derechos aduaneros la importación del pedido de que se trataba y si procedió ciñéndose a los trámites y condiciones impuestos por las

normas vigentes sobre el particular al expedir la Resolución 697 que él mismo revocó luego con la 1652, debido a las razones con que ésta se motivó.

Conocidos en detalle los antecedentes administrativos de este asunto, procede la Sala a estudiar las tesis contrapuestas de la entidad demandante y de las autoridades aduaneras, a la luz de las disposiciones legales que aquella cita para fundar su impugnación a los actos proferidos por éstas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La demanda pide que se declaren nulas las Resoluciones DL. 832 de noviembre 20 de 1961, proferida por la Jefatura de la División de Aduanas (anteriormente Dirección General) y la 83 de noviembre 22 de 1960 proferida por el Administrador de la Aduana de Santa Marta que fue confirmada por la anteriormente citada, Resoluciones por las cuales no se accedió a devolver a la Federación de Productores de Banano los impuestos pagados. En consecuencia de la declaración anterior y como restablecimiento del derecho que se pretende violado, se pide ordenar la devolución de las sumas de $ 186.347.71 en moneda colombiana y 28.590.98 dólares americanos.

Se sostiene en la demanda que las mencionadas autoridades aduaneras estaban obligadas a acatar y cumplir la Resolución 697 de 1959, por la cual el Ministerio de Hacienda había eximido de los impuestos de aduana y giros el pedido de polietileno en grumos a que dicha Resolución se refiere, y que, aun cuando tal Resolución fue revocada por medio de la 1652 del 14 de agosto de 1959, el hecho de no haberse notificado ésta a la sociedad, la dejaba sin operancia legal y así la 697 continuaba produciendo sus efectos al tenor de lo dispuesto en los artículos 74 y 76 del C.C.A. Además, según la demanda, la exención decretada por la Resolución 697, en ejecución de un contrato entre el Gobierno y la Federación, le había hecho adquirir a ésta el derecho a la franquicia aduanera y, por tanto, a que se le devolviera el valor pagado por concepto de impuestos de aduana y de giros sobre los pedidos de polietileno importados durante la vigencia de tal Resolución. La negativa a devolver los impuestos pagados en esas condiciones implica, según la demanda, una violación al artículo 30 de la Constitución.

La circunstancia de que en la demanda se sostenga que los actos impugnados de las autoridades aduaneras desconocían un contrato del Gobierno con la sociedad demandante, no quiere decir que dichos actos se originen en el contrato y que, por tanto, su juzgamiento escape a la competencia de esta jurisdicción, al tenor del artículo 73 del C.C.A.

Las resoluciones demandadas se originan en la competencia que la propia sociedad demandante les reconoce a esas autoridades para ordenar el reembolso de una suma de dinero por impuestos que se dice no estaba ella obligada a pagar y, ante todo, como se explicará adelante, en la competencia exclusiva que disposiciones legales le han conferido a la Dirección General de Aduanas para resolver en cada caso si debe concederse o no la exención del impuesto que se solicita, ya sea para cumplir las leyes, o ya los tratados y los contratos, cuya obligatoriedad emana también de aquéllas. Esta es la tesis fundamental que se sustenta en los actos acusados. De modo que, aun cuando exista un contrato celebrado entre el Gobierno y la sociedad demandante, no tienen los actos acusados origen en dicho contrato. En la motivación de esos actos se desconoce la competencia que tuviera el Ministerio de Hacienda para dictar la Resolución por la cual había declarado exenta de impuestos la importación de polietileno para la Federación de Productores de Banano. Las razones en que se fundan los actos acusados se refieren al procedimiento que ha debido seguirse para obtener la exención y a la autoridad competente para otorgar ésta y estas cuestiones son independientes del contrato en sí mismo. Así, pues, aun cuando se reconociera, en principio, que el Gobierno estuviera obligado por el contrato a eximir de gravámenes de importación a la demandante por la mercancía de que se trata, aún quedaría por decidir si la sociedad importadora había reunido los requisitos para obtener la exención respectiva y si ésta fue reconocida por la autoridad competente para ello.

También dice la demanda que las autoridades aduaneras estaban obligadas a acatar lo resuelto sobre exención de impuestos por el Ministerio de Hacienda, por cuanto la Resolución revocatoria de la anterior no estaba ejecutoriada, ya que, notificada tardíamente, se interpuso reposición contra ella. Y es de aquí de donde la demanda deduce que la Federación había adquirido el derecho a que se le devolviera lo pagado, es decir, en cuanto las importaciones estaban amparadas, según ella, por la primitiva Resolución del Ministerio que las eximía de impuestos.

Las consideraciones anteriores bastan para que la Sala estime que la controversia aquí planteada es estrictamente del orden administrativo. Ella busca una decisión sobre a qué autoridad de dicho orden correspondía legalmente eximir de impuestos los pedidos de importación de elementos para la campaña contra la sigatoka que hiciera la Federación de Productores de Banano, sobre cuál era el trámite a que tales pedidos han debido someterse para obtener la exención y sobre si la Resolución 697 de 1959 del Ministerio de Hacienda tenía que ser acatada o no por las autoridades aduaneras. Esta interpretación de

la demanda permite también conocer de ella a esta Sala, pues se considera que en ella se ha planteado, como lo quiere la demandante, una acción ordinaria de plena jurisdicción contra actos de autoridades nacionales considerados violatorios de normas superiores, y no una acción especial de revisión de impuestos.

En el alegato de conclusión del señor apoderado de la sociedad demandante en este juicio, dice:

"En conclusión, la Administración de la Aduana de Santa Marta se negó a cumplir una Resolución que no había sido revocada legalmente (la 697 de Minhacienda) y, en cambio, dio cumplimiento a otra que ni siquiera estaba notificada y, por lo mismo, no ejecutoriada". (la 1652 del mismo Ministerio). "Por lo demás, la Dirección General de Aduanas no solamente confirmó el atropello realizado por la Aduana de Santa Marta, sino que se declaró en abierta rebeldía contra la Resolución 6702 de 1961 (octubre 9) dictada por el Ministerio de Hacienda y por la cual se reconoce expresamente el derecho de la Federación de Productores de Banano a la exención de impuestos correspondientes a las importaciones realizadas durante la vigencia de la Resolución 697 de 1959, o sea hasta octubre 9 de 1961".

Ante todo, recalca la Sala que la última Resolución ministerial citada, aun cuando su fecha es más de un mes anterior a la 832 del Jefe de la División de Aduanas y debía ser bien conocida de la Federación el 11 de diciembre de 1961 —fecha de la presentación de la demanda— para nada ha sido mencionada en ésta, y ni en la misma Resolución 832 se habla de ella.

La copia de la Resolución ministerial 6702 del 9 de octubre de 1961 (Folios 46 a 50 del C. 1º) fue traída a estos autos con el alegato de conclusión, el 8 de junio de 1962.

Esta última Resolución repite que no podía concederse la exención de impuestos al polietileno por no ser éste un elemento destinado a la campaña contra la sigatoka, objeto exclusivo del contrato. Pero llega a insinuarse en sus considerandos que la Resolución dictada el 17 de marzo de 1959 y que eximía de derechos el pedido a que se refiere, hubiera podido dictarse en el vacío, pues se anticipaba varios meses a la modificación introducida al plan de la campaña contra la sigatoka, en octubre de 1959, plan que por omisión del Ministerio de Agricultura se supone aceptado en noviembre y en el cual por vez primera se mencionaron las bolsas de Polietileno como elementos útiles en el embalaje de los racimos de exportación. En otras palabras, parece que quienes redactaron la Resolución 6702 no pararon mientes en que las propias alegaciones de la entidad recurrente estaban de-

mostrando que apenas en noviembre siguiente a la fecha de la Resolución 697 se le introdujo al plan de campaña una modificación que incorporaba el uso de bolsas de polietileno, aunque no para la lucha contra la sigatoka, sino para proteger los racimos de exportación. Y tampoco tomaron nota de que en parte alguna aparece que en una fecha que ha debido ser necesariamente anterior a la Resolución 697, hubiera impartido el Ministerio de Agricultura su aprobación al pedido de un millón de libras de polietileno, como lo prevé la cláusula sexta del contrato.

En definitiva, no se repone la Resolución 1652. Se limita la parte resolutiva de la Resolución 6702 de 1961 a modificar la 1652 "en el sentido de dejar a salvo los derechos adquiridos por la Federación de Productores de Banano durante la vigencia de la Resolución revocada", o sea la 697 de 1959. Pero lo que la sociedad demandante le había pedido al Ministerio era revocar la Resolución 1652 o, en subsidio, declarar, al resolver sobre el recurso, que la Resolución recurrida había comenzado su vigencia "el 6 de julio de 1960, fecha de su notificación al apoderado de la entidad interesada". La Resolución 6702 no revocó la 1652 y no hizo la declaración subsidiaria, con la cual se pretendía que se reconocieran efectos a la Resolución 697. La sibilina modificación que le introdujo a la Resolución 1652 nada establece por sí misma. Sin embargo, en la parte motiva se dijo lo siguiente:

"Como la Resolución número 697 de marzo 17 de 1959 ha podido tener sus efectos con respecto a la Federación de Productores de Banano, es decir, que ésta haya efectuado importaciones de polietileno durante la vigencia de dicha Resolución número 697 y con base en ella, es justo que tales importaciones estén amparadas con las exenciones que contine envirtud de lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959".

Y lo extraño es que esto se dijera despuésde 14 meses de estudio, y después de haber llegado a la conclusión de que la Resolución 697 del 17 de marzo de 1959, no se había dictado de conformidad con el contrato, o más claro, que el Gobierno no estaba obligado a conceder la exención de impuestos de que habla ella.

Si el Ministerio no reponía la Resolución 1652 —revocándola, como se le solicitaba, — porque consideraba ilegal y anticontractual la Resolución 697 que había concedido la exención ¿cómo podía suponerse que ésta obrara efectos jurídicos por el solo hecho de ser una orden del Ministerio de Hacienda?

Hecha la anterior necesaria digresión, véase cuáles son las contra-

puestas tesis jurídicas de la demanda y de los actos acusados de las autoridades de Aduana.

Según la demanda, las autoridades aduaneras estaban obligadas a reconocer la exención de impuestos concedida por el Ministerio de Hacienda a los cargamentos de polietileno en grumos por medio de Resolución 697 de 1959. Esta Resolución, al parecer de la sociedad demandante, había sido legalmente proferida, pues dice que el Ministerio de Hacienda era el competente para dictarla en ejecución del contrato y al tenor de las disposiciones que en éste se citan.

En las Resoluciones demandadas se sostiene, por el contrario, que las autoridades aduaneras no estaban obligadas a acatar lo resuelto por el Ministerio de Hacienda en su Resolución de 17 de marzo de 1959. Que no era el Ministerio competente para dictar en ese tiempo resoluciones sobre exención de impuestos aduaneros, sino la Dirección de Aduanas, y que, además no se habían cumplido los requisitos indispensables que el mismo contrato preveía para que se autorizara la exención respecto del pedido de un millón de libras de polietileno.

Sobre estos puntos la Sala considera:

El Decreto 1416 de 1940, citado en el contrato (en el de 1954 y en el de 1959) autorizó al Gobierno en su artículo 6º para conceder exenciones de derecho de aduana, etc., de los "elementos y maquinaria necesarias para la campaña contra la sigatoka" que introdujeran las entidades encargadas de la campaña contra la enfermedad del banano. Y en seguida se expidió la ley 40 de 1940, en cuyo artículo 1º se autorizó al Gobierno para contratar con ciertas entidades el combate contra plagas o enfermedades de los cultivos, facultándolo para estipular, hasta por diez años, las facilidades a que se refieren los Decretos 352 y 1416 de 1940, siempre que las campañas se hicieran en la forma allí establecida.

Como el contrato o los contratos entre el Gobierno y la Federación de Productores de Banano tenía por objeto que ésta hiciera específicamente la campaña contra la sigatoka, el decreto pertiene al caso es el 1416, que versa también concretamente sobre esta determinada campaña de sanidad vegetal.

En la cláusula sexta de los contratos se mencionan las disposiciones arriba citadas, y en el suscrito el 12 de marzo de 1959 se agrega la cita del Decreto 167 de 1957 porque este Decreto Legislativo, "por el cual se hacen unas exenciones", declaró que "para las importaciones de elementos destinados a la campaña contra la sigakota

y demás prerrogativas otorgadas a la industria bananera", continuaban vigentes los artículos 1º y 2º del Decreto 352 y el 6º del Decreto 1416 de 1940, así como el 1º de la ley 40 del mismo año y los contratos celebrados por el Gobierno con las compañías fruteras. Y agregó el Decreto 167": Estas importaciones estarán exentas del depósito previo, del pago de derechos de aduana, así como del impuesto de giros de que trata el artículo 9º del Decreto 107 de 1957, y se harán directamente por las compañías fruteras que tengan contratos celebrados con el Gobierno Nacional..."

¿Por qué se necesitó expedir este Decreto Legislativo para declarar vigentes las normas a que él se refiere? Porque el 31 de octubre de 1956 se había dictado otro Decreto Legislativo, el Nº 2630, "por el cual se toman medidas restrictivas en las exenciones aduaneras". Y este Decreto suprimió "todas las exenciones de derechos de aduana e impuestos de timbre establecidos en leyes o decretos anteriores". En el Decreto 2630 se exceptuaban de la restricción, naturalmente, "las exenciones consagradas en contratos vigentes, que se continuarán otorgando de conformidad con los términos de los mismos", y algunas otras. Sobraba repetir en el D. 167 de 1957 que continuaban vigentes las estipulaciones de exención de los contratos celebrados con anterioridad. Pero. con relación al futuro y teniendo en cuenta que el Decreto Ley 2630 solo había conservado unas pocas y determinadas exenciones de las anteriormente autorizadas, si resultaba necesario declarar, como se hizo en el 167 de 1957, que continuaban vigente las autorizaciones al Gobierno para conceder esas exenciones mediante contratos en relación con la sanidad vegetal en la industria del banano. Puede, pues decirse que el citado Decreto Legislativo solo modificó el 2630 del año anterior en el sentido de adicionar la lista de las exenciones que éste dejó subsistentes.

En cuanto al trámite para obtener las exenciones y a la autoridad competente para reconocerlas en el caso de cada pedido, dijo el Decreto Legislativo 2630 de 1956:

'Artículo 4º — Las entidades o personas favorecidas con las exenciones de derechos de aduana y del impuesto de timbre, decretadas en los artículos precedentes, deberán solicitar, en cada caso, ante la Dirección General de Aduanas el reconocimiento de su Derecho, la que lo hará previa comprobación de la legalidad del pedido"

"Paragráfo: — Las solicitudes a que se contrae este artículo se presentarán y tramitarán con el lleno de las formalidades previstas en el Reglamento General de Aduanas Nº 55 de 1932 debiéndosele acompañar de cuatro copias de la factura o facturas de pedido de la respectiva mercancía".

Sobra decir que, como entre las exenciones del D. L. 2630 se incluían las concedidas a entidades particulares mediante contrato, es a estas personas y a las favorecidas directamente por leyes especiales y enumeradas en el artículo primero del mismo decreto a las que se estaba sometiendo al trámite del artículo cuarto transcrito, según aparece muy claro del contexto del Decreto.

La competencia especial atribuída al Director General de Aduanas para resolver sobre la exención del correspondiente impuesto en cada pedido no es cosa nueva en nuestra legislación ni se desconocen con ella atribuciones del Ministro de Hacienda, de quien aquél depende. Ya en la ley 79 de 1831 "orgánica de aduanas', conocida aún como el Código de la materia, aparece en el Capítulo LXIV sobre 'Exenciones de Derechos", destinado a reglamentar la aplicación de éstas, la competencia especial del Director General de Aduanas. A ese capítulo pertenece el artículo 286, que dice:

"Toda solicitud de exención de derechos de aduana se presentará por escrito al Director General con cita de la ley, tratado público o contrato que la autorice. El certificado que expida el Director General sobre la legalidad de la exención solicitada, se presentará a la Aduana junto con el manifiesto, menos en los casos en que la correspondiente ley o contrato disponga otro procedimiento".

Y el artículo 287 autoriza al Director General y al Administrador de la Aduana respectiva para "exigir pruebas satisfactorias de que la mercancóa que va a importarse", por su naturaleza o cantidad está ampa rada por la ley, tratado público o contrato en que se autorice la exención de derechos".

En ninguna parte del contrato o de las leyes en él citadas se consagra procedimiento especial para la concensión de exenciones que arrebate al Director General de Aduanas la función que le atribuyen el artículo 286 del Código de la materia y, —en la época a que se refieren los hechos de la demanda —el artículo 4º del Decreto Legislativo 2630 de 1956.

La cita que en la motivación de los actos acusados se hace de otra varias disposiciones, acerca de la competencia exclusiva del Director General de Aduanas para resolver sobre exención de derechos aduaneros en cada caso; y las argumentaciones de la parte demandante en el sentido de que competía al Ministerio de Hacienda resolver sobre la exención del polietileno y que su resolución de exención Nº 697 de 1959 era legal y ajustada al contrato y debía por tanto ser obedecida, obligan a la sala a continuar dilucidando esas cuestiones fundamentales en esta litis.

En el orden cronológico, y después de la ley 79 de 1931 (Código de Aduanas) se mencionan en esta litis las siguientes disposiciones relacionadas con la atribución de decidir sobre reconocimiento de la exención de impuestos de importación.

El D.L. Nº 2218 de 1950 "por el cual se establece el nuevo Arancel de Aduanas y se dictan otras disposiciones" le confirió a la Dirección General de Aduanas, dependiente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la facultad privativa de aplicar e interpretar la legislación aduanera y arancelaraia y supervigilar su cumplimiento en todo el país, con el fin de hacer más eficaces y técnicos los servicios administrativos correspondientes".

Para interpretar la disposición anterior, que le dá tan importante facultad privativa al mencionado funcionario, no obstante seguir siendo dependiente del Ministerio, hay que tener en cuenta lo que se entiende por legislación aduanera; y parece obvio que esa expresión comprenda todas las materias normadas por la ley orgánica o Código de Aduanas, entre ellas los llamados derechos de aduana, así como lo relativo a la exención de ellos.

En ejercicio de la facultad que el anterior Decreto le había dado para ese efecto, el Gobierno dictó el Decreo 164 de 1951, por el cual se reorganiza la Dirección General de Aduanas".

Dijo el artículo 2º de este Decreto: 'El Director General de Aduanas, por sí o por intermedio del Director del Departamento Administrativo, ejerce las siguientes funciones: ..k) Proferir las resoluciones sobre exenciones de derechos de importación, de conformidad con las leyes, decretos, tratados y contratos sobre el particular, y conocer en general de todo lo relativo a la correcta aplicación de la legislación sobre la materia.

"1) — Aprobar o improbar las resoluciones de las Administraciones de Aduana referentes a devoluciones o reembolsos en los casos establecidos por la legislación aduanera".

En 1953 se dictó otro decreto reorgánico de la Dirección General de Aduanas, en el cual se estableció su personal y las correspondientes funciones y atribuciones. Este es el 2181 de ese año. Por él se derogan algunas disposiciones del anterior, entre ellas el artículo 2º que contiene los ordinales k) y 1) antes transcritos. Pero, en cambio, contiene disposiciones como las siguientes:

Art 2º Es atribución privativa del Director General de Aduanas el

firmar las resoluciones, comunicaciones y demás actos por medio de los cuales se fallan negocios adunaneros o se absuelven consultas. **Unicamente el Director General de Aduanas podrá dar órdenes a los administradores de Aduana y funcionarios de éstas "(Subraya la Sala)**.

Y sobre los Departamentos que integran la Dirección General de Aduanas y cuyas funciones aparecen detalladas en el Decreto, se lee lo siguiente:

"Artículo 7º Corresponde al Departamento Administrativo:
"i) — Proyectar las resoluciones sobre exención de derechos, de conformidad con las leyes, decretos, tratados y contratos sobre el particular".

¿Proyectar las resoluciones para la firma de quién? Naturalmente que para la del funcionario superior del organismo, el Director General de Aduanas, máxime si se considera que este funcionario venía ejerciendo esa atribución por lo menos desde la vigencia de la ley 79 de 1831, sin que se haya citado disposición alguna que se la hubiera quitado para dársela al Ministro de Hacienda. Al contrario, se observa quepara exigirle al Director General de Aduanas, mayor responsabilidad y mayor eficiencia en todo lo relacionado con el ramo aduanero que se colocó bajo sus inmedjatas y directas órdenes, — como fluye del D. L. 2218 de 1950 y del nuevo reorgánico dictado con base en las autorizaciones que aquel confirió al Gobierno, se le dió al citado funcionario un grado de autoridad y autonomía de que antes no había disfrutado. Los Departamentos que forman parte de la Dirección General de Aduanas son rodajes de ese organismo y dependen del Director. Los proyectos que preparan son obviamente para que él los autorice con su firma, convirtiéndolos así en decisiones suyas. Más aún, leyendo el artículo 7º en toda su integridad se observa que solo el proyecto de presupuesto para la propia Dirección General se elaboraba en el Departamento Administrativo para ser sometido al Ministro de Hacienda, según el ordinal g); y hubiera sobrado advertir que tal proyecto de presupuesto también tendría que ser autorizado por el Director General para ir al Ministerio como proyecto suyo. Sin la firma de aquél no sería el proyecto oficial de la organización a su cargo.

Pero si alguna duda quedara sobre la atribución que el mencionado Director tenía por aquella época (marzo de 1959, cuando dictó la Resolución 697 del Ministerio de Hacienda) para resolver sobre el reconocimiento de las exenciones de impuestos de importación en cada pedido al exterior que hicieran las entidades que por ley o por

contrato debieran gozar de ellas, esa duda la despejaría el artículo 4º del D. L. 2630 de 1956, que se transcribió arriba, el que estuvo vigente durante todo el año de 1959. Apenas después del 31 de diciembre de ese año vino a quedar modificada esa norma por el artículo 5º del Decreto 3387, dictado aquel día, por el cual se dispuso que en lo sucesivo aquellas exenciones serían reconocidas por el Director General de Aduanas **con la aprobación del Ministerio de Hacienda.**

En el caso de este litigio, es evidente que la autorización gubernamental, en términos genéricos — para eximir de derechos de importación los elementos que la Federación de Productores necesitara emplear en la contratada campaña contra la sigatoka estaba ya contenida en el contrato, con fundamento en disposiciones legales. Sobre esa base, el único requisito necesario para hacer efectivo lo pactado, era, según la propia cláusula sexta, que los correspondientes pedidos estuvieran previamente aprobados por el Ministerio de Agricultura. Solo con la comprobación respectiva procedía obtener el reconocimiento del derecho a la importación sin gravámenes, y este reconocimiento era una función atribuída al Director General de Aduanas y no al Ministro de Hacienda. La decisión que tomara el Director General sobre la exención solicitada podría ser objeto de recurso jerárquico, según las reglas generales del procedimiento gubernativo. Pero solo en el grado de apelación contra la providencia del Director de Aduanas le hubiera correspondido al Ministro de Hacienda intervenir en lo relativo al reconocimiento de exenciones para cada pedido.

El Administrador de la Aduana de Santa Marta violó las normas vigentes al nacionalizar varios cargamentos de polietileno sin tener a la vista el reconocimiento de la exención ordenada por su inmediato superior jerárquico, como lo establecen las disposiciones citadas arriba. Por eso cuando el Director General tuvo conocimiento de lo que estaba sucediendo ordenó, en ejercicio de sus atribuciones, al Administrador de la Aduana de Santa Marta que hiciera el cobro de los derechos respectivos. Este se efectuó, y sin reparo o recurso alguno de la sociedad interesada ante lo que ha considerado una violación de un derecho adquirido y pagó por los cargamentos ya nacionalizados y siguió pagando por los llegados con posterioridad al momento en que aquella decisión se le comunicó y se le hizo efectiva.

Es evidente que si el Ministerio no tenía competencia legal para conceder la exención de impuesto al pedido de polietileno en grumos, al pretermitir el necesario trámite e invadir la órbita de las facultades del Director General de Aduanas, su acto carecía de validez y las autoridades aduaneras no tenían por qué ordenar la devolución de los impuestos pagados por la sociedad demandante, una vez que ordenaron ese pago y él se efectuó.

La sola violación de la ley por el aspecto de la falta de competencia ministerial para ordenar la exención es suficiente para que ese acto (la Resolución 697 de 1959), no tuviera que ser acatada por las autoridades aduaneras. Ninguna fuerza obligatoria podía tener para ellas una orden ilegal del Ministro para un caso concreto. De conformidad con la doctrina del artículo 240 del C. de R. P. y M. los funcionarios públicos no pueden obedecer una orden superior cuando ella es manifiestamente contraria a normas de mayor jerarquía, como lo son en el presente caso las leyes y los reglamentos que habían establecido la competencia y el trámite o procedimiento para reconocer las exenciones de impuestos. Como el Ministro de Hacienda no era competente para dictar la Resolución 697 de 1959 (e incluso la dictó sin que se hubieran cumplido los requisitos contractuales, como quedó explicado por el propio Ministerio en las Resoluciones Posteriores) tal acto no podía obligar al Director de Aduanas. Y no se vé tampoco qué derechos pudiera la Federación derivar de la sola manifestación de voluntad del Ministro, si esta manifestación no se hacía en ejercicio de poderes legales.

En cambio, la orden dada por las autoridades aduaneras de pagar los impuestos por no haberse obtenido la exención con el lleno de los requisitos de la ley y del contrato resulta perfectamente ajustada a derecho. Además, ninguna incidencia tiene sobre la validez y operancia de los actos aquí impugnados la circunstancia de que el Ministerio de Hacienda no hiciera en forma adecuada la notificación de la Resolución 1652, por la cual revocó la 697 cuando cayó en la cuenta de que ni a él le correspondía haberla dictado, ni se habían reunido las condiciones contractuales y legales para que el millón de libras de polietileno se importara libre de impuestos, como lo explicó en la Resolución revocatoria. Por lo que respecta al procedimiento gubernativo de los actos impugnados en esta demanda, no hay duda de que se ajusta a los trámites que le correspondían.

Es necesaria conclusión de todo lo hasta aquí discurrido que las Resoluciones Nº 83 de 22 de noviembre de 1960, dictada por el Administrador de la Aduana de Santa Marta y por la cual denegó la devolución de los impuestos a la Federación de Productores de Banano, y DL 832 del 21 de noviembre de 1961 por la cual el Director de Aduanas confirmó la anterior, no violan las normas legales citadas en el libelo.

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 autorida de la ley, y oído el concepto de su colaborador fiscal,

F A L L A :

No se accede a las súplicas de la demanda

Cópiese, notifíquese y revalídese el papel comun empleado en la actuación.

Ricardo Bonilla Gutiérrez — Carlos Gustavo Arrieta — Alejandro Domínguez Molina — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez — Jorge A. Velásquez D. — Alvaro León Cajiao B. —

ORDEN NACIONAL

RESOLUCIONES DE LA CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES

I — CONTENCIOSO POPULAR DE ANULACION. La Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado reitera su doctrina según la cual la acción consagrada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941 procede aún contra actos de contenido individual y concreto, siempre que la demanda no impetre también el restablecimiento del derecho, en cuyo caso se trataría de la acción de plena jurisdicción o contencioso subjetivo, que consagra el artículo 67 de la misma Ley. Diferencias substanciales entre una y otra acción.

II — Auxilio Parcial de Cesantía: — Manera de reintegrar el que reciben aquellos trabajadores que, después de pensionados, reingresan al servicio oficial. Se trata, entonces, de cesantías excedentes a los 20 años que causan la pensión de jubilación, cuyo monto debe ser deducido totalmente de la cesantía definitiva, pues no hay norma que autorice el reintegro por cuotas.

Consejo de Estado — Sala de Negocios Generales — Bogotá, D. E., treinta y uno de julio de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente, Doctor ALFONSO MELUK).

"En ejercicio de la acción de plena nulidad o contencioso de anulación prevista en el artículo 66, en armonía con el 62 del Código Contencioso Administrativo" demanda el señor JULIO ENRIQUE OVIEDO MARTINEZ, por conducto de apoderado, lo siguiente:

"PRIMERO — Decretar la nulidad parcial de la Resolución número 1478 de octubre de 1961 de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, así:

"a)—Que es nulo el Parágrafo Segundo del ARTICULO TERCERO de dicha Resolución.

b)— Que es nulo el Parágrafo Tercero del ARTICULO TERCERO de la misma Resolución.

"SEGUNDO — Que es nula la Resolución, sin número o providencia de 7 de febrero de 1962, por la cual la Caja de Previsión Social de Comunicaciones negó la reposición de la Resolución 1478 de 14 de octubre de 1.961".

Como hechos anota, que por Resolución Nº 1478 de 14 de octubre de 1961, la Caja Nacional de Previsión Social de Comunicaciones, además de reajustar la pensión de jubilación del actor, resolvió lo siguiente:

"ARTICULO TERCERO: Reconocer a favor del mismo señor Oviedc, la suma de doce mil novecientos sesenta y cuatro pesos con uacrenta y ocho centavos ($12.974.48 Mcte. por concepto de cesantía definitiva.

Parágrafo Segundo: De esta cantidad se deducirá la suma de $ $. 10.650.oo que el beneficiario adeuda por concepto decesantías parciales que se le pagaron.

Parágrafo Tercero: Verificado el reintegro se cubrirá al beneficiario la diferencia o sea la suma de los mil trescientos veinticuatro pesos con cuarenta y ocho centavos ($2.324.48) mcte.

Invoca como violado el artículo 17 ordinal b) de la Ley 6ª de 1945.
La vista fiscal sostiene lo siguiente:

"Se demanda en el caso sub - judice la nulidad parcial de un acto administrativo que creó una situación personalísima al demandante, en relación con una deducción de la cesantía reconocida, luego la acción pública es improcedente, por cuanto a lo que se aspira con esta demanda es a restablecer el desequilibrio causado en el patrimonio exclusivo del señor Oviedo Martínez.

"En relación con casos similares, el Consejo de Estado tiene sentada la siguiente tesis y la Fiscalía se permite transcribir algunos apartes del auto dictado con fecha 29 de marzo de 1.955, T. LX Nos. 377 y 381 p. 468):

'Los actos creadores de situaciones generales impersonales y objetivas deben ser demandados mediante el ejercicio de la acción de nulidad, consagrada por el Art 66 de la Ley 167 de 1941, la que es pública, por estimarse que hay interés de la comunidad en la conservación del orden jurídico general. 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 art. 67 y 68, los cuales conceden a la persona perjudicada no solo 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. También la acción de nulidad procede contra los actos - condiciones que interesan a la so-

ciedad, tales como aquellos que colocan a una persona dentro de una situación general y reglamentaria que las inviste de un poder legal. Por ejemplo, un 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. Más 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... 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".

"Tal tesis ha sido ratificada parcialmente por el H. Consejo recientemente en orden a sostener que cuando del resultado de la acción de nulidad se siga necesariamente el restablecimiento del derecho como en el caso sub-judice no puede ejercitarse tal acción pública porque se desnaturalizarían los fines de ésta que son diferentes y de consecuencias distintas a los de la acción privada de plena jurisdicción.

"Así las cosas, no siendo la acción incoada la pertinente en este caso, no es posible tener en cuenta las peticiones de la demanda."

La Sala considera:

El Art. 66 del C.C.A. dispone:

"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".

Sobre esta acción de nulidad o contencioso popular de anulación, dijo esta sala en fallo de octubre 28 de 1.960:

"Tal acción de nulidad procede contra toda clase de actos, ya se trate de actos reglas, que se refieren a situaciones jurídicas de carác-

ter general, siendo por lo mismo impersonales, es decir, objetivos; contra los actos condiciones, o sea aquellos que colocan a una persona dentro de una situación general y reglamentaria que la invisten de un poder legal, en que en un momento dado pueden estar sometidas a su intervención, y contra los actos subjetivos que crean situaciones jurídicas atinentes exclusivamente al individuo, en forma personal, concreta, cuyo interés sólo a aquellas compete. Por eso el artículo 66 dice que la acción de nulidad "se aplica a todos los actos administrativos".

Y más adelante dice:

"Es decir, la diferencia entre la acción de nulidad pública o de contencioso objetivo, y la de plena jurisdicción o privada o de contencioso subjetivo, estriba en que en la primera, se plantea la simple nulidad del acto demandado, mientras que en la segunda, se puede, además, reclamar el restablecimiento del derecho, pero, sin que tal exigencia sea de carácter obligatorio, porque el término "podrá" a que se refiere el artículo 67 citado es opcional para el demandante."

Además, el término para la acción de plena jurisdicción es de cuatro meses, apartir de la notificación, publicación o ejecución del acto, en tanto que para la acción pública o de contencioso popular, esta puede intentarse en cualquier momento.

Las anteriores transcripciones están indicando que sí puede instaurarse la simple acción de nulidad o de contencioso popular, aún tratándose de ordenamientos de índole personal o de interés privado, siempre y cuando que no se solicite restablecimiento del derecho porque en este caso, ya sería una acción de plena jurisdicción, que contempla el Art. 67 del C.C.A.

Por lo tanto, la Sala se aparta de la tesis fiscal a este respecto, considera que la acción es procedente, y entra a decidir las peticiones de la demanda, previas las consideraciones siguientes:

El actor cita como violado el ordinal b) del Art. 17 de la Ley 6ª de 1.945, que dice: "la pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se hayan hecho licitamente al trabajador cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20 por ciento de cada pensión".

....Y agrega:

"Ahora bien, por el Parágrafo Segundo del ARTICULO TERCERO de la Resolución 1478, la Caja dice expresamente que la suma de

$ 10.650.00 que recibió Julio Enrique Oviedo fue "por concepto de cesantías parciales que se le pagaron", luego si esto es así, como en efecto lo es, se llega ineludiblemente a la conclusión de que la Caja al proferir los actos demandados violó de manera ostensible, flagrante, el ordinal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945. Porque si este ordinal preceptúa que las "liquidaciones parciales" de cesantía sólo pueden deducirse de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada mensualidad, la Caja no está facultada para descontar o deducir la cesantía parcial de $10.650.oo que recibió el actor en cuotas superiores a este porcentaje, que fue lo que precisamente hizo la referida entidad.

"Tampoco tiene facultad la Caja para desvirtuar el carácter de parcial que tiene la cesantía por $ 10.650.oo, porque cuando reconoce que sí es parcial en el Parágrafo Segundo, sin embargo la descuenta como si se tratara de cesantía definitiva.

"Por otra parte, no es acertada la tesis de la Caja al sostener que la cesantía definitiva que reconoce a mi poderante por medio del ARTICULO TERCERO de la Resolución 1478 de 1961, en cuantía de $ 12.974.48, no corresponde a tiempo excedente de servicio por el sólo hecho que fué prestado con posterioridad al reconocimiento de la pensión de jubilación. Basta, precisamente que haya sido posterior a los veinte años necesarios para la jubilación para que en el sentido exacto del término sea excedente. No importa que haya o no solución de continuidad entre uno y otro lapso de servicio. Desde el momento que pase de los 20 años es necesariamente tiempo excedente de servicio. Y en virtud de este carácter, la Caja está obligada a pagarle a mi representado en su totalidad la cesantía de $ 12.974.48 que le reconoció como definitiva, sin aplicarla, como lo resolvió mediante el Parágrafo Segundo, al pago de la cesantía parcial de $ 10.650.oo que percibió el demandante.

Si se analiza lo dispuesto en el Parágrafo Tercero del artículo tercero de la Resolución 1478, se llega igualmente, a la conclusión de que violó lo establecido en el ordinal b) del artículo 17 de la ley 6ª Porque para pagar la diferencia de $ 2.324.48, que resulta al deducir los $ 10.650.00 de los $ 12.974.48, una vez que se haya hecho la deducción ordenada por el Parágrafo Segundo, se está obrando sin facultad legal por parte de la Caja, ya que no hace cosa distinta a retener parte de la cesantía definitiva, que como se ha afirmado debe pagarse inmediatamente fue dictada la Resolución que origina esta demanda.

(el subrayado de la providencia).

A su vez la Caja de Previsión Social del Ministerio de Comunicaciones, en su providencia de febrero 7 de 1962, en que negó la reposición de la Resolución acusada, explica su negativa así:

"El artículo 9º de la Ley 64 de 1946, citado por el recurrente dice concretamente: Cuando la jubilación ocurriere después de una etapa de servicios mayor de veinte años, el trabajador recibirá además de la jubilación, la cesantía correspondiente al mayor tiempo servido"

"Y el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 se expresa: "**La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía,** menos en cuanto a los anticipos... (el subrayado viene en la providencia).

"Las anteriores disposiciones contemplan el caso de que el trabajador se jubile después de una etapa superior de VEINTE Años, es decir, que el derecho a tal pensión se haga efectivo en forma simultánea al retiro del servicio y después de los veinte años mencionados. En el caso de autos, el señor Julio E. Oviedo Martínez se hizo acreedor a la pensión de jubilación en el año de 1947 y se reintegró nuevamente al servicio público hasta el año de 1.961.

La nueva etapa de servicios cumplida por el recurrente no incide sobre el período pensional, pues éste ya estaba cumplido y el derecho, se repite, se había hecho efectivo.

"La Ley quiso favorecer a los trabajadores oficiales concediendoles el derecho a revisar las pensiones siempre y cuando cumplieran los requisitos ya conocidos, pero en ninguna parte ha establecido que las cesantías parciales o anticipos recibidos con posterioridad a la jubilación tengan el carácter de adicionales para descontarlas de las mesadas pensionales.

"Lo que sí es legal, es que los trabajadores tengan derecho a una nueva cesantía definitiva por cierto o más del reajuste de su pensión. Si el memorialista sirvió, después de haberse jubilado, por una etapa que asciende a los 13 años, es lógico que tenga derecho a su cesantía definitiva, que en este caso es de $ 12.974.46, pero como recibió la suma de $ 10.650.00 en cesantías parciales, durante esa nueva etapa, debe deducírsele de la totalidad de su cesantía definitiva y no de la pensión dejubilación que como ya se dijo, ocurrió en un momento anterior al de la etapa de 13 años.

"Por otra parte, el artículo 17 de la Ley 6ª de 1.945 dice: "La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantías, menos en cuanto a

los anticipos". Ese precepto se refiere al hecho de que el trabajador puede escoger entre pensión y cesantía, y la que una excluye a la otra menos en cuanto a los anticipos que podrán descontarse proporcionalmente de las mesadas. Se observa sin lugar a dudas que la Ley nuevamente contempla el caso de la simultaneidad, y se nota a simple vista que la cita de dicho precepto no viene al caso de autos por las razones que ya han sido analizadas, o sea que no es legal que las cesantías parciales se descuenten de la pensión de jubilación cuando éstas han sido solicitadas en razón de períodos que no incidan en el pensional."

En relación con la liquidación parcial de cesantías para los empleados oficiales, pueden presentarse dos situaciones distintas:

a) las cesantías parciales solicitadas y reconocidas antes de obtener la pensión de jubilación y:

b) las cesantías parciales decretadas con posterioridad a la pensión de jubilación, al ser llamado nuevamente el trabajador al servicio oficial.

No hay duda de que, el primer caso, las cesantías parciales anticipadas al trabajador, se irán deduciendo en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión, como lo establece el ordinal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945. Es un derecho consagrado por las normas citadas, que no le puede ser desconocido al empleado oficial.

En el segundo caso, ya se trata de un individuo pensionado, que entró nuevamente al servicio oficial, y que en su carácter de tal, obtuvo que le anticiparan nuevas cesantías parciales. Resulta entonces claro que en esta segunda etapa, ya no puede acogerse al mandato del ordinal b) del Art. 17 de la Ley 6ª de 1945, para que la cuantía de tales anticipos se le vaya deduciendo en cuotas que no excedan del veinte por ciento, porque ya existe una situación jurídica, distinta, que no contempla la citada norma.

La cesantía que se le liquida por los nuevos servicios como en el caso sub-judice se refiere ya a la cesantía excedente por mayor tiempo servido después de cumplidos los veinte años que le dieron derecho a la jubilación, y por ello mismo, tales anticipos no se oponen a la pensión de jubilación, como en el caso anterior, debiendo, por tanto, ser deducidos en su totalidad, de la cesantía definitiva; porque no existe norma que autorice para deducírsela en cuotas, derecho que sólo es específico para quienes van a ser jubilados, como claramente lo establece el ordinal b) del Art. 17 de la Ley 6ª de 1945.

Se tiene, entonces, que si al actor, como le reconoce en su demanda, le había sido liquidada una cesantía definitiva de $ 12.974.48 por los nuevos servicios prestados después de jubilarse, y en esta nueva etapa recibió la suma de $ 10.650.oo en cesantías parciales. La Caja Nacional de Previsión Social de Comunicaciones tenía que deducirse en su totalidad este valor, de la cesantía definitiva, es decir, en la forma como procedió, puesto que no estaba facultada legalmente para hacer la deducción por medio de cuotas, por las razones antedichas.

Ello está indicando que la Caja Nacional de Previsión Social de Comunicaciones, estuvo ajustada a derecho, y por lo tanto, no es el caso de acceder a la anulación de la providencia acusada, por carencia de fundamento legal.

En Consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, en desacuerdo con la vista fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autorida de la Ley, NIEGA las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente, previa devolución del administrativo

Jorge de Velasco Alvarez — Alfonso Meluk — Guillermo González Charry — José Urbano Múnera — Marco Martínez B. (Secretario).—

NOTA DE LA RELATORIA: Por la Ley 4ª de 1966, artículo 7º, la pensión de jubilación no excluye la cesantía.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I — ORDEN NACIONAL

Capítulo Cuarto: **Suspensiones provisionales de actos del orden nacional.**

ORDEN NACIONAL

RESOLUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE REGULACION ECONOMICA. — SUSPENSION PROVISIONAL

TERCEROS Y PARTE INTERESADA. — Alcance de estos conceptos, según el Decreto número 2733 de 1959, sobre derecho de petición y procedimientos administrativos. Parte interesada es aquella que ha intervenido en la actuación por haber solicitado la producción del acto o por haberse opuesto a ella en el proceso gubernativo. Por tercero se entiende el sujeto determinado con vinculación directa al acto proferido o que se va a proferir, pues si por tercero, según el artículo undécimo del Decreto citado hubiere de entenderse todo aquel que tenga un interés indirecto en un acto, desaparecería la noción de acto regla pues no hay decisión de la persona pública que no afecte a la comunidad.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., 18 de marzo de 1963.

(Consejero Ponente: Dr. GABRIEL ROJAS ARBELAEZ)

REF: Expediente Nº 2.078 relacionado con la nulidad de la Resolución Nº 00085 de 26 de marzo de 1962, emanada de la Superintendencia de Regulación económica.

A petición del doctor César Castro Perdomo, el señor Consejero doctor Francisco Eladio Gómez G., por auto de fecha septiembre 24 de 1962, determinó suspender provisionalmente la Resolución número 00085 del 26 de marzo del mismo año, expedida por la Superintendencia de Regulación Económica, y por la cual, según reza el subtítulo, "se fijan precios de venta de algunas marcas de cigarrillos de producción nacional". La providencia fue suplicada por los doctores Gonzalo Gaitán y Gonzalo Vargas Rubiano, apoderados respectivamente de las Compañías "Colombiana de Tabaco S. A." y "Nacional de Gigarrillos, Limitada".

Lo dispuesto en la Resolución anteriormente mencionada es lo siguiente:

"Artículo Primero —Con retroactividad al 25 de enero del presente año, fíjanse los siguientes precios de venta de los cigarrillos de producción nacional, marcas "Pielroja" y "El Nacional", en la siguiente forma:

Precios de fábrica al por mayor: Setenta y cinco pesos con sesenta centavos ($ 75.60) por gruesa de ciento cuarenta y cuatro cajeti-

llas (144) de diez y ocho (18) cigarrillos cada una.

Precios al detal: Sesenta centavos ($ 0.60) por cajetilla de diez y ocho (18) cigarrillos cada una.

Parágrafo. — Para los demás cigarrillos de producción nacional continuarán rigiendo los precios fijados por Resolución número 439 de octubre 30 de 1959, originaria del Ministerio de Fomento.

"Artículo Segundo.—Contra la presente providencia no procede ningún recursopor la vía gubernativa, en concordancia con lo establecido por el artículo decimoséptimo del Decreto 2733 de 1959"

En la demanda se estimaron como disposiciones violadas los Decretos números 1653 de 1960 y 2733 de 1959. El primero en el artículo 12, ordinales (a) y (d); artículo 8º, ordinal (a); artículo 15, ordinales (a), (b), (c) y (d); y artículo 17. El segundo en los artículos 10, 11, 12 y 13.

En el auto de suspensión provisional se estimó que la alegada violación manifiesta del Decreto 1653 de 1960, era materia propia de la sentencia, por ser cosa que debería ser ventilada dentro del debate probatorio; y que como además el demandante había pedido la suspensión provisional sobre la base de la manifiesta violación de los artículos 10, 11, 12 y 13 del Decreto número 2733 de 1959, eran estas disposiciones las que determinaban al juzgador el campo dentro del cual debía moverse para decidir sobre la materia accesoria. El demandante se conformó con este proveído, pues, como se ha visto, fueron las Compañías las que recurrieron en súplica. En consecuencia, también tiene delimitada la Sala de Decisión la materia de su pronunciamiento.

La controversia resulta circunscrita al artículo segundo de la Resolución acusada, en el que se establece que contra lo dispuesto en ella, no cabe ningún recurso por la vía gubernativa, en concordancia con lo dispuesto en el artículo décimo séptimo del Decreto 2733 de 1959. También queda circunscrita, como es de rigor en el procedimiento contencioso-administrativo, por el concepto de violación que hubiera expuesto el demandante. Y éste dijo al respecto:

"El concepto de la violación consiste en lo siguiente: en que mediante el acto demandado se decretó un alza de cigarrillos sin que hubiera mediado previamente una actuación administrativa ante la Superintendencia de Regulación Económica, con citación y audiencia de las dos partes interesadas, o de lo que es más grave todavía, sin haber oído al grupo que iba a quedar obligado con el alza, esto es, al con-

sumidor. Pero dentro de la actuación para nada contaron los consumidores de cigarrillos nacionales, y éstos eran los que más interés tenían en la actuación".

"Por otra parte tales normas disponen que toda providencia debe notificarse personalmente, cuando afecta a terceros. Considero que el alza afecta la economía del pueblo colombiano consumidor de cigarrillos, y que mientras esta notificación no se surta, no se puede ordenar el cumplimiento de la medida alcista. Por otra parte, el artículo 13 hace obligatorios los recursos gubernativos, cuando éstos son procedentes, y en el caso debatido, se dispuso por el contrario que contra aquella providencia no cabía ningún recurso, con lo cual se violaron las disposiciones que conceden tales recursos".

Consta de los considerandos de la Resolución número 00085 de 1962, originaria de la Superintendencia de Regulación Económica, que el señor Jorge Pérez Vásquez, en su calidad de Presidente de la Compañía Colombiana de Tabaco, pidió se autorizara un reajuste en el precio de venta para algunas marcas de cigarilos de producción nacional, yque la División Técnica, Sección de Costos, de la Superintendencia, adelantó estudios sobre la documentación allegada, y en virtud de ellos se concluyó con que era justificado el reajuste y conveniente para los fiscos departamentales. Sí hubo, entonces, una actuación administrativa, y como, dicho eso en el acto acusado, tiene fuerza mientras no se desvirtúe debe entenderse que lo que el actor significa es que una vez producida la providencia, debió haber sido notificada no sólo al interesado o peticionario, sino también a la otra parte: a una parte indefinida que él denomina "el consumidor". Pero además de lo imposible de tal notificación, se tiene que lo que los artículos citados por el actor entienden por parte interesada es aquella que ha intervenido en la actuación por haber solicitado la producción del acto o haberse opuesto a ella en el proceso gubernativo. Y lo que se entiende por "tercero" es el sujeto determinado con vinculación directa al acto que se profirió o se va a proferir. Porque si por los "terceros" de que habla el parágrafo 1º del artículo 11 del Decreto 2733 de 1959, se hubiere de entender todo aquel que tenga un interés indirecto en un acto, ningún acto administrativo sería "acto regla" porque no hay decisión de la persona pública que no afecte a la comunidad.

Por el aspecto contemplado, las disposiciones invocadas por el demandante no pueden haber sido violadas por la Resolución 00085 de 1962, proferida por la Superintendencia de Regulación Económica.

En lo que respecta al artículo 13 del Decreto 2733 de 1959, en el que se dispone que salvo disposición legal en contrario proceden por la vía gubernativa los recursos de reposición y de apelación, es evi-

dente que la Resolución acusada, acto de carácter subjetivo, particular y concreto, como lo califica la providencia recurrida, y como se deduce de la motivación que tuvo en cuenta la Superintendencia de Regulación Económica, es contradictoria del artículo en referencia. Y como no se trata en el caso de la notificación misma, que es actuación consecuencial del acto administrativo, pero no parte integrante de éste, sino de un ordenamiento imperativo contenido en el acto cuya anulación se pide, no parece que sea posible al Juzgador desentenderse del artículo segundo para tenerlo como algo exótico y prescindir de su consideración a la luz de las normas superiores. Al proferir el artículo segundo de la Resolución número 00085, varias veces mencionada, la Superintendencia de Regulación económica estatuyó sobre una materia ajena al pronunciamiento que se le había solicitado, pero no por eso la disposición respectiva puede escapar a la revisión de legalidad que es el objeto del recurso contencioso-administrativo.

Pero, precisamente, porque en la providencia recurrida se determinó que no había fundamento legal para suspender provisionalmente el artículo 1º de la Resolución acusada, porque el demandante no recurrió de dicho auto, y por la distinta materia a que se refieren aquel artículo y el segundo, se ve que si la suspensión es procedente respecto al artículo segundo, no lo es respecto al primero. Por lo mismo la Sala de Decisión CONFIRMA la providencia suplicada en cuanto por ella se suspende provisionalmente el artículo segundo de la Resolución número 00085 del 26 de marzo de 1962, expedida por la Superintendencia de Regulación Económica, y la REVOCA en cuanto se suspende el artículo primero.

No hay lugar a formular ninguna consideración relativa a la admisión de la demanda, como lo pide el doctor Gonzalo Vargas Rubiano, porque el punto debe ser materia del recurso de reposición de que sólo puede conocer el ponente.

Se concede personería a los doctores Gonzalo Vargas Rubiano y Gonzalo Gaitán para representar en este Juicio a las Compañías "Nacional de Cigarrilos Limitada" y "Colombiana de Tabaco S. A.", respectivamente.

Notifíquese y cópiese.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Jorge A. Velásquez. — Gabriel Rojas Arbeláez. Alvaro León Cajiao B., Secretario.

ORDEN NACIONAL

RESOLUCIONES MINISTERIALES — SUSPENSION PROVISIONAL

I. SUSPENSION PROVISIONAL. — Razones que impiden el examen de situaciones de hecho que se interpongan entre la norma que se reputa violada y el acto que la infringe. La doctrina tradicional del Consejo de Estado a este respecto, que hoy se reitera, se funda en la naturaleza misma de la medida provisoria, en motivos de oportunidad y en razones de índole procesal. Dado que la eficacia de las pruebas está condicionada en gran parte a su publicidad y contradicción; como el pronunciamiento ha de hacerse en la etapa inicial del juicio y sobre la base de los documentos aportados por el actor únicamente; y como hasta ese momento, la prueba se mantiene, realmente, secreta para las otras partes, no ofrece los mismos factores de certeza que arrojaría una vez que fuera publicada y contradicha. La situación, hasta ese momento, refleja un desequilibrio entre el actor y las partes eventuales, que obliga al juzgador a ser especialmente cauteloso en la apreciación de la probanza y prudente en la adopción de un criterio sobre la materia litigiosa.

II. SANCIONES POLICIVAS QUE PUEDE IMPONER EL MINISTERIO DEL TRABAJO. Límites cuantitativos. — **El artículo 12 del Decreto 617 de 1954, en armonía con los preceptos 17 y 485 del C. S. del T., inviste del carácter de jefes de policía a ciertos funcionarios del Ministerio del ramo para todo lo relacionado con la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones sociales y, en consecuencia, los faculta para imponer "multas desde cincuenta pesos hasta dos mil pesos según los casos..." La conclusión que ineludiblemente se desprende de la sola lectura de tales preceptos, es la de que la atribución está limitada en relación con la cuantía de la sanción, en forma tal que en ningún evento se puede sobrepasar el máximo fijado por la ley, cualquiera que sea el procedimiento adoptado por la administración. Ello significa que una vez que se haya impuesto la multa de dos mil pesos, o que se haya llegado a esa cantidad por la acumulación de sanciones sucesivas menores, no se puede decretar otra en razón del mismo hecho, ni conminar al infractor con nuevas penas.**

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., 21 de marzo de 1963.

(Consejero Ponente: Dr. CARLOS GUSTAVO ARRIETA)

Admítese la demanda formulada por la empresa "Ladrillos Moore S. A." contra las resoluciones números 0235 de 26 de septiembre de 1962 y 1769 de 17 de octubre del mismo año, originarias del Ministerio del Trabajo. En consecuencia, se dispone:

1º—Notifíquese al señor Agente rel Ministerio Público;

2º—Comuníquese esta providencia al señor Ministro del Trabajo;

3º—Fíjese el negocio en lista por el término de cinco días a fin de que las partes y el Agente del Ministerio Público soliciten las prue-

bas que a bien tengan.

SUSPENSION PROVISIONAL

Por resolución número 0235 de 26 de septiembre de 1962, el Jefe de la División de Asuntos Individuales del Ministerio del Trabajo impuso a la Fábrica de Ladrillos Moore, S. A., una multa de dos mil pesos, y la conminó con sanciones sucesivas y diarias por la misma cantidad, si no reiniciaba actividades en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la notificación de dicha providencia. Las causas determinantes de esa medida, como lo expresa el acto administrativo en cita, fueron la paralización de las labores, realizada por orden de la empresa el 8 de septiembre de 1962, a las 11 a.m., la comunicación simultánea de ese hecho a los trabajadores, y el requerimiento para que éstos reclamaran sus prestaciones sociales y sus salarios, actuaciones que la administración pública estimó contrarias a lo prescrito por el artículo 466 del C. S. del T. y, por consiguiente, sancionables con arreglo a las atribuciones 485 y 486 del mismo estatuto laboral.

Recurrida en apelación, la providencia fue confirmada por medio de la Resolución número 1769 de 17 de octubre del mismo año, dictada por el Ministerio del Trabajo. En la nueva decisión se objetan las razones de hecho y las consideraciones de derecho alegadas por la empresa, se analizan las pruebas aportadas en el curso de la actuación administrativa, y se insiste en que la sociedad actora quebrantó las disposiciones superiores invocadas en el acto recurrido.

Las dos resoluciones fueron acusadas ante el Consejo de Estado por la empresa, y en la correspondiente demanda se solicita, además de la declaratoria de nulidad de tales ordenamientos, el restablecimiento del derecho lesionado y la suspensión provisional de aquellas decisiones. Considera la sociedad actora que los actos administrativos enjuiciados violan los artículos 3º, 60, 62, 445, 464, 465, 466, 485 y 486 del C. S. del T.; 15 de la Ley 57 de 1905; 308, 424 y 425 del C. P.; 10 del de C. de P. P., y 16, 26, 30, 39, 120, numeral 3º, y 55 de la C. N. lo mismo que el Decreto 992 de 1930.

Los hechos determinantes de la acción y de la suspensión provisional se pueden resumir así:

El 8 de septiembre de 1962, los obreros de la empresa paralizaron la fábrica de ladrillos. Tal ocurrencia, constitutiva de fuerza mayor, obligó a la sociedad demandante a declarar unilateralmente terminados los contratos de trabajo con justa causa y sin lugar a preaviso, con arreglo al artículo 62, ordinal 8º, del C. S. del T., en armonía con el 60, numeral 5º, de la misma obra. Como los trabajadores no re-

clamaron sus prestaciones, el 13 de septiembre se hizo la correspondiente consignación ante la justicia laboral, pero aquéllos, considerando que sus derechos no habían sido reconocidos en su totalidad, demandaron a la empresa en juicio que sigue su curso. La sociedad actora, además, solicitó la autorización para despedir el personal amparado por fuero sindical, y en tales negocios se dictaron algunas sentencias en las cuales se acepta la realidad del sabotaje consumado entre el 1º y el 8 de septiembre. Los funcionarios del Ministerio comprobaron la paralización de la fábrica, y los trabajadores, alegando que ellos estaban facultados por una convención colectiva, reconocieron que habían limitado la producción. Posteriormente, alentados por las resoluciones atacadas, ocuparon las instalaciones, se adueñaron de ellas, y dieron cuenta a la empresa, al público y a las autoridades de tales hechos. Informado y consultado por el Inspector Distrital, el Ministerio, en oficio 01293, afirmó que los contratos se habían terminado sin el lleno de los requisitos legales y que, por consiguiente, la empresa había sido sancionada. La conciliación que se había iniciado desde un principio quedó rota en virtud del sabotaje de los trabajadores, y la administración pública, en lugar de desautorizar la ocupación violenta de la fábrica, estimuló a los responsables a proseguir sus actuaciones delictivas.

Para efectos de resolver sobre la suspensión provisional solicitada, la Sala unitaria considera:

A juzgar por el contenido de los actos administrativos enjuiciados, el motivo determinante de las sanciones impuestas fue la orden impartida por los directores de la empresa y cumplida en su totalidad por la gerencia, de cerrar las actividades de la fábrica de ladrillos sin llenar las formalidades prescritas por el artículo 466 del Código Sustantivo. Pero de acuerdo con los planteamientos de la demanda, la paralización del trabajo y la terminación de los contratos fueron apenas la consecuencia necesaria del sabotaje realizado por los obreros en la semana anterior al 8 de septiembre de 1962; ante esa ocurrencia, constitutiva de fuerza mayor y de una insubordinación, la sociedad actora se vio obligada a proceder de la manera indicada, ciñéndose para ello a lo que disponen las leyes vigentes.

Como es fácil observar, la controversia planteada gira principalmente en torno de estos puntos concretos: ¿Fueron los trabajadores quienes voluntariamente disminuyeron el ritmo normal de sus actividades en la semana mencionada, y quienes clausuraron las labores de la fábrica el 8 de septiembre de 1962? ¿Fue ese el motivo de la actitud asumida por la empresa en la fecha indicada? ¿O la sociedad demandante procedió a cerrar su establecimiento industrial sin que existiera causa alguna para ello? ¿Indican los sucesos ocurridos que se

estaba en presencia de la hipótesis contemplada y regulada en los artículos 60 y 62, ordinales 5º y 8º, respectivamente, o en el supuesto del artículo 466? Cabe anotar que para efectos de despejar adecuadamente los interrogantes formulados es indispensable indagar hechos y analizar con detenimiento las probanzas que los acrediten, ya que la conclusión que se adopte depende en su totalidad del estudio que se haga sobre los elementos de convicción que aparecen en el expediente y de la manera como sucedieron aquellos acaecimientos.

Constante y reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado que la suspensión provisional de una decisión no es viable cuando el ostensible quebrantamiento de las disposiciones superiores de derecho que se citan en la demanda **no surge del cotejo** directo e inmediato de ellas con el acto administrativo impugnado, sino de situaciones de hecho que se interponen entre la norma objetiva y la providencia que la infringe. Esa doctrina se funda en la naturaleza misma de la suspensión, en motivos de oportunidad y en razones de orden procesal. Como la eficacia de la prueba está condicionada, en gran parte, por los requisitos de su publicidad y contradicción; como el pronunciamiento ha de hacerse en el período inicial del juicio y sobre la base de los elementos aportados por el actor únicamente; y como hasta ese instante los posibles interesados y el Ministerio Público ignoran la existencia del litigio y no han tenido oportunidad de techar los documentos acompañados, de analizar las otras demostraciones, ni de incorporar al negocio las que consideren necesarias en orden a desvirtuar las primeras, la prueba en realidad se mantiene secreta para las otras partes y, de consiguiente, no ofrece los mismos factores de certeza que arrojaría una vez que fuera publicada y contradicha. Hay, pues, hasta ese momento, una situación de desequilibrio y de desigualdad entre el demandante y los eventuales impugnadores, situación que obliga al juzgador a ser especialmente cauteloso y prudente en la apreciación de las pruebas y en la adopción de un criterio sobre la materia litigiosa.

Apoyada la Sala unitaria en esa reiterada doctrina, estima que no puede entrar, en este momento procesal, al análisis de los hechos que sirvieron de base a los actos administrativos acusados, o de los que se invocan en el libelo, ni a decretar la suspensión provisional con fundamento en pruebas no publicadas ni contradichas. En la sentencia definitiva habrá oportunidad para fijar el criterio del fallador sobre aquellas situaciones de hecho y sobre las consideraciones de derecho en que se apoyan los actos enjuiciados y los ataques dirigidos contra ellos.

Las consideraciones anteriores inciden directamente sobre la mayor parte de los planteamientos de la demanda, lo mismo que sobre el problema de la competencia. Para la empresa, los trabajadores disminuyeron intencionalmente el ritmo de sus actividades ordinarias y suspendieron sus labores, hechos que autorizan al patrono para terminar en forma unilateral y con justa causa el contrato (artículos 60 y 62), y cuyo estudio va al conocimiento privativo de la jurisdicción laboral. Para la administración, en cambio, el cierre intempestivo ordenado por la empresa en momentos en que se adelantaban conversaciones para la solución de un diferendo colectivo, constituye un caso de **policía** que cae dentro de la órbita de sus atribuciones (artículos 12 del Decreto 617 de 1954 y 485 del C. S. del T.).

Ciertamente que la aceptación de los hechos, tal como los plantea el Ministerio en los actos administrativos impugnados, no descarta la intervención de los jueces en la decisión de ciertos aspectos sustanciales del conflicto, pero también es evidente que algunas fases del negocio no escapan al conocimiento de las autoridades policivas, ya que éstas tienen, como función principal, la de mantener la situación actual mientras se soluciona el problema. ¿Hasta dónde puede llegar en tales eventos la **función policiva** y en dónde empieza la actividad jurisdiccional? La demarcación de los dos campos, en cada caso particular, no se puede hacer sino mediante el conocimiento exacto de las situaciones de hecho que hayan surgido y de la apreciación de las pruebas que las acrediten. La valoración anticipada de aquéllas y de éstas puede llevar al prejuzgamiento, máxime si se considera que hasta el momento, las otras partes ignoran la existencia del juicio y no se ha realizado el debate probatorio que permita apreciar, en su justa medida, la realidad de los hechos y la fuerza demostrativa de las probanzas. En tales circunstancias, y teniendo en cuenta que los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, es aconsejable y jurídico que el punto se resuelva en la sentencia definitiva y no en un simple auto de suspensión provisional.

Dice el artículo 17 del Código Sustantivo que la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones sociales está encomendada a las autoridades administrativas, y el 485 dispone que esas labores se atribuyen al Ministerio del Trabajo, organismo que las ejercerá en la forma que determinen el gobierno o el mismo despacho. En armonía con los anteriores preceptos, el artículo 12 del Decreto 617 de 1954, sustitutivo del 486 de la obra citada, inviste del carácter de **jefes de policía** a ciertos funcionarios del Ministerio para todo lo relacionado con aquella vigilancia y, en consecuencia, los faculta "para imponer multas desde cincuenta pesos ($ 50.00) hasta dos mil pesos ($ 2.000.00), según los casos..."

De la simple lectura de esas normas se desprende, a manera de conclusión ineludible, **que la atribución es limitada en relación con la cuantía de la sanción y que, por lo tanto, la administración no podrá superar ese tope.** Es claro que los funcionarios pueden adoptar el sistema de la conminación o el de la imposición directa de la multa, e inclusive están facultados para combinarlos en forma tal, que en la providencia se ordene una sanción y se intime con otras semejantes para el caso de que no sean obedecidos. Pero lo que sí resulta claro del texto analizado, es que **en ningún evento se puede sobrepasar el máximo fijado por la ley, cualquiera que sea el procedimiento adoptado por la administración pública.** Ello significa que **una vez que se haya impuesto la multa de $ 2.000.00, o que se haya llegado a esa cantidad por la acumulación de sanciones sucesivas menores, no se puede decretar otra en razón del mismo hecho, ni conminar al infractor con nuevas penas.**

Lo expresado anteriormente indica que el Ministerio, al imponer la multa de dos mil pesos a que se refiere el artículo 1º de la Resolución 0235 de 26 de septiembre de 1962, agotó, para el caso, la facultad que le concede el artículo 12 del Decreto 617 de 1954 en relación con el monto de la sanción. Por consiguiente, no podía ordenar otras multas por ninguna cantidad, ni intimar a la empresa con nuevas penas de igual naturaleza, ya que esa conminación, además de inoperante y baldía, constituía un medio ilegítimo de coacción. Esta conclusión se colige de la simple comparación de la norma que se estima violada con el acto administrativo que la infringe, sin que entre esos dos extremos se interponga ninguna situación de hecho, cosa que no ocurre en la mayor parte de los planteamientos de la demanda. Por ese motivo, y **porque la transgresión es ostensible y patente,** esta Sala unitaria estima que **procede la suspensión provisional** del artículo 2º de la Resolución 0235 de 26 de septiembre de 1962, y la de la parte decisoria de la Resolución 01769 de 17 de octubre del mismo año, pero sólo en cuanto esta última confirma la parte mencionada de la anterior providencia.

Unicamente se han considerado las situaciones de hecho y de derecho anteriores a los dos actos administrativos enjuiciados, en razón de que sólo ellas pueden tener incidencia directa sobre la legalidad de tales decisiones. Lo que haya ocurrido posteriormente, como la alegada ocupación de la fábrica, es algo que escapa, en esta oportunidad procesal, a los poderes del juzgador, ya que este momento no es el indicado para decretar el restablecimiento del derecho lesionado, si es que en realidad se quebrantó la situación jurídica subjetiva de la sociedad demandante en la forma expresada en el libelo.

En mérito de lo que se deja expuesto, la Sala unitaria resuelve:

1º—Suspéndese provisionalmente el artículo segundo (2º) de la Resolución 00235 de 26 de septiembre de 1962, dictada por el Jefe de la División de Asuntos Individuales del Trabajo;

2º—Asímismo, suspéndese provisionalmente la Resolución número 01769 de 17 de octubre de 1962, expedida por el Ministerio del Trabajo, pero sólo en cuanto por ella se confirma el artículo segundo suspendido en el punto anterior;

3º—Niégase la suspensión provisional de los demás ordenamientos contenidos en las dos resoluciones enjuiciadas.

Téngase en cuenta lo dispuesto por el artículo 97 del Código Contencioso Administrativo.

Reconócese al doctor Francisco Sáenz Arbeláez como apoderado especial de la sociedad actora.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Gustavo Arrieta. — Alvaro Cajiao B., Secretario.

* * *

ORDEN NACIONAL

DECRETOS REGLAMENTARIOS — SUSPENSION PROVISIONAL

I. PODER REGLAMENTARIO. (Interpretación de la ley por Decreto Reglamentario). **Además de los dos sistemas de interpretación de la ley a que alude el Código Civil en sus artículos 25 y 26, existe uno intermedio: el de los reglamentos expedidos por el órgano ejecutivo (artículos 120, numeral 3º, de la Constitución y 12 de la Ley 153 de 1887), que se caracterizan por su generalidad y que son obligatorios cuando se ajustan al estatuto fundamental y a la ley. Se expiden siempre que el mandato superior necesite alguna forma de desarrollo para su adecuada aplicación. Es claro que el Gobierno puede, por medio de esta clase de actos, interpretar el mandato legal que desarrolla, pues si su misión esencial es ejecutar la ley; si para realizar esa función necesita valorarla y entenderla en todos sus detalles y en su contenido cabal; y si la reglamentación es el primer paso en el camino de su aplicación, forzosamente tendrá que interpretarla para efectos de desenvolverla en el correspondiente decreto. Ciertamente que la interpretación que se hace por vía de reglamento no tiene el grado de autenticidad y obligatoriedad que la que se formula con autoridad por el legislador, pero también es evidente que mientras no sea contraria a un mandato constitucional o legal, es imperativa, a tenor de lo ordenado por el artículo 12 de la Ley 153 de 1887. Validez del planteamiento anterior frente a la doctrina tradicional de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado según la cual en el reglamento debe desenvolverse todo aquello que lógica y necesariamente está contenido en la ley; y armonía que guarda con la novedosa estructuración del poder reglamentario, recientemente formulado por esta Corporación.**

II. CORRECCION DE LA DEMANDA. — No puede hacerse en el escrito en que se sustenta el recurso de súplica, pues si ello se admitiese, habría que aceptar que la demanda, por sí sola, no constituye la base del juicio ni señala sus límites y que, al conocer del recurso, se puede decidir sobre un libelo diferente al estudiado por el sustanciador.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., 22 de marzo de 1963.

(Consejero Ponente: Dr. CARLOS GUSTAVO ARRIETA)

El doctor Bernardo Zuleta demandó del Consejo de Estado la declaratoria de nulidad y la suspensión provisional de algunas disposiciones del Decreto 1902 de 18 de julio de 1962, por considerar que infringen los preceptos superiores de derecho que cita en el libelo. El Consejero sustanciador negó la segunda solicitud por estimar que en este caso no aparecía, de manera ostensible, la alegada violación de aquellas normas. Suplicada oportunamente esa decisión, se entra a desatar el recurso.

Consideraciones de la Sala:

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

1º—LA INTERPRETACION DE LA LEY. De acuerdo con los preceptos 25 y 26 del Código Civil, sólo al legislador corresponde fijar, con autoridad y de manera general, el sentido de una ley oscura, y a los jueces y funcionarios públicos toca señalar, por vía de doctrina, el entendimiento de las disposiciones cuando han de aplicarlas en los casos concretos y en los negocios administrativos. La interpretación de la primera clase se hace únicamente por medio de una nueva ley que aclare el contenido de la anterior y que se entiende incorporada a esta última (artículos 14 del C. C. y 58 del C. de R. P. y M.), y la de la segunda se hace en las decisiones jurisdiccionales y administrativas. Aquélla tiene un sentido general y objetivo, y es obligatoria; ésta tiene carácter particular y subjetivo, y no es impositiva.

Pero entre esos dos sistemas de interpretación existe uno intermedio: el de los reglamentos expedidos por el órgano ejecutivo (artículos 120, numeral 3º, de la C. N. y 12 de la Ley 153 de 1887). Estos se caracterizan por su generalidad, y son obligatorios cuando se ajustan al estatuto fundamental y a la ley. Se expiden siempre que el mandato superior requiera en alguna forma un desarrollo para efectos de su adecuada aplicación.

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

Ciertamente que la interpretación que se hace en el reglamento

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

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

2º—LA JURISPRUDENCIA. La doctrina del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia invocada en el libelo sostiene que en el reglamento debe desenvolverse todo aquello que lógica y necesariamente está contenido en la ley. Esas apreciaciones son rigurosamente exactas, pero llevan a conclusiones distintas a las deducidas por el actor. En efecto, para saber lo que de manera lógica y necesaria surge de los textos, o para indagar cuál es el espíritu de ellos, es indispensable hacer su valoración y medir sus alcances. Por lo tanto, el decreto, fruto de su análisis, no viene a ser otra cosa que la consignación, en reglas obligatorias, de aquella interpretación previa. Así, pues, de acuerdo con la jurisprudencia invocada, el órgano administrativo sí tiene los poderes jurídicos indispensables para interpretar la ley por vía general y abstracta. El reglamento, tal como aparece concebido por la doctrina en estudio, no es más que el entendimiento del estatuto desarrollado, en cuanto suministra las fórmulas impersonales y objetivas que la ejecución de los textos superiores requieren.

3º—EL PODER REGLAMENTARIO. La función administrativa es la actividad del Estado encomendada al órgano ejecutivo y dirigida a la aplicación de la Constitución, de la ley y de los ordenamientos inferiores, y la potestad reglamentaria es la función administrativa en cuanto desarrolla en normas generales y abstractas aquellos mismos estatutos para efectos de su adecuada realización. La causa primaria de ese poder especial se encuentra en la necesidad de ejecutar en su

plenitud el derecho objetivo, y el límite de su ejercicio se halla en el mismo estatuto que se pretende reglamentar y en la obligación de aplicarlo en su totalidad.

Esa doctrina fluye natural y espontáneamente del artículo 120, numeral 3º, de la Constitución Nacional. Al Presidente de la República corresponde, en desempeño de su función administrativa general y de su poder reglamentario en particular, expedir las órdenes, resoluciones y decretos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Así, el campo en que se mueve aquella potestad está fijado por la obligación de realizar íntegramente el mandamiento superior. Tanta será la materia reglamentable, cuanta aparezca de la necesidad de aplicar correctamente el estatuto que se desarrolla.

La función reglamentaria no es una actividad mecánica de reproducción de textos. En su ejercicio hay un proceso previo de análisis y evaluación de la ley, de indagación de sus fines, y de investigación sobre su contenido general y sus alcances parciales. Como producto de ese estudio, el reglamento debe ser el reflejo fiel del estatuto desarrollado y de cada uno de sus preceptos. En él puede desenvolverse, no sólo lo que aparezca explícitamente regulado en la ley, sino también lo que se encuentra implícito en ella.

Cabe observar, además, que ordinariamente la ley es un conjunto armónico de reglas vinculadas entre sí y que se complementan recíprocamente. Es cierto que cualquiera de sus normas regula una hipótesis determinada, pero también lo es que en muchos casos, los diversos supuestos están relacionados de manera tal, que sólo mediante el análisis integral del estatuto se tiene el sentido de sus ordenamientos parciales. Hay, pues, en la ley, un sistema normativo y congruente que en ocasiones no permite el estudio individualizado e inconexo de sus preceptos. De allí que para analizar la juridicidad de un reglamento, no sea aconsejable, como método único de estudio, el del cotejo directo y aislado de cada mandato legal con la disposición inferior que lo desarrolla. En muchas ocasiones es indispensable la comparación general de los dos estatutos o, por lo menos, de los grupos de preceptos de uno y otro que se encuentren íntimamente relacionados. Sólo mediante este complejo proceso de valoración se puede llegar, en ciertos eventos, a conclusiones exactas sobre la legalidad del reglamento o de sus normas aisladas.

Las apreciaciones anteriores cobran mayor valor en el caso de la Ley 135 de 1961, con la cual se inicia en Colombia un nuevo y conveniente sistema de legislación. Ella comienza con una serie de enunciados doctrinarios, destinados a señalar los principios básicos en que

se apoya y las finalidades que persigue, principios y finalidades que dan la medida de su interpretación total y parcial. En su artículo 1º se expresa que la ley está inspirada en el bien común y en la necesidad de extender el derecho de propiedad, y que sus objetivos son los de modificar la estructura social agraria, eliminando y previniendo la inequitativa concentración de la propiedad rural o su fraccionamiento antieconómico; los de dotar de tierra a quienes no la poseen, especialmente cuando los interesados han de incorporar a ella su trabajo personal; y los de obtener la adecuada explotación de los terrenos incultos o deficientemente utilizados, el aumento de la producción agrícola y ganadera, la creación de condiciones favorables a los pequeños arrendatarios y aparceros, y la conservación, defensa y utilización de los recursos naturales. En la norma se agrega que los fines enumerados servirán de guía para la reglamentación, interpretación y ejecución de la ley. Por consiguiente, para la Sala es forzoso partir de tales bases para efectos de decidir sobre la suspensión provisional solicitada.

Primer Cargo. Se afirma en la demanda que la primera disposición del Decreto 1902 de 1962 viola el artículo 13, ordinal b), de la Ley 135 de 1961, por cuanto en la norma reglamentaria se dice, contra lo expresado por el mandato reglamentado, que las diligencias administrativas sobre extinción del dominio se podrán adelantar a solicitud de cualquier persona. Esa intervención, se agrega, no está prevista en la ley y, por lo tanto, el precepto inferior no podía concederla.

Como se anota acertadamente en la providencia suplicada, la participación de los terceros en la iniciación de aquellas diligencias está respaldada por el artículo 45 de la Carta, circunstancia que debió tener presente la administración pública al tiempo de elaborar el reglamento. Esa observación, por sí sola, sería suficiente para desechar el cargo en esta oportunidad de la suspensión provisional, pero no sobra anotar que esa intervención estaba explícitamente contemplada en el artículo 29 del Decreto 59 de 1938, y que el actual reglamento no hizo cosa distinta que reproducir la antigua disposición. Cabe decir, además, que aún sin el ordenamiento enjuiciado hubiera sido posible la ingerencia de terceros en la iniciación de tales diligencias, ya que el Decreto Legislativo 2733 de 1959 les concedía implícitamente ese derecho. Por lo tanto, la violación de la ley no aparece en el grado de evidencia que requiere la suspensión provisional.

Segundo cargo. Los artículos 23 y 24 de la ley conceden a los propietarios un término para solicitar pruebas y definen cuáles son las conducentes y legalmente eficaces para demostrar la explotación económica. No obstante, en el decreto se otorga al Instituto la facultad de estimar discrecionalmente la procedencia de las pruebas pedidas. Si la ley establece una tarifa legal, el reglamento no puede desconocer ese hecho.

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

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

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

Es fácil observar que el decreto se remite, en relación con la procedencia de las pruebas, a lo que sobre ese punto se establece en el

ordenamiento principal. Por consiguiente, si es esa la orientación general del reglamento, el artículo 4º de ese estatuto tendrá que interpretarse en armonía con el espíritu de todo el decreto, sin desvincular la norma reglamentaria atacada de la anterior y de la siguiente.

La disposición enjuiciada no es un precepto autónomo, ni constituye en sí misma una regulación jurídica independiente, sino que es parte integrante de un conjunto normativo en el cual cada ordenamiento parcial debe entenderse de acuerdo con la estrecha relación que tiene con los otros del mismo estatuto y con los ordenamientos correspondientes de la ley. De allí que cuando el artículo 4º del decreto dice que se ordenará practicar las pruebas solicitadas "que el Instituto considere conducentes y legalmente eficaces", no se le está otorgando a ese organismo una facultad discrecional para decretar las que a su juicio sean viables o para rechazar las que, de acuerdo con su criterio, no lo sean, sino que se le está confiriendo una atribución estrictamente reglada por la ley y por el decreto. La circunstancia de que el artículo 4º del reglamento no se remita expresamente al 24 del estatuto desarrollado, nada significa si se tiene en cuenta que tanto el 3º como el 5º ordenan esa remisión. Si la ley y el decreto han dicho cuáles son las pruebas conducentes y eficaces, el Instituto carece de autonomía para obrar en forma distinta y, por lo tanto, tendrá necesariamente que estimar como tales las que ya tienen esa calificación legal, y considerar como improcedentes aquellas que no aparezcan en la enumeración de los artículos 24 de la ley y 3º y 5º del reglamento. Ciertamente que las expresiones utilizadas en la norma acusada, si se estudian aisladamente y sin relacionarlas con los otros preceptos del mismo estatuto, pudieran sugerir la idea de cierta discrecionalidad, pero una interpretación de esa laya no sería compatible con las otras disposiciones del reglamento, las cuales, al reflejarse sobre el artículo 4º, dan la medida exacta de su contenido y alcance, e imprimen al verbo "considerar" un significado jurídico condicionado y limitado por los otros preceptos del mismo decreto.

Así, pues, es esa la interpretación que nace del estudio conjunto de las tres normas del reglamento, y es la misma que surge de la ley. En ésta se le otorgan facultades al Instituto para rechazar aquellas pruebas que no figuren en la enumeración del artículo 24, como se vio anteriormente, y en el decreto se reconoce expresamente esa atribución y se desarrolla en el sentido de que la ejercitará de acuerdo con la calificación legal sobre viabilidad de las pruebas. El análisis conjunto de los artículos 3º, 4º y 5º del reglamento lleva, a primera vista, a tales conclusiones. Esas normas están estrechamente concatenadas entre sí y, por lo tanto, no se puede fraccionar su estudio sin romper la unidad jurídica del sistema. Las anteriores apreciaciones se hacen con apoyo en el artículo 30 del C. C. Dice esa norma que el

contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía, principio que es aplicable a la interpretación de los reglamentos, como lo es igualmente a la de los contratos por mandato expreso del artículo 1622 del mismo estatuto civil.

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

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

No sería valedera la objeción de que en el escrito de súplica se subsanan las deficiencias anotadas, porque ese memorial, en lo tocante a los puntos que se estudian, constituye una verdadera aclaración o corrección de la demanda, como se desprende de las adiciones en sí mismas y de las propias palabras del actor, cuando dijo: "Como es posible que en el libelo de demanda no se haya explicado con claridad

la violación flagrante, ostensible y manifiesta de normas positivas de derecho, me permito ampliar los cargos de la demanda para sustentar el recurso ante la Sala de Decisión, con algunas consideraciones previas". Si se admitiera el procedimiento de enmendar el libelo en el escrito de súplica, habría que aceptar previamente que la demanda, por sí sola, no constituye la base del juicio ni señala sus límites, y que, al conocer del recurso, se puede decidir sobre un libelo diferente del estudiado por el Consejero sustanciador.

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

Así, pues, la finalidad de la prueba complementaria es la de adicionar los datos recogidos directamente por los funcionarios públicos y por los peritos, cuando éstos, por sí solos, no demuestran la explotación económica. Se parte de la base de que aquellos documentos operan cuando la inspección ocular no ha arrojado los elementos de convicción necesarios para acreditar el aprovechamiento de la tierra y hay, por lo tanto, serios motivos de duda en relación con ese hecho. Precisamente, por razón del fracaso de la prueba principal y en vista de la situación de justificada incertidumbre sobre la verdad de la explotación, el legislador quiso que se utilizaran los medios de prueba más convincentes, a fin de evitar todas las posibilidades de fraude a la ley.

En vista de los claros términos utilizados en el precepto y del criterio que orientó la reforma, ¿podría sostenerse que los certificados de las instituciones bancarias particulares son admisibles, como pruebas complementarias, de la misma manera que los de la Caja de Cré-

dito? ¿Encaja esa hipótesis en el espíritu del nuevo estatuto? La Sala estima que no, por las siguientes razones:

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

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

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

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

sidera que con tales documentos se trata de demostrar la verdad de aquella explotación; y

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

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

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

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

Disponen los artículos 1º y 6º de la Ley 200 que "la posesión consiste en la explotación económica del suelo por medio de **hechos positivos del dueño, como plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica"**, y que a favor de la Nación se opera la extinción del derecho de dominio sobre los predios rurales en los cuales se dejare de ejercer la posesión en la forma in-

dicada, durante diez años continuos. Siguiendo el mismo criterio, en los artículos 1º y 24 de la Ley 135 se dijo que entre los objetivos de ese estatuto está el de "fomentar **la adecuada explotación económica** de tierras incultas **o deficientemente utilizadas**", y que el aprovechamiento agrícola y ganadero de los predios se acreditará por medio de una inspección ocular en la cual se indiquen los cultivos que existan o las señales evidentes de que ha habido una explotación "regular", las extensiones cubiertas con pastos artificiales o las labores regulares de limpieza y conservación, si se trata de pastos naturales, y el número de cabezas de ganado que se encuentre en el predio.

Las disposiciones anteriores sugieren claramente la idea de que para gozar de la protección especial ofrecida por el artículo 27 de la Ley 135, es indispensable que a la fecha de la resolución exista una explotación económica adecuada, supuesto que sólo se realiza cuando las labores que se adelantan "en forma estable y no de manera accidental y transitoria", como se expresó en el artículo 5º del Decreto 59 de 1938. Esa explotación de que hablan las leyes citadas debe aparecer en el momento de expedirse la resolución, circunstancia que indica a las claras que para esa fecha deben haberse cumplido los siguientes requisitos: a) Existencia de las plantaciones, sementeras o ganados, hechos que por sí mismos sugieren que ha corrido el término necesario para que los trabajos agrícolas o pecuarios se encuentren en el estado actual; y b) Adelantamiento de las labores encaminadas a la preparación del terreno a efecto de ponerlo en condiciones apropiadas para la siembra o para el sostenimiento de la ganadería, tales como el desmonte, destronque, arado, irrigación, limpieza, etc., actividades que requieren la utilización de otro lapso adicional.

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

Quinto Cargo. La demanda precisa la objeción así: "Respecto del

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

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Decisión de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

1º—Decrétase la suspensión provisional del numeral b) del artículo 7º del Decreto número 1902 de 1962, expedido por el Gobierno Nacional, pero sólo en la parte que dice "u otras instituciones bancarias".

2º—En lo demás, confírmase la providencia suplicada.

Cópiese, notifíquese y comuníquese.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Alvaro Cajiao Bolaños, Secretario.

ORDEN NACIONAL

DECRETOS REGLAMENTARIOS — SUSPENSION PROVISIONAL

INCAPACIDAD TECNICA DE OFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES. Se niega la suspensión provisional del literal a) del artículo 95 del Decreto Nº 0570 de 1960, dictado por el Gobierno Nacional como reglamentación de la Ley 126 de 1959. Lo que hizo el preceptо acusado no fue otra cosa que desarrollar aquello que ya estaba tácitamente regulado en el Art. 49 de la Ley 126 de 1959 y en el 71 del Regla- de Calificación y Clasificación de las Fuerzas Militares. No puede sostenerse, por por lo tanto, que la norma acusada haya creado situaciones distintas a las ya exis- mento de de Calificación y Clasificación de las Fuerzas Militares. No puede sostenerse, infringió la disposición reglamentada, mal podían quebrantarse los preceptos cons- titucionales que se citan en la demanda, ya que la supuesta violación de éstos sólo se produciría a través de la transgresión de aquélla. Por otra parte, el artículo 39 de la Ley 126 de 1959 se limita a definir uno de los tantos casos de incapacidad técnica, pero sin regular el fenómeno en su totalidad. Por ello no puede decirse que lo preceptuado en esa norma impida al Gobierno desarrollar en reglamento otros motivos que aparecen implícitos en la ley, especialmente si se considera que ellos son similares al contemplado en el artículo que se comenta, razonamiento que cobra mayor fuerza al estudiar la disposición del artículo 81 del Reglamento de Calificación y Clasificación, en la cual se expresa cuáles son los Oficiales que deben figurar en la lista número 5 con la calificación de "malos".

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, 1º de abril de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. CARLOS GUSTAVO ARRIETA)

Admítese la demanda formulada por el doctor Bernardo Enrique Peralta Ortiz contra el artículo 95, literal a), del Decreto número 0570 de 9 de marzo de 1960, dictado por el Gobierno Nacional. En consecuencia se dispone:

1º—Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público;

2º—Comuníquese esta providencia al señor Ministro de Guerra y notifíquese personalmente al Secretario General de ese despacho;

3º—Fíjese el negocio en lista por el término de cinco días a fin de que las partes y el Agente del Ministerio Público soliciten las pruebas que a bien tengan.

Suspensión Provisional

El doctor Bernardo Enrique Peralta Ortiz demanda del Consejo de Estado la declaratoria de nulidad y la suspensión provisional del artículo 95, literal a), del Decreto número 0570 de 9 de marzo de 1960, expedido por el Gobierno Nacional, por estimar que ese ordenamiento

reglamentario desborda los límites de la ley que desarrolla y, de consiguiente, infringe los artículos 16, 20, 26, 30, 55, 120, 166 y 169 de la Constitución Nacional.

Se considera:

En auto de 22 de marzo de 1963, dictado en el negocio de Bernardo Zuleta y con la ponencia del Consejero que suscribe esta decisión, dijo la Sala:

"La función administrativa es la actividad del Estado encomendada al órgano ejecutivo y dirigida a la aplicación de la Constitución, de la ley, y de los ordenamientos inferiores, y la potestad reglamentaria es la función administrativa en cuanto desarrolla en normas generales y abstractas aquellos mismos estatutos para efectos de su adecuada realización. La causa primaria de ese poder especial se encuentra en la necesidad de ejecutar en su plenitud el derecho objetivo, y el límite de su ejercicio se halla en el mismo estatuto que se pretende reglamentar y en la obligación de aplicarlo en su totalidad.

"Esa doctrina fluye natural y espontáneamente del artículo 120, producción de textos. En su ejercicio hay un proceso previo de análnumeral 3º, de la Constitución Nacional. Al Presidente de la República corresponde, en desempeño de su función administrativa general y de su poder reglamentario en particular, expedir las órdenes, resoluciones y decretos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Así, el campo en que se mueve aquella potestad está fijado por la obligación de realizar íntegramente el mandatamiento superior. Tanta será la materia reglamentable, cuanta aparezca de la necesidad de aplicar correctamente el estatuto que se desarrolla.

"La función reglamentaria no es una actividad mecánica de relisis y evaluación de la ley, de indagación de sus fines, y de investigación sobre su contenido general y sus alcances parciales. Como producto de ese estudio, el reglamento debe ser reflejo fiel del estatuto desarrollado y de cada uno de sus preceptos. En él puede desenvolverse, no sólo lo que aparezca explícitamente regulado en la ley, sino también lo que se encuentre implícito en ella".

Con apoyo en la doctrina transcrita se estudiarán los planteamientos de la demanda. Dice el artículo 49 de la Ley 126 de 1959 que la separación del servicio se clasifica según su forma y causales, así: "a) Retiro temporal con pase a la reserva... 5º—Por incapacidad técnica..." En el precepto no se señala el alcance de la última expresión, pero ella indica, por lo menos, que comprende todos aquellos casos en que el oficial haya sido incluído en la última categoría de la clasificación, máxime si se considera que en ella sólo aparecen quienes a

través de sus actuaciones hayan demostrado, entre otras cosas, la más baja capacidad militar.

De acuerdo con el artículo 71 del Reglamento de Calificación y Clasificación de las Fuerzas Armadas, allí se establecen cinco listas para efectos de seleccionar el personal: En la número 1 se incluyen los "sobresalientes"; en la número 2, los "distinguidos"; en la número 3, los "satisfactorios"; en la número 4, los "deficientes"; y en la número 5, los "malos". Puede decirse, pues, que los que figuren en esta última lista que constituyen la escala inferior, no han acreditado capacidad técnica alguna. Por consiguiente, ellos quedan implícitamente comprendidos en la regulación del artículo 49 de la Ley 126 de 1959, y pueden ser retirados con pase a la reserva.

Así, pues, lo que se hizo en el artículo acusado no fue otra cosa que desarrollar aquello que ya estaba tácitamente regulado en la ley y en el Reglamento de Calificación y Clasificación. Por lo tanto, no se puede sostener que la norma enjuiciada haya creado situaciones distintas a las ya existentes o que con ella se haya violado el mandato superior de la ley. Y si no se infringió la disposición reglamentada, mal podían quebrantarse los preceptos constitucionales que se citan en la demanda, ya que la supuesta violación de éstos sólo se produciría a través de la transgresión de aquélla.

Conviene anotar, además, que el artículo 39 de la Ley 126 de 1959 se limita a definir uno de los tantos casos de incapacidad técnica, pero sin regular el fenómeno en su totalidad. Por esa circunstancia, no se puede sostener que lo preceptuado en esa norma impida al gobierno desarrollar en el reglamento otros motivos que aparecen implícitos en la ley, especialmente si se considera que ellos son similares al contemplado en el artículo que se comenta. Este razonamiento cobra mayor fuerza al estudiar la disposición 81 del Reglamento de Clasificación, en la cual se expresa cuáles son los oficiales que deben figurar en la lista número 5, con la calificación de "malos".

Las razones enunciadas son suficientes para que esta Sala unitaria considere que no es procedente la suspensión provisional solicitada.

En mérito de lo expuesto, no se accede a decretar la suspensión provisional pedida en la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Gustavo Arrieta. — Alvaro L. Cajiao Bolaños, Secretario.

NOTA DEL RELATOR.—Por sentencia de fecha 17 de julio de 1964,

el Consejo de Estado falló definitivamente el negocio en que recayó este auto. En ella, se transcribió íntegramente la providencia sobre suspensión provisional, y se agregó que como las razones en ella expuestas no habían sido desvirtuadas durante la tramitación del juicio, no era del caso declarar la nulidad del literal a) del artículo 95 del Decreto Reglamentario número 570 de 1960. Por otra parte, en sentencias de 17 de julio de 1964 (caso del subteniente Edelberto Castrillón, Exp. Nº 1801) y de 20 de agosto del mismo año (caso del teniente Antonio Chamorro Hormaza, Exp. Nº 2115), la Corporación negó la nulidad de los decretos que ordenaron el retiro del servicio activo del Ejército en forma temporal alegando la "incapacidad técnica de los actores". Las demandas alegaban la inconstitucionalidad del mencionado precepto, solicitaban que se declarara su inaplicabilidad y, como consecuencia, la nulidad de los actos administrativos enjuiciados que en él se habían apoyado. La negativa del Consejo se apoyó, en uno y otro caso, en que los argumentos presentados para sostener la inaplicabilidad del literal a) del artículo 95 del Decreto 570 de 1960 eran idénticos a los sostenidos en la demanda del doctor Peralta Ortiz, por lo cual los razonamientos de la sentencia del 17 de julio eran aplicables en un todo a los respectivos casos **sub-lite.**



ORDEN NACIONAL

ACTOS DE LA OFICINA DE CONTROL DE CAMBIOS

SUSPENSION PROVISIONAL

SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTOS APLAZATORIOS. — Tratándose de actos que deniegan lo pedido, pero no de un modo absoluto sino aplazando la decisión para cuando se demuestre un hecho, un auto de suspensión provisional ningún efecto jurídico podría producir: no suspendería los efectos del acto negativo, ya que tal resultado sólo puede obtenerse mediante la decisión contraria, y no es el momento de la sentencia. Sólo la propia oficina que lo profirió puede, ante la demostración de la inexistencia del motivo en que se basó para dictarlo, expedir el acto positivo y favorable que haga cesar inmediatamente los perjuicios causados por la negativa temporal.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., cinco de abril de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Sustanciador: Dr. RICARDO BONILLA GUTIERREZ)

REF: Exp. Nº 2321. Autoridades Nacionales. Actor: Carlos Ignacio Echeverri y otro. Nul. actos Comunicaciones Nos. 4395 agosto 31, 1962 y L-5487 octubre 31, 1962, Oficina de Registro de Cambios. Providencia que resuelve la solicitud de suspensión provisional.

El doctor Carlos Galindo Pinilla, obrando como apoderado de los señores Carlos Ignacio Echeverry, mayor y vecino de Medellín, y Pedro Scurdís, mayor y vecino de Barranquilla, presenta demanda en ejercicio de la acción de plena jurisdicción para que se declaren nulos "los actos de la Oficina de Registro de Cambios contenidos en las comunicaciones números Ss 4395 de agosto 31 de 1962 y L-5487 de octubre 31 de 1962", por medio de los cuales la citada oficina se abstuvo de autorizar los reembolsos a que allí se hace mención. Y como restablecimiento del derecho de los demandantes que el mismo apoderado considera lesionado, solicita que se otorgue la autorización denegada por dicha oficina.

Por venir la demanda ajustada a las disposiciones legales ha de admitirse.

Y como en ella se pide decretar la suspensión provisional de los actos impugnados, el suscrito Consejero sustanciador procede a resolver sobre esta petición, como lo dispone el artículo 95 del C.C.A.

SUSPENSION PROVISIONAL

En la demanda se pide la suspensión provisional de los actos acusados.

Son éstos los oficios que al apoderado de los demandantes le fueron dirigidos por el Jefe de la Oficina de Registro de Cambios, distinguidos con los números Ss 4395 del 31 de agosto de 1962 y L-5487 del 31 de octubre del mismo año. En el segundo se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra el primero confirmando lo decidido en éste. Y en el oficio del 31 de agosto se les hacía saber a los interesados la decisión de **"abstenerse de tramitar los reembolsos en mención".**

Lo solicitado a dicha Oficina por quien representaba a los señores Echeverry y Sourdís era la autorización para obtener el pago o reembolso de las importaciones que ellos habían efectuado bajo el amparo de los registros de importación de libros números 19.445 y 6.963 de Medellín (noviembre 28/1961 y abril 27/1962) a favor de Carlos Ignacio Echeverry; y número 2.735 de Barranquilla (marzo 20 de 1962) a favor del señor Pedro Sourdís.

Según aparece de la exposición de hechos de la demanda, tales registros de importación fueron expedidos, respectivamente, por los siguientes valores: US$ 21.475, US$ 21.475 y US$ 14.250.

Dice el hecho cuarto que "Previamente y conforme a las exigencias legales, los importadores constituyeron sendos depósitos de garantía en el Banco de la República por los siguientes valores, en su orden: $ 1.438.83, $ 1.438.83 y $ 954.75".

Y el hecho 5º dice: "La mercancía, originaria de España y procedente de Panamá, llegó al puerto de Barranquilla en cuya aduana se nacionalizó con el cumplimiento de todos los requisitos legales".

En el hecho séptimo se dice que los oficios citados de la Oficina de Cambios en los cuales se niega la autorización para obtener las sumas en dólares que les permitan a los demandantes importadores pagar a sus despachadores del Exterior les ha producido el perjuicio de quedar en mora con mengua de su crédito comercial.

La razón alegada por la Oficina de Registro de Cambios para abstenerse de autorizar el reembolso es la de que "está en conocimiento de que la Dirección de Aduanas investiga actualmente las importaciones de libros realizadas por las personas que usted apodera, como se desprende del numeral 5º del certificado expedido por la Aduana de Barranquilla, que se sirvió remitirnos", según lo expresa el primero de

los oficios impugnados al dar respuesta a la petición formulada al respecto por el apoderado de los señores Echeverry y Sourdís.

En dicho numeral, transcrito en el oficio 4395, se habla de que la División de Aduanas, a petición de la de Barranquilla, inició una investigación administrativa relacionada con "la importación de varios cargamentos de libros llegados por vías marítimas y aéreas procedentes de la República de Panamá y la Zona del Canal en meses anteriores", agregando que la Aduana no tiene conocimiento del resultado de dicha investigación.

La demanda se funda, en primer lugar, en el artículo 66 del C.C.A., por cuanto afirma que la motivación de los actos impugnados es falsa, ya que estos se fundan en que existe una investigación relativa a las importaciones de libros **efectuadas por los demandantes,** mientras que el certificado no se refiere concretamente a ellos, como se deduce del claro texto transcrito.

Además del motivo anterior, acusa la demanda los actos de la Oficina de Registro de Cambios como violatorios de los artículos 6º, 29 y 40 de la Ley 1ª de 1959. Según la demanda, estos artículos fueron violados porque siendo los libros de libre importación, sólo requieren, conforme al artículo 6º, el registro, que se obtiene previa comprobación de haber constituído el depósito correspondiente en el Banco de la República. Y añade la demanda: "Cumplidos estos dos requisitos legales, puede realizarse el despacho de la mercancía y procederse luego a su nacionalización en las Aduanas. Por lo demás, una vez otorgado el Registro, el importador adquiere un derecho para comprar los certificados de cambio. (Artículo 39 de la Ley 1ª de 1959) para el pago de la mercancía importada, a cuyo efecto el artículo 40 de la misma Ley 1ª, impone a la Oficina de Registro de Cambios el deber correlativo de autorizar el canje de los certificados por giros en monedas extranjeras". Más adelante dice la demanda: "La ley consagra en este caso el ejercicio de una potestad absolutamente reglada; dados determinados presupuestos legales, la Administración debe resolver en el sentido que manda la ley y no en ningún otro. Pero ni en el evento de existir una investigación administrativa de carácter aduanero sobre importaciones para las cuales se haya solicitado el reembolso, podría el Registro de Cambios negarse a autorizarlo, pues la ley no lo ha previsto así, ni mucho menos ha señalado ese tipo de sanciones para infracciones al régimen aduanero, sanciones que, por lo demás, no podría imponer la Oficina de Registro de Cambios sino las propias autoridades aduaneras, conforme a los procedimientos establecidos por la ley".

La petición de suspensión provisional se funda concretamente en la falsa motivación alegada y en que el perjuicio notoriamente grave

que denegar la autorización del reembolso les ha ocasionado a los demandantes está acreditado con las cartas de los despachadores extranjeros: El crédito de los demandantes se ha demeritado y la mora les causará los intereses respectivos.

Para resolver sobre la demanda de suspensión provisional de los actos acusados se considera:

El artículo 94 del C.C.A. dice: "El Consejo de Estado y los tribunales administrativos **pueden suspender los efectos de un acto o providencia** (se subraya) mediante las siguientes reglas:

"1º—Que la suspensión sea necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave.

"Si la acción es la de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma positiva de derecho.

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

La ley ha querido poner en manos de la jurisdicción contencioso administrativa la facultad de suspender los efectos del acto cuya anulación se demanda y si existe a su juicio la manifiesta violación alegada de una norma superior y se trata de demanda de simple nulidad la suspensión ha de decretarse, aun cuando no se demuestre perjuicio. Si la demanda pide, además, el restablecimiento del derecho quebrantado —como en el caso presente— es necesario que también el perjuicio se compruebe, en orden tan solo a la viabilidad del pedimento de suspensión.

El perjuicio que a los demandantes se sigue con la negativa o la simple abstención temporal de concederles la autorización pedida es evidente.

Pero en cuanto a la falsedad, o más bien (en este caso) ausencia de comprobación del motivo invocado por la Oficina de Registro de Cambios para abstenerse de autorizar el reembolso, la prueba presentada con la demanda no es ya la misma que dicha oficina tuvo en cuenta para motivar sus impugnadas decisiones. Allá se tuvo a la vista un certificado de la Administración de la Aduana de Barranquilla que sólo se conoce aquí fragmentariamente por la transcripción que del numeral 5º se hace en el oficio 4.395 del 31 de agosto. Para formarse un criterio exacto sobre la relación que el numeral 5º del certificado tenga con los otros hechos que él afirma sería menester tener a la

vista el texto completo de dicho certificado que fue el que tuvo en cuenta la Oficina de Registro de Cambios. Por lo demás, la inclusión en él de un hecho de carácter general relativo a una investigación sobre importaciones de libros efectuadas por las vías marítimas y aéreas de la Zona del Canal y de la República de Panamá en meses anteriores, parecería indicar que las importaciones de los señores Echeverry y Sourdís a que debe referirse el certificado estuvieron comprendidas dentro de esa afirmación, pues de otro modo no se explicaría la razón para agregar a un certificado sobre unas nacionalizaciones concretas de mercancías lo que dice el numeral transcrito. Y vale la pena observar que en el segundo de los oficios impugnados que lleva fecha 31 de octubre, se dice que el apoderado de los demandantes no presentó ningún argumento nuevo, ni se conoce el resultado de la investigación a que se aludía en el oficio anterior.

Quiere esto decir que no presentó dicho apoderado, en apoyo de su recurso de reposición, una prueba que desvirtuara lo afirmado en el numeral 5º de la certificación de la Aduana de Barranquilla que la Oficina de Registro de Cambios tuvo a la vista para resolver sobre la autorización del reembolso de que se trata.

La situación probatoria que se muestra con los documentos acompañados con la demanda es diferente. Aquí se han presentado certificados expedidos con fecha 18 de octubre de 1962 por la misma Aduana y relativos a las importaciones de las mercancías amparadas con los registros números 19445 de noviembre 28 de 1961 y 6963 de abril 27 de 1962 y 2.735 de 20 de marzo de 1962, en los cuales no aparece ninguna observación relativa a que haya investigaciones pendientes. De ellos resulta que se cumplieron todos los requisitos para la nacionalización de los cargamentos a que se refieren. Es probable que estos certificados no hubieran alcanzado a presentarse en tiempo para apoyar la solicitud de reposición, aun cuando la decisión que recayó sobre ella no fue expedida hasta el 31 de octubre.

Además, se ha traído con la demanda el original del oficio número 0479, de fecha 14 de febrero de 1963, dirigido al doctor Carlos Galindo Pinilla por el Jefe de la Subdivisión de Arancel de la Dirección General de Aduanas. En este oficio, para responder a un memorial en que el doctor Galindo solicita una certificación sobre si en dicha Oficina cursa "alguna investigación administrativa referente con importaciones de mercancías por la Aduana de Barranquilla y amparadas por los manifiestos números 0170 de enero 16 de 1962, 1404 de mayo 10 de 1962 y 08179 de abril 30 de 1962", se le informa que en ese Despacho **no se adelanta investigación administrativa alguna sobre cargamentos que amparen los referidos manifiestos**..." Al comparar los números de los manifiestos a que se refiere esta certificación con los que figuran en

los certificados de la Aduana y los respectivos números de los registros de importación que los cobijan, se ve que estos últimos son los mismos por los cuales se había solicitado el reembolso a la Oficina de Registro de Cambios y que ésta se abstuvo de conceder.

Se tiene, pues, que los elementos de prueba traídos con la demanda, pero no conocidos en el proceso gubernativo que culminó con las decisiones contenidas en los actos impugnados, desvirtúan completamente el motivo que invocó la Oficina de Registro de Cambios para abstenerse de autorizar los reembolsos a que ellos se refieren. Y parece indudable que si la petición se le formulara de nuevo a esa Oficina —acompañando los documentos que a la demanda para iniciar este juicio se han adjuntado—, su decisión no podría tener ya apoyo en el único motivo que se adujo en los oficios impugnados para abstenerse de otorgar la solicitada autorización de reembolso en favor de los demandantes Echeverry y Sourdís.

Resumiendo: La Oficina de Registro de Cambios se fundó para denegar o, más bien, diferir el otorgamiento de la autorización solicitada en un certificado cuyo numeral 5º le presentaba al menos una duda racional sobre las condiciones en que se había efectuado la importación de los cargamentos amparados por los registros respectivos. Esa duda no le fue despejada con documentos probatorios que la llevaran a la certeza sobre la legalidad con que se había procedido por los demandantes en todas las operaciones que la nacionalización de los cargamentos implicaba. Pero no se trata de actos definitivos e inmodificables, debido al motivo mismo que los determinó. Y cualquier momento es oportuno para hacerle a la Oficina de Registro la demostración de que el motivo era infundado, insistiendo en lo pedido. Al contrario, para los efectos de decretar aquí la suspensión provisional, se plantea el problema de que los actos impugnados contienen decisiones puramente negativas o, más exactamente, suspensivas de la autorización pedida, en espera de que se le informe a esa Oficina sobre la investigación que se afirmaba existir y en la cual aparentemente quedaban comprendidas las importaciones de libros hechas por los señores Echeverry y Sourdís bajo los registros de cambio anotados.

Entonces habría que preguntarse: ¿Cómo operaría la suspensión provisional de un acto puramente negativo y que implica apenas una abstención temporal de acceder al pedimento formulado con fundamento en una razón de hecho?

En el presente caso se trata de actos que deniegan lo pedido, pero no de un modo absoluto, sino aplazando la decisión para cuando se demuestre un hecho: que la investigación administrativa que se decía

existir sobre las importaciones de los peticionarios culminó en alguna forma, o que resulte no existir en cuanto a ellos. Esto implica necesariamente que si a la Oficina de Registro de Cambios se le demuestra que la tal investigación no ha existido en cuanto a las importaciones para los peticionarios amparadas con los registros de que se trata, desaparecerá el obstáculo y proferirá una decisión favorable.

Un acto de suspensión provisional en tales circunstancias ningún efecto jurídico podría producir. No tendría él la virtud de suspender los efectos del acto negativo, ya que tal resultado sólo puede obtenerse mediante la decisión contraria, y no es el momento de la sentencia. Por ahora sólo la propia Oficina que profirió los actos impugnados puede —ante la demostración de que el hecho que invocaba como motivo de su decisión no existe— dictar el acto positivo y favorable a los interesados que haga cesar de inmediato los perjuicios causados por la negativa temporal o abstención de conceder la autorización solicitada para el reembolso.

En cuanto a la motivación alegada por la Oficina de Registro de Cambios, no puede decirse que sea falsa o infundada ante el texto de la certificación que se le presentó en apoyo de la solicitud. Ese fue el único elemento de juicio que ella tuvo para decidir. Otra cosa es, se repite, que ante la documentación presentada con la demanda y que aquella Oficina no tuvo a la vista, se compruebe la inexistencia del hecho que determinó los actos acusados.

Los razonamientos anteriores sirven de fundamento para no acceder a la suspensión provisional en razón de su inoperancia en el caso estudiado. Pero los demandantes pueden tener en cuenta lo expresado en la motivación de esta providencia para el efecto de obtener una nueva decisión de la Oficina de Registro de Cambios sobre la petición que le formularon ya que ella se abstuvo de acceder.

Los actos administrativos son revocables en todo tiempo por los mismos funcionarios que los hayan expedido, o por sus inmediatos superiores, de oficio o a petición de parte, como lo establece el artículo 21 del Decreto 2733 de 1959, en los casos que él contempla. Y la revocación podrá cumplirse en cualquier tiempo, como lo dice el artículo 22 ibidem. Más aún: aquí no se trataría propiamente de revocar lo resuelto con carácter transitorio y provisional, sino de dictar un nuevo acto ante la demostración de que el motivo de las decisiones acusadas no existía en realidad y por consiguiente se les causaría a los peticionarios un daño injustificado al mantenerlas.

En mérito de lo expuesto, se resuelve:

1º—Admítese la anterior demanda; comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y al señor Jefe de la Oficina de Registro de Cambios; notifíquese al respectivo señor Agente del Ministerio Público; y fíjese el negocio en lista por el término de cinco días para los efectos del numeral 3º del artículo 126 del C.C.A.

2º—No se accede a la suspensión provisional, pero se advierte que los demandantes pueden recabar directamente de la Oficina de Registro de Cambios una nueva decisión con base en las pruebas que trajeron aquí y que no estuvieron al estudio de dicha entidad.

3º—El doctor Carlos Galindo Pinilla es apoderado de los señores Carlos Ignacio Echeverri y Pedro Sourdís H., en los términos de los respectivos escritos de poder.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Alvaro L. Cajiao B., Secretario.

existir sobre las importaciones de los peticionarios culminó en alguna forma, o que resulte no existir en cuanto a ellos. Esto implica necesariamente que si a la Oficina de Registro de Cambios se le demuestra que la tal investigación no ha existido en cuanto a las importaciones para los peticionarios amparadas con los registros de que se trata, desaparecerá el obstáculo y proferirá una decisión favorable.

Un acto de suspensión provisional en tales circunstancias ningún efecto jurídico podría producir. No tendría él la virtud de suspender los efectos del acto negativo, ya que tal resultado sólo puede obtenerse mediante la decisión contraria, y no es el momento de la sentencia. Por ahora sólo la propia Oficina que profirió los actos impugnados puede —ante la demostración de que el hecho que invocaba como motivo de su decisión no existe— dictar el acto positivo y favorable a los interesados que haga cesar de inmediato los perjuicios causados por la negativa temporal o abstención de conceder la autorización solicitada para el reembolso.

En cuanto a la motivación alegada por la Oficina de Registro de Cambios, no puede decirse que sea falsa o infundada ante el texto de la certificación que se le presentó en apoyo de la solicitud. Ese fue el único elemento de juicio que ella tuvo para decidir. Otra cosa es, se repite, que ante la documentación presentada con la demanda y que aquella Oficina no tuvo a la vista, se compruebe la inexistencia del hecho que determinó los actos acusados.

Los razonamientos anteriores sirven de fundamento para no acceder a la suspensión provisional en razón de su inoperancia en el caso estudiado. Pero los demandantes pueden tener en cuenta lo expresado en la motivación de esta providencia para el efecto de obtener una nueva decisión de la Oficina de Registro de Cambios sobre la petición que le formularon ya que ella se abstuvo de acceder.

Los actos administrativos son revocables en todo tiempo por los mismos funcionarios que los hayan expedido, o por sus inmediatos superiores, de oficio o a petición de parte, como lo establece el artículo 21 del Decreto 2733 de 1959, en los casos que él contempla. Y la revocación podrá cumplirse en cualquier tiempo, como lo dice el artículo 22 ibidem. Más aún: aquí no se trataría propiamente de revocar lo resuelto con carácter transitorio y provisional, sino de dictar un nuevo acto ante la demostración de que el motivo de las decisiones acusadas no existía en realidad y por consiguiente se les causaría a los peticionarios un daño injustificado al mantenerlas.

En mérito de lo expuesto, se resuelve:

1º—Admítese la anterior demanda; comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y al señor Jefe de la Oficina de Registro de Cambios; notifíquese al respectivo señor Agente del Ministerio Público; y fíjese el negocio en lista por el término de cinco días para los efectos del numeral 3º del artículo 126 del C.C.A.

2º—No se accede a la suspensión provisional, pero se advierte que los demandantes pueden recabar directamente de la Oficina de Registro de Cambios una nueva decisión con base en las pruebas que trajeron aquí y que no estuvieron al estudio de dicha entidad.

3º—El doctor Carlos Galindo Pinilla es apoderado de los señores Carlos Ignacio Echeverri y Pedro Sourdís H., en los términos de los respectivos escritos de poder.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Alvaro L. Cajiao B., Secretario.

ORDEN NACIONAL

DECRETOS REGLAMENTARIOS — SUSPENSION PROVISIONAL

PRACTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS. — I. FINALIDADES DE LA LEY 155 DE 1959. — El legislador expidió la Ley 155 de 1959 en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 32 de la Constitución, según el cual a él corresponde señalar las actividades económicas que pueden ser intervenidas con los fines indicados en el mandato constitucional. El objeto de la intervención tiene que ser el de restringir, en los casos y para las finalidades que el legislador señale, la libertad de que en principio gozan las personas para trabajar, dedicando su actividad a cualquier clase de industrias y también la de ejercitar por ciertos aspectos la PLENA IN RE POTESTAS en que ha consistido el derecho de propiedad, para encauzarlo hacia su función social, que implica obligaciones para su titular. Cuando la Constitución autoriza al legislador para dictar las normas pertinentes cuando éste considere que alguna forma de actividad económica es susceptible de causar daño a la comunidad si no se la encauza en un sentido en que sea útil a todos y no perturbe el conjunto de la economia nacional, reconoce implícitamente la extencia de un ORDEN PUBLICO ECONOMICO, de un campo en el cual pueden configurarse abusos de la libertad individual de obrar, y en eonsecuencia facultad al legislador para señalar limites al ejercicio de esa clase de actividades.

II. DECRETO Nº 3226 DE 1962, REGLAMENTARIO DE LAS DISPOSICIONES ANTIMONOPOLICAS DE LA LEY 155 DE 1959. — De sus disposiciones, se suspenden provisionalmente las siguientes: a) El articulo 17, por cuanto implica modificaciones al C. de P. C. (artículos 152, 107 y 97) y no está, dentro de las facultades del Gobierno, como suprema autoridad administrativa, reglamentar nada atinente a los procedimientos judiciales, precisamente porque ellos no son materia administrativa. Sólo al Congreso corresponde expedir códigos y reformar sus disposiciones; b) El artículo 20, porque restringe el plazo que la Ley 155 otorga al investigado para contestar el acta de conclusiones y presentar sus descargos; c) El artículo 22, por cuanto permite al Gobierno dictar la resolución sobre los hechos investigados aún sin oír el concepto del Consejo de Politica Económica y Planeación, al paso que el articulo 14 de la Ley 155 exige dicho concepto para expedir tal resolución; d) El artículo 24, ya que excede las facultades reglamentarias del Gobierno al establecer sanciones que no fueron previstas por la ley reglamentada y sin estar expresamente facultado para hacerlo, y e) El articulo 27 por la misma razón que el anterior.

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

(Consejero Sustanciador: Dr. RICARDO BONILLA GUTIERREZ)

REF: Exp. Nº 2468. Decretos del Gobierno. Actor: Mario Aramburu. Nul. Decreto Nº 3226, Dic. 10, 1962, Minfomento. Providencia que decide la solicitud de suspensión provisional.

El doctor Mario Aramburo, abogado y vecino de Medellín, fundándose en los artículos 62 y 66 del C.C.A., presenta demanda para "que sean anulados, en su totalidad o parcialmente", la mayor parte de los artículos que integran el Decreto del Gobierno Nacional distinguido con el número 3236 y expedido el 10 de diciembre de 1962, por medio del cual fue reglamentada la ley 155 de 1959 sobre prácticas comerciales restrictivas.

La demanda reune los requisitos legales y deberá, por tanto, ser admitida.

Y en cuanto en ella se solicita ordenar la suspensión provisional de muchos de los artículos impugnados, se procede en el presente auto a estudiar y resolver tal pedimento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 del C.C.A.

Para precisar cuáles son, en definitiva, las normas del decreto impugnado que el actor estima ostensiblemente contrarias a preceptos constitucionales y legales y a las que endereza, por consiguiente, la demanda de suspensión, debe tenerse en cuenta el capítulo IV del libelo, advirtiendo que la ordenación y redacción general de éste lo hace confuso y dificulta el estudio de la suspensión. Lo indicado en esta clase de demandas es formalizar el cargo de violación de normas superiores citando concretamente las que el demandante cree violadas por cada norma que impugna y explicando en lo relativo a cada una el concepto o razón por la cual estima que la violación se configura. Pero la demanda no siempre fue fiel a esta técnica sencilla y clara para plantear y razonas los cargos que formula.

En el Capítulo I "Lo que se demanda", enumera los artículos que pide sean anulados total o parcialmente, que son la mayor parte de los que forman el Decreto, pero no todos ellos. No obstante, en los renglones finales de ese capítulo dice:

"También solicito la suspensión provisional del Decreto acusado (es decir, de todo él, aun cuando no ha pedido la anulación de la totalidad de sus disposiciones); o subsidiariamente, de partes de ese Decreto, de acuerdo con la motivación que expondré adelante".

Trae el libelo en seguida un largo Capítulo II titulado "Hechos fundamentales de la acción", en el cual refiriéndose a cada uno de los artículos cuya anulación pide según la enumeración del Capítulo I, expresa lo que en una demanda contencioso administrativa de simple nulidad debiera titularse más bien concepto de la violación. Pero ocurre que allí se mezclan razones de simple conveniencia, sobre las cuales

al juzgador no le es dado decidir, con razones de inconstitucionalidad e ilegalidad. Y aquí casi siempre olvida citar concretamente la norma superior que estima violada por cada una de las disposiciones acusadas.

En el Capítulo III del libelo, denominado "Fundamentos de derecho y disposiciones que se estiman violadas", hace el actor amplias disquisiciones respaldadas en doctrinas extranjeras y citas de jurisprudencia nacional sobre lo que debe ser el ejercicio del poder reglamentario, para llegar a la conclusión de que el Gobierno se ha salido de los límites del ejercicio legítimo de esa facultad en el Decreto 3236 de 1962. Sostiene "que el poder reglamentario ha sido indebidamente ejercido en esta ocasión, porque ha trasgredido los cánones que lo limitan: el decreto reglamentario infringe la Constitución, viola el estatuto que se pretende reglamentar porque o lo contradice o lo excede, y viola otras leyes". Más adelante afirma: "Puede decirse que todo el reglamento es injurídico, porque las escasas disposiciones que han quedado al margen de la acusación son triviales redundancias de claras normas de la ley". Y para terminar esta acusación general de injuridicidad expresa el libelo: "Por todo ello es enjuiciable (el decreto) con la acción de exceso y de desviación de poder, de inexequibilidad e ilegalidad y por esa vía es anulable".

Todo lo anterior se resumiría en que el actor considera que el Gobierno se ha excedido en el ejercicio de la facultad reglamentaria que al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa confiere expresamente el ordinal 3º del artículo 120 de la Codificación constituyen manifiestas violaciones de normas positivas de derecho". Y sión sólo pueden tenerse en cuenta las disposiciones reglamentarias impugnadas con cita concreta en cada caso de las normas superiores que el actor estima infringidas y el concepto de la violación de éstas. La acusación de inconstitucionalidad, en términos generales, hecha así al Decreto no es atendible.

Véase ahora cómo plantea y limita el actor lo atinente a la **suspensión provisional** en el Capítulo IV de la demanda. Aquí comienza por solicitar la suspensión de "todas las disposiciones acusadas porque ellas constituyen manifiestas violaciones de normas positivas de derecho". Y agrega que "todas las normas acusadas constituyen clara violación de las de derecho positivo que se han mencionado antes como transgredidas". Pero no tiene en cuenta el demandante que en el Capítulo III, después de la disquisición sobre los límites del poder reglamentario, se limitó a citar, en términos generales también, como violadas por el reglamento, la ley reglamentada, los artículos que cita de la Carta y otros de diferentes códigos y leyes, sin dejar en claro cuál o cuáles de estas normas superiores es violada por cada ordenamiento del Decreto. Esto hace imposible el estudio de lo relativo a la suspensión

provisional y de todos los artículos acusados en la demanda, ya que para pronunciarse el juzgador sobre ese pedimento es necesario que se le diga concretamente, frente a cada disposición del reglamento, qué norma superior viola. Sólo así puede hacerse la simple comparación requerida para encontrar evidente la inconformidad de cada parte del reglamento con las normas superiores que el actor estima infringidas en él.

Por las razones anteriores, el estudio de la solicitud de suspensión provisional ha de limitarse a los artículos del Decreto que el demandante señala como violatorios de las determinadas normas superiores que cita a propósito de cada uno de ellos al presentar **la petición subsidiaria** que enuncia así: "Pero si el Honorable Consejo de Estado tuviere una opinión más ceñida, subsidiariamente solicito que sean provisionalmente suspendidos los siguientes artículos, que condensan impresionantes antinomias:..."

En los párrafos siguientes cita el demandante cada uno de los artículos del Decreto reglamentario a que contrae la solicitud de suspensión provisional y las normas superiores de la Constitución y de la ley que, en su opinión, han sido infringidas con cada una. El concepto de la violación hay que buscarlo separadamente y está no poco difuso en las glosas que hace en el Capítulo II, en el cual sólo a veces cita las normas que cree violadas por cada disposición del reglamento impugnado.

Finalidad de la ley reglamentada

Para poner orden en el estudio de las acusaciones precisadas por el demandante en el Capítulo IV de su libelo, sobre suspensión de los artículos que en él determina, o de parte de ellos, por ser evidente, según él, su inconformidad con las normas superiores que señala como violadas, conviene primero tomar en su conjunto la ley reglamentada, o sea la 155 de 1959 "por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas", a fin de procurar una interpretación armónica de sus preceptos al efectuar su comparación con los ordenamientos reglamentarios que han sido impugnados en el concepto de que la infringen. La suspensión provisional no procede, como es sabido, sino cuando de esa comparación surge clara y ostensible la violación de la norma superior por la disposición impugnada. Y al juzgar sobre la legalidad de un reglamento ejecutivo debe tenerse en cuenta que no siempre cada ordenamiento reglamentario se relaciona solo con otro ordenamiento aislado de la ley reglamentada.

El legislador expidió la Ley 155 de 1959 en ejercicio de una facultad excepcional que le confiere el artículo 32 de la Carta al disponer

que "El Estado puede intervenir **por mandato de la ley** en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho". Corresponde, pues, al legislador señalar las actividades económicas que pueden ser **intervenidas** con los fines indicados. El objeto de la intervención tiene que ser restringir, dentro de los casos y para las finalidades que el legislador señale, la libertad de que en principio gozan las personas y también la de ejercitar por ciertos aspectos **la plena in re potestas** para trabajar, dedicando su actividad a cualquier clase de industrias, en que ha consistido el derecho de propiedad para encauzarlo hacia su función social, que implica obligaciones para su titular. Así, cuando el legislador considere que alguna forma de actividad económica es susceptible de causar daño a la comunidad si no se la encauza en un sentido en que sea útil a todos y no perturbe el conjunto de la economía nacional, puede dictar las normas pertinentes.

Reconoce así implícitamente la Constitución la existencia de un orden público económico, un campo en el cual pueden configurarse abusos de la libertad individual de obrar y en consecuencia faculta al legislador para señalar límites al ejercicio de esa clase de actividades.

En desarrollo de aquel precepto constitucional fue expedida la Ley 155 de 1959. Estableció ella ciertas prohibiciones que limitan la libre actividad de los empresarios y erigió, por tanto, en infracciones punibles los hechos que veda. Y, desde luego, el cumplimiento de sus mandatos quedó confiado a las otras dos ramas del Poder Público, a cada una de las cuales corresponde, dentro de su respectiva esfera, la aplicación de la ley.

La más trascendental prohibición, la esencial, en el contenido de la Ley 155 de 1959 y que está condensada en su título, es la del artículo primero. Puede decirse que las de los artículos cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno apenas son desarrollos más detallados o modalidades de lo que se instituye en el primero.

Lo relativo a la competencia desleal tiende propiamente a una protección más eficaz de legítimos derechos de los empresarios, mediante la regulada intervención de la autoridad administrativa, y al definido establecimiento de una acción civil ante los jueces en favor de los perjudicados por hechos de los competidores desleales.

Para una recta interpretación de la Ley 155 no se debe, pues, considerar separadamente, es decir, sin relacionarlos o armonizarlos entre sí, los textos que erigen en contravenciones cirtos hechos con los que atribuyen la competencia y establecen el procedimiento para investigarlos, juzgarlos y sancionarlos y las sanciones a los infractores.

El decreto reglamentario tendrá, por tanto, que ser juzgado a la luz de una interpretación armónica de los diversos textos de la ley.

TEXTO DE LAS DISPOSICIONES DEL DECRETO A QUE SE CONTRAE EL PEDIMENTO DE SUSPENSION PROVISIONAL

Dice el demandante en el Capítulo sobre **suspensión provisional,** refiriéndose a las disposiciones del Decreto que impugna y para las cuales impetra dicha medida:

Artículo Segundo del Decreto

"1. El artículo segundo porque viola claramente el 1º de la ley reglamentada y el 29 de la Constitución Nacional".

Véase ahora cómo explica el demandante el concepto de las violaciones en los párrafos que destina a comentar el artículo segundo del Decreto dentro del Capítulo II de la demanda, titulado: "Hechos fundamentales de la acción".

Art. 2º—"La redacción de este artículo no permite saber si dicta un mento del parágrafo del artículo 1º de la ley o si se refiere ya al artículo 4º. Por el orden de materias y por el uso de las palabras 'acuerdos o convenios', que son clave del texto del parágrafo, y también del artículo 1º del Decreto que lo reglamenta, más parece que en este artículo segundo se continúa la materia tratada en el primero. Sobre este supuesto se puede tachar el reglamento de ilegal".

Y como el actor había expresado arriba el concepto en que le parece ilegal el artículo 1º del Decreto y los cargos al segundo son en parte consecuenciales de los formulados al primero, en cuanto a que violan el artículo primero de la ley reglamentada, es menester estudiar los cargos a ambos artículos del Decreto, aun cuando la solicitud concreta de suspensión provisional se refiere sólo al segundo.

Ante todo se transcriben las disposiciones que han de analizarse y compararse:

Dice el artículo 1º de la Ley 155 de 1959:

"Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competen-

cia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas

"PARAGRAFO. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defeneder la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general".

El artículo primero del Decreto dice:

"Para efectos de la autorización facultativa que se consagra en el parágrafo del artículo 1º de la Ley 155 de 1959, en la celebración de acuerdos o convenios limitativos de la libre competencia a través de concentraciones jurídico-económicas, se consideran sectores básicos de interés para la economía y bienestar social, los siguientes:

"a) El procesamiento manufacturero y de artículos destinados a satisfacer la alimentación, vestuario, sanidad, vivienda, combustibles y demás bienes de consumo esencial y frecuente dentro de la estructura del gasto de las familias;

"b) Las industrias dedicadas a la prestación de los servicios de transporte, energía eléctrica, acueductos, oleoductos, gasoductos, telecomunicaciones, bancarios seguros y educacionales, y

"c) Todas aquellas actividades económicas que, de conformidad con las disposiciones legales vigentes, tengan o llegaren a tener en lo futuro el carácter de industrias básicas o complementarias a la producción de hierro".

El artículo 2º dice:

"El Gobierno no podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios de concentraciones jurídico-económicas cuando tiendan a controlar simultáneamente actividades económicas inherentes a los sectores agropecuarios, industriales y comerciales".

El cargo al artículo primero del Decreto, fundado en violación del artículo primero de la ley, consiste sustancialmente en que el Gobierno introdujo en el reglamento la expresión **concentraciones jurídico-económicas,** cuando el artículo 1º de la ley habla sólo de acuerdos o convenios, y, en general, de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas.

El artículo primero de la Ley 155 prohibe los acuerdos o conve-

nios y los procedimientos o prácticas que limiten la producción, distribución o consumo de géneros y servicios, y en general, "toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, **con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas**". Se subraya la frase que establece la finalidad que se busca con la prohibición general que contiene el artículo, porque ella resulta indispensable para interpretar el pensamiento fundamental del legislador en todo el contexto de la ley. El primer inciso del artículo no establece distinciones o limitaciones en cuanto a las actividades económicas a que deba aplicarse.

El parágrafo deja al buen criterio del Gobierno determinar los casos de excepción, en vista de la finalidad que allí mismo se enuncia. En efecto, por él se faculta al Gobierno para autorizar la celebración de acuerdos o convenios que, no obstante limitar la libre competencia, **"tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general".**

Y por medio del artículo primero del Decreto reglamentario ha ejercido el Gobierno la facultad de señalar lo que considera sectores básicos de interés para la economía en los cuales los acuerdos limitativos de la libre competencia son autorizables, siempre y cuando que ellos se enderecen precisamente a defender la estabilidad de tales sectores.

En la glosa que hace la demanda al artículo primero del Decreto critica el empleo de la expresión "concentraciones jurídico-económicas", por cuanto la ley sólo habla de acuerdos o convenios de las empresas. Pero tal expresión no contraría evidentemente la norma legal. Ella solo parece traducir, quizá pleonásticamente, la idea cardinal del artículo primero de la ley, pues habrá que entender que donde quiera que haya un convenio o acuerdo o se haya establecido un sistema o práctica de los que la norma legislativa prohibe, se configura la concentración jurídico-económica de las empresas de que habla el Decreto. Y esto parece ser así por cuanto, sean cuales fueren las estipulaciones del pacto o convenio o la forma en que se establecieren entre las empresas tales prácticas, que envuelven compromisos, resultaría configurándose una obligación recíproca, la cual implicaría un acto jurídico para ligarlas, y como ese acto jurídico tendría por finalidad un resultado económico que a todas vincularía, el hecho vendría a configurar lo que el Decreto denomina "concentración jurídico-económica". Esta expresión por sí sola no parece ser a primera vista limitativa de lo que establece la ley, como lo piensa el actor. Hay que conformar la interpretación del artículo primero del Decreto a lo que dice la ley y entender que **concentración jurídico-económica** será la cele-

bración de pactos o convenios o el establecimiento conjunto de ciertas prácticas o procedimientos que, cuando tengan por resultado la limitación de la libre competencia en perjuicio de los consumidores o de los productores de materias primas a quienes se someta a precios inequitativos, deben ser objeto de la intervención de la autoridad competente.

Por eso no se encuentra que la expresión del artículo primero del Decreto no contenida en el de la Ley viole éste de modo manifiesto.

Ahora bien, como la suspensión provisional se concreta al artículo 2º del Decreto por creer violado también con él el primero de la ley en cuanto a la expresión **concentraciones jurídico-económicas** empleada en el reglamento, hay que reconocer que por ese motivo no aparece ostensiblemente la pretendida violación, según lo ya explicado.

Las críticas al artículo 2º envuelven también meras disparidades de criterio sobre cuestiones de conveniencia. Y así dice, el demandante, por ejemplo, que "no se ve razón alguna legal para que actividades distintas no se combinen, ni para que ellas no puedan mediante acuerdos limitar la competencia". No tiene él en cuenta la generalidad de la prohibición del artículo primero de la ley, el cual no distingue sobre si los convenios y prácticas limitativas de la libre competencia se refieren a actividades económicas homogéneas o heterogéneas. Tampoco tiene en cuenta el actor la amplísima capacidad de apreciación que el parágrafo del artículo 1º deja al Gobierno para establecer las excepciones a lo dispuesto, en general, en el mismo artículo, autorización que parece incluir también la de establecer excepciones o salvedades a las excepciones que el mismo Gobierno estatuya. Y esto es lo que dispone el artículo 2º del Decreto cuando, después de señalar en el primero los casos en que pueden autorizarse convenios limitativos de la competencia, exceptúa los que tiendan a limitarla simultáneamente en actividades económicas inherentes a los sectores agropecuarios, industriales y comerciales. Quizá ha ordenado esto el Gobierno considerando que son ellos básicos de la economía, como lo declara con razón el artículo primero del Decreto, cuando habla de los productos alimenticios y de vestuario, y también susceptibles de que alianzas de productores y distribuidores de todos o de algunos de ellos impongan precios inequitativos para el consumidor y en detrimento quizá de los productores independientes, sin que ello esté justificado por la defensa de la estabilidad del correspondiente sector básico en orden al interés de la economía nacional en conjunto.

Véase ahora si el artículo segundo del Decreto viola de modo ostensible el artículo cuarto de la ley reglamentada, aun cuando este cargo, en rigor, no debiera considerarse para los efectos de la suspensión

por no haber sido precisado por el actor al pedir esta medida cautelar.

Dice el artículo cuarto de la ley:

"Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos ($ 20.000.000.00), o más, estarán obligadas a informar al Gobierno Nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración.

"PARAGRAFO 1º. El Gobierno Nacional deberá objetar la operación, previo concepto del Consejo Nacional de Política Económica y Planeación, si tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia".

(Los dos siguientes parágrafos no tienen relación con el punto debatido).

El mismo demandante duda de si el artículo impugnado reglamenta el parágrafo del artículo primero de la ley o el cuarto, pero dice que "más parece que en este artículo segundo se continúa la materia tratada en el primero" del decreto. Esta sola duda bastaría para no encontrar ostensible la violación del artículo cuarto de la ley por la disposición impugnada. Y es lo cierto que el artículo segundo del Decreto se relaciona con el primero de la ley y no con el cuarto. Esto es claro si se para mientes en que la obligación de informar al Gobierno sobre proyectadas operaciones de "**fusión, consolidación o integración entre sí**" que establece el artículo 4º de la ley, es relativo solo a empresas cuyos activos individualmente considerados, o en conjunto, asciendan a veinte millones de pesos o más, en tanto que las disposiciones del artículo primero de la ley y su parágrafo no establecen limitaciones cuantitativas y se refieren a cualquier clase de acuerdos o convenios (expresión mucho más amplia que las de fusión, consolidación o integración) y tampoco hace distingos sobre si se trata de empresas que se dediquen a una misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora (como se hace en el artículo cuarto), sino que prohíbe esos convenios en cuanto tiendan a determinar precios inequitativos en perjuicio de consumidores o de productores de materias primas. Por tanto, es razonable considerar que el artículo segundo del Decreto se refiere al artículo primero de la ley o, más propiamente, a su parágrafo, y no al cuarto. El Gobierno en ejercicio de las facultades que se le dan en dicho parágrafo —se repite— no tiene a primera vista traba legal para disponer que no se au-

torice la celebración de acuerdos o convenios entre empresas en los casos previstos en el artículo 2º del Decreto.

En conclusión de lo expuesto, no hay fundamento para decretar la suspensión provisional del artículo 2º del Decreto en razón de que viole ostensiblemente los artículos primero y cuarto de la ley reglamentada.

Respecto de la violación por ese mismo ordenamiento reglamentario del artículo 39 de la Carta, que consagra las libertades de trabajo e industria, habida consideración de que la Ley 155 de 1959 introduce restricciones, fundada en el artículo 32, al ejercicio omnímodo de esas mismas libertades y de que no se ha demostrado evidente incompatibilidad entre el artículo segundo del Decreto, de cuya suspensión provisional se trata, y el primero ni el cuarto de la ley reglamentada menos clara resulta la pretendida infracción del citado artículo 39 de la Carta.

Artículo cuarto del Decreto

Dice en lo pertinente, el Capítulo de la demanda sobre suspensión provisional:

"2. El artículo cuarto, porque viola manifiestamente el 2º de la ley reglamentada, el 135 de la Constitución y el Decreto 2703 de 1959".

Como el actor ha pedido que se decrete la nulidad del artículo tercero del Decreto, aunque respecto de éste no ha solicitado la suspensión, y en el Capítulo II del libelo hace a dicho artículo algunos reparos que luego desarrolla y precisa más al atacar el artículo cuarto, dada la relación que hay entre estas dos disposiciones y la aseveración que hace el actor de que en dichos artículos tercero y cuarto del Decreto se reglamenta el segundo de la ley, infringiéndolo, precisa ver si realmente estos ordenamientos reglamentarios violan flagrantemente dicho artículo segundo de la Ley 155 de 1959.

Dice éste:

"Las empresas que produzcan, abastezcan, distribuyan o consuman determinado artículo o servicio, y que tengan capacidad para determinar precios en el mercado, por la cantidad que controlen del respectivo artículo o servicio, estarán sometidas a la vigilancia del Estado para los efectos de la presente ley".

Los artículos tercero y cuarto del Decreto dicen, en su orden:

"3º. Las funciones de vigilancia que se consagran en el artículo 2º de la Ley 155 de 1959, serán ejercidas por la Superintendencia de Regulación Económica, o por las entidades gubernamentales delegadas,

mediante el estudio de los siguientes documentos que deben suministrar semestralmente las empresas sujetas a la intervención del Estado:" (viene después una enumeración de los documentos informativos que han de suministrar las empresas).

"4º. La Superintendencia de Regulación Económica podrá delegar las funciones de vigilancia y control conferidas por la ley a los Gobernadores de los Departamentos y a los Alcaldes Municipales de los Distritos que tengan más de veinticinco mil (25.000) habitantes. Los Gobernadores podrán subdelegar estas funciones previa autorización especial de la Superintendencia de Regulación Económica".

En sus glosas al artículo tercero del Decreto el actor comienza por decir:

"Por medio de este artículo y del siguiente, se reglamenta el artículo 2º de la ley. El artículo segundo reglamentado es una norma inútil: decir que las empresas que en él se relacionan están sometidas a la vigilancia del Estado para los efectos de la ley, es redundante, pues ellas y todas las restantes están sometidas al Estado en cuanto al cumplimiento de dicha ley. Basta releer las disposiciones de ésta para llegar a esa conclusión".

Después entra en consideraciones que sólo se refieren a la conveniencia, como, por ejemplo, la de que a los Alcaldes tengan que entregar las empresas hasta informaciones que deben mantenerse en secreto, y la de incapacidad técnica que supone en tales funcionarios para la debida apreciación de hechos económicos, etc. Dice también el actor que "El artículo acusado (aquí habla del tercero) no define lo sustancial, la manera de individualizar a las empresas que se hallen en el estado de tan drástica vigilancia".

Pero todas esas consideraciones, ya se ha dicho, son sólo relativas a la conveniencia y acierto de las medidas reglamentarias de los artículos tercero y cuarto y no revelan infracción de la norma superior que cita. El artículo tercero del Decreto reglamentario no resulta a la luz de esas consideraciones contrario al artículo 135 de la Constitución, ni al segundo de la ley reglamentada, ni al Decreto Extraordinario 2703 de 1959.

Al desarrollar luego el concepto de violación para referirse concretamente al artículo cuarto del Decreto impugnado es cuando el actor hace consideraciones atinentes a infracción de dichas normas por éste y por el tercero.

Dice el demandante en el Capítulo II del libelo, al tratar del artículo cuarto del Decreto:

"Este artículo autoriza delegaciones y subdelegaciones de las funciones de vigilancia y control conferidas por la ley. Las palabras vigilancia y control pueden aceptarse como sinónimas, y así interpretadas sin reparo del Consejo de Estado no habrá un exceso en el reglamento al delegar también el control, de que no habla la ley".

Antes de seguir adelante, y por lo que respecta a la palabra **control,** añadida en el artículo cuarto del Decreto reglamentario a la expresión "vigilancia" que se emplea en el artículo segundo de la ley, parece que tal palabra no añade nada esencial al sustantivo empleado por el legislador. La Academia Española no ha incorporado todavía en su Diccionario al galicismo "control", el cual no está incluído en la última edición que se ha tenido a la vista (la de 1956). Según los diccionarios usuales esta palabra significa apenas comprobación y supone el examen, la inspección, el registro de la cosa sujeta a él. Así entendida la palabra, tendría que aceptarse cierta sinonimia entre vigilancia y control.

Por lo demás, cuando el legislador dispone que las empresas de que trata el artículo segundo y, necesariamente, todas aquellas a que puedan aplicarse las prohibiciones consagradas por él en el texto de la ley, quedan sometidas a la vigilancia del Estado, quiere decir, simplemente, que lo están a la de las autoridades de la República, dentro de la esfera de competencia que les señalan la Constitución y las leyes. En verdad, no era estrictamente necesario el texto del artículo 2º al repetir, en cierto modo, lo que dice el 32 de la Carta aplicándolo a la labor de impedir las prácticas restrictivas de la libre competencia que la ley prohibe. Al Gobierno le corresponde ejecutar y hacer cumplir los mandatos del legislador y al Jefe de la Administración que es el Presidente de la República, le están atribuídas, por disposición constitucional, las funciones de cumplir las leyes y velar por su exacto cumplimiento y de ejercer la potestad reglamentaria, expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de ellas. (Ordinales 2º y 3º de la Carta). Así, pues, con el artículo segundo de la ley o sin él, el Presidente de la República debería disponer la manera de hacer cumplir los preceptos que ella contiene.

En ese mismo orden de ideas dice el demandante, al expresar el concepto de violación del artículo cuarto del Decreto:

"El Gobierno, que es el Presidente de la República con el Ministro o con los Ministros respectivos, pone la vigilancia en manos de un funcionario subalterno, que es el Superintendente de Regulación

Económica, con lo que hace una merma de garantías para los ciudadanos, pero, más que poner en esas manos la atribución, por medio del reglamento lo autoriza para delegarlas, hasta en Alcaldes de aldeas; y aún más, autoriza a los Gobernadores para subdelegarlas sin limitación alguna, en donde se ve la poca importancia o el poco cuidado que atribuye la administración nacional a una materia tan relevante y delicada".

Hasta aquí las glosas son relativas a la conveniencia de las medidas reglamentarias que el demandante impugna, pero no a su legalidad. De ahí en adelante ya precisa este cargo.

Se está refiriendo aquí al artículo cuarto, pero involucra consideraciones que sobre el 3º no hizo al expresar el concepto de violación de normas superiores al tratar de éste. Por eso hay que hilvanar estos dos artículos en este estudio sobre suspensión provisional.

He aquí cómo expresa el actor su concepto:

"La delegación va contra los principios de derecho público, cuando en éste se establece la supremacía de la Carta y que los órganos constitucionales tienen una competencia creada y no derecho propio a ejercer la soberanía. En el sistema de la competencia, el órgano tiene su poder recibido de la Constitución y de la ley y no puede ejercerlo sino en los límites que la Constitución y la ley establezcan, las cuales crean su competencia, por lo cual en el ejercicio de sus atribuciones se halla bajo ese poder creador y no puede a su vez crearlo para otros. Por esto nuestra Carta ha tenido que autorizar al Presidente de la República en el artículo 135 para delegar en los Ministros, en los Jefes de Departamentos Administrativos y en los Gobernadores algunas funciones, pero exigiendo que éstas sean señaladas por la ley. Y ésta (Decreto 2703 de 1959) señaló las funciones que hasta ahora son delegables por el señor Presidente. Hubiera sido necesario, pues, que la ley reglamentada hubiera autorizado al Gobierno para delegar la vigilancia en la Superintendencia de Regulación Económica, para que esta delegación fuera exequible. Las subdelegaciones establecidas en el artículo son, con mayor razón, nulas".

Aun cuando la petición de suspensión provisional no se refiere al artículo 3º del Decreto, que adscribe a la Superintendencia de Regulación Económica las funciones de vigilancia que para el cumplimiento de las disposiciones de la ley atribuye **al Estado** el artículo 2º de ésta, conviene de una vez hacer notar que el Decreto 3.235 de 1962 ha sido dictado cuando ya existían disposiciones de jerarquía legislativa en virtud de las cuales se creó dicho organismo como dependencia del Ministerio de Fomento y se le adscribieron funciones, quedando el Gobierno autorizado para señalarle otras. En efecto, el Decreto 1652 de 1960 con-

tiene las disposiciones orgánicas del Ministerio de Fomento y en su artículo 3º se menciona la Superintendencia de Regulación Económica como uno de los organismos encargados de ejecutar la política de ese Ministerio. Y el Decreto 1653, dictado el mismo día y expedido como el anterior en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República en la Ley 19 de 1958 y en desarrollo de otro Decreto Extraordinario, el 550 de 1960, creó la Superintendencia de Regulación Económica y le señaló funciones. Estas están determinadas en el artículo 2º y son relativas a la intervención en materia de costos de artículos de consumo popular y de tarifas de servicios públicos para el efecto de regular unos y otros. El ordinal f) agrega: "Las demás funciones que la ley **o el Gobierno** le señalen". Allí se encuentra, pues, la facultad expresa al Gobierno para señalarle a la Superintendencia de Regulación Económica una órbita de competencia especial dentro del Ministerio de Fomento.

Parece que, de conformidad con las disposiciones citadas, no hay objeción constitucional ni legal para que a la mencionada Superintendencia se le atribuya, no sólo la vigilancia, sino —lo que es más determinado y específico— se le adscriba competencia, o sea la facultad de tomar la iniciativa y de juzgar y decidir con autoridad en los procesos administrativos cuyo objeto sea poner en práctica los preceptos del legislador, contenidos en la Ley 155 de 1959.

Por lo dicho, el artículo 3º del Decreto, en cuanto a delegación de funciones a la nombrada Superintendencia no viola la norma constitucional ni la legal citadas por el demandante. Y no debe pasarse por alto que no es en el artículo 2º de la ley sino en el 12 y siguientes donde se confiere al Ministerio de Fomento la competencia para ejercer la intervención y se señala el procedimiento que ha de seguirse.

En cuanto a la subdelegación autorizada por medio del artículo 4º del Decreto en Gobernadores y Alcaldes de las funciones de **vigilancia** y **control** conferidas por la ley, aparentemente de las muy genéricas del artículo 2º de la ley —por cuanto éste establece que las empresas, en orden al cumplimiento de los propósitos del legislador, quedan sometidas a la **vig lancia del Estado**— debe tenerse en cuenta lo siguiente:

Se ha dicho y explicado atrás que la palabra **control** hay que entenderla apenas como un sinónimo de vigilancia. Parece que quien está obligado a vigilar o velar atentamente por algo debe y puede comprobar o inspeccionar lo que es objeto de su vigilancia.

También se ha dicho que es una obligación genérica de las autoridades velar por el cumplimiento de las leyes. Por eso, como lo anota

el mismo actor, el artículo 2º de la ley, al limitarse a encomendar al Estado, es decir a las autoridades, la vigilancia enderezada a que se cumplan sus mandatos resulta innecesario, ya que la Constitución impone a las autoridades un deber de vigilancia en orden a que se pongan en ejecución sus normas. Cuando éstas consisten en prohibiciones que limitan o restringen el principio de la libertad y convierten en hechos ilícitos algunos que antes no lo eran, crean **contravenciones,** tomada esta palabra en su sentido lato. De ahí mismo surge el deber de las autoridades políticas o, más estrictamente, de policía, en el sentido de estar atentas a evitar que las contravenciones ocurran, y también a descubrirlas y a procurar que la autoridad a quien corresponda tome a su cargo el conocimiento de la infracción o contravención de la norma para que pueda ejercitar su cometido de enjuiciar el hecho y sancionar a sus autores. Se deduce de lo dicho que una cosa es el deber de vigilancia para evitar las contravenciones y aun para descubrirlas, a efecto de que las leyes tengan estricto cumplimiento, y otra cosa es la atribución de facultades o competencia para enjuiciar los hechos prohibidos y sancionar a sus autores.

Para evitar que se infrinjan las prohibiciones contenidas en la Ley 155 de 1959 parece de todo punto de vista necesaria la vigilancia de las autoridades de policía y no hay objeción legal a que todas ellas colaboren, cada cual dentro de su radio de acción, para que no se frustren los propósitos de la ley. Dentro de ese criterio, bien puede la Superintendencia de Regulación Económica (organismo administrativo al que el Gobierno, facultado por el Decreto Extraordinario 1653 de 1960 atribuye la competencia que la Ley 155 de 1959 había dado al Ministerio de Fomento para ejecutar las medidas de intervención que ella autoriza y ordena) subdelegar en Gobernadores y Alcaldes ciertas funciones suyas e imponerles algunos deberes con el fin de que la vigilancia se haga más eficaz.

Al efecto, el artículo 3º del Decreto dice que puede subdelegarse la recepción y estudio de los documentos que en él se enumeran. Parece que al estatuír el artículo 3º del Decreto la obligación que tienen las empresas de presentar los informes documentados de que él trata, quiso romper el círculo vicioso que resultaría de la pura letra del artículo 2º de la ley, pues si la mera vigilancia se limitara a las empresas que tienen la capacidad económica suficiente para imponer precios, muchas veces no tendría la autoridad medio alguno para saber cuáles son. Los informes exigidos en el artículo 3º sirven para tal efecto. Es un ejemplo de función de simple vigilancia, puesto que del estudio no parece que haya de surgir una decisión sino un informe al superior y quizá un concepto. Las decisiones de cualquier clase que hayan de adoptarse en vista de lo inspeccionado y comprobado mediante el ejercicio de las funciones de vigilancia subdelegadas, no parecen estar in-

cluídas en la subdelegación. A la luz de otras disposiciones del mismo decreto, hay que entender que las decisiones sólo puede tomarlas la propia Superintendencia que va a ejecutar la política de intervención a que se refiere la Ley 155 de 1959, encomendada por el artículo 12 y siguientes de ella al Ministerio de Fomento con la colaboración de otros organismos oficiales mencionados en esos textos y mediante los trámites procesales establecidos también en la ley. A primera vista tampoco hay óbice legal para que la Superintendencia de Regulación Económica subdelegue en Gobernadores y Alcaldes funciones netamente investigativas, con la finalidad de hacer operante la vigilancia, o destinadas a allegar pruebas de hechos relacionados con el cumplimiento o incumplimiento de la ley, en todo lo cual podría consistir el **control** de que habla el artículo 4º del Decreto impugnado.

Teniendo en cuenta la recta interpretación que hay que darle a la disposición impugnada, o sea al artículo 4º, armonizándola con lo que dispone la misma ley reglamentada, los principios constitucionales y legales sobre el deber de vigilancia de las autoridades en cuanto al cumplimiento de las leyes y, más aún, de las autoridades de policía en cuanto a la prevención e investigación de contravenciones, no es contrario al artículo 4º de la Ley, ni al 135 de la Carta, y menos al D.L. 1703 de 1959 sobre delegación de funciones a los Gobernadores, el que la Superintendencia de Regulación Económica pueda subdelegar en Gobernadores y Alcaldes funciones de mera vigilancia y control, entendiendo estas expresiones como quedó explicado.

Lo que no parece delegable en autoridades subalternas, es la competencia para decidir, el poder de apreciar, juzgar, permitir o autorizar o sancionar los hechos sometidos por la ley al Ministerio de Fomento y delegado legítimamente, como se ha visto, a un organismo de posterior creación legal, la Superintendencia de Regulación Económica, dependiente de ese Ministerio. Pero esto no resultaría del artículo 4º en sí mismo, sino de la manera de ejecutarlo. Y ya se ha dicho que los artículos del Decreto relativos al procedimiento también indican que el enjuiciamiento y decisión de los hechos son de competencia de la Superintendencia de Regulación Económica.

Por tanto, no viola ostensiblemente el artículo cuarto las normas citadas por el demandante.

Artículo sexto

Pide el demandante la suspensión del artículo sexto "porque viola ostensiblemente el artículo 9º (sic) de la ley reglamentada, parágrafo tercero".

En el Capítulo II expone que "La ley impone una caducidad a la facultad del Gobierno Nacional para objetar la fusión, que se cumple a los treinta días de presentado el informe por los empresarios"... "El Gobierno en el reglamento alarga ese plazo, con alargamiento indefinido que excede, como es obvio, la facultad reglamentaria".

Quiso referirse el actor indudablemente al artículo 4º de la ley y no al 9º. El artículo 4º, ya transcrito, obliga a las empresas que se dediquen a la misma actividad, etc., "cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones pesos o más" a "informar al Gobierno Nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí...."

El parágrafo 1º dispone que "el Gobierno Nacional objetará la operación, previo concepto del Consejo Nacional de Política Económica y Planeación, si tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia".

Y el parágrafo 2º, que se dice ostensiblemente violado por el sexto del Decreto, dice:

"Si pasados treinta días de haberse presentado el informe de que trata este artículo, no se hubiere objetado por el Gobierno la operación, los interesados podrán proceder a realizarla".

El artículo 6º del Decreto dispone que:

"Para los efectos de la autorización presuntiva que se establece en el parágrafo 2º del artículo 4º de la ley, el término de treinta días empezará a contarse desde la fecha en que la respectiva solicitud de fusión, consolidación o integración... pase al estudio del Consejo Directivo de la Superintendencia de Regulación Económica".

Como la mencionada Superintendencia es, por virtud del Decreto, la dependencia del Gobierno Nacional competente para objetar o permitir la operación que las empresas informen tener en proyecto, se supone que el informe va acompañado de la solicitud y ésta debe tramitarse por la Oficina competente. El proyecto requiere un estudio y concepto previo de otro repartimiento oficial, a cuya pericia confió el legislador dictaminar sobre el caso: el Consejo Nacional de Política Económica y Planeación. Pero como desde que se introduce la solicitud con el informe la cuestión entra al estudio del Gobierno Nacional por conducto de la Superintendencia de Regulación Económica, cuyo Consejo Directivo está integrado en ella, parece que lo dispuesto en el Decreto quiere decir que el plazo de treinta días se cuenta, como lo orde-

na el parágrafo 2º del artículo 4º, desde la presentación en dicha Superintendencia de la solicitud con el respectivo informe de las empresas.

No aparece, pues, a primera vista, la violación del artículo sexto del Decreto.

Artículo séptimo del Decreto:

Se pide la suspensión provisional de dos literales de él alegando que "el literal a) viola manifiestamente el artículo 4º, parágrafo 1º de la ley reglamentada", y el literal d) "porque es abiertamente contradictorio con el (artículo) tercero del mismo Decreto".

El artículo 7º en su parte impugnada dice:

"Toda solicitud tendiente a lograr la autorización estatal para la celebración de concentraciones jurídico económicas deberá contener los siguientes informativos:

"a) Certificación expedida por la Superintendencia de Regulación Económica sobre la circunstancia de que ninguna de las empresas que pretendan fusionarse ha sido sancionada o reconvenida por la práctica de sistemas o procedimientos restrictivos de la libre competencia".

"d) Certificación de la Superintendencia de Regulación Económica sobre presentación de los documentos exigidos por el artículo 3º del presente decreto, correspondientes al semestre anterior a la fecha de la solicitud".

El actor ataca el literal a) por considerar que "el hecho de haber sido sancionado por prácticas restrictivas de la libre competencia no priva del derecho de fusionarse con fusiones que no tiendan a producir limitaciones indebidas..." y agrega que "muchas veces la fusión buscará precisamente curar a la empresa de la necesidad de ese mal procedimiento, salvo que la sanción, vigente a la sazón, hubiere consistido en retirarle el permiso de funcionar, caso en el cual el certificado resulta exigencia innecesaria porque el Ministerio, que para el efecto se identifica con la Superintendencia de Regulación Económica, dispone de ese antecedente".

El cargo de ilegalidad del literal a) por violación del parágrafo 1º del artículo 4º de la ley en el concepto arriba expresado no parece tener fundamento, ya que dicho parágrafo dice simplemente: "El Gobierno Nacional deberá objetar la operación, previo concepto del Consejo de Política Económica y Planeación, si tiende a producir una inde-

bida restricción de la libre competencia", y no se advierte a primera vista que la obligación de presentar certificado relativo a no haber sufrido sanciones viole ese parágrafo.

No procede, pues, la suspensión provisional del literal a) del artículo 7º del Decreto.

El literal d) del artículo 7º, según el demandante "es abiertamente contradictorio al artículo 3º del mismo Decreto".

Las demandas de nulidad, y más aún las peticiones de suspensión provisional, sólo pueden fundarse en violaciones de normas superiores y no en pretendidas contradicciones entre los textos de un mismo decreto reglamentario. Si ocurren incongruencias o dificultades de interpretación de éste se resolverán según las reglas de hermenéutica y deberá prevalecer en último análisis la intención del legislador claramente manifestada en el artículo 1º y, para el caso de las fusiones, en el 4º de la Ley 155 de 1959.

No hay, pues, fundamento para suspender el literal d) del artículo 7º del Decreto.

Artículo octavo del Decreto

La petición de suspensión provisional la funda el actor en que "viola claramente el 4º de la ley reglamentada".

Dice el Capítulo II de la demanda que por medio del artículo 8º se arroga "una facultad que no le da la ley, y es la de revocar o suspender una autorización de consolidación a las empresas que infringieren las normas de la ley reglamentada". Agrega el actor que "las empresas pueden fusionarse si el Gobierno no objeta la operación y su fusión entra en el derecho común: la nueva persona estará sometida a disolución en los casos de la ley y de su contrato. La revocación de que trata el artículo 8º tendría por efecto volver las cosas a su estado anterior, o sea al estado de personas independientes. Ha equivocado en este caso el Gobierno el procedimiento propio: si la empresa producto de la fusión infringe la ley, ha de ser sancionada de acuerdo con ésta, o sea con el retiro de las acciones de los mercados públicos o con la prohibición de funcionamiento, o bien con las otras sanciones que la ley autoriza. Pero en manera alguna con sanciones de creación reglamentaria".

El artículo impugnado dice:

"Las autorizaciones que el Gobierno Nacional confiera o haya con-

ferido para la consolidación, fusión o integración de empresas industriales dedicadas a una misma actividad económica, podrán ser suspendidas temporalmente o revocadas, cuando se compruebe la violación de las normas antimonopólicas consagradas por la Ley 155 de 1959 por parte del consorcio industrial integrado por la concentración jurídico-económica de las empresas que operaban independientemente".

Ya se ha transcrito arriba el artículo 4º de la ley para el efecto de comparar su texto con el del artículo 8º del Decreto.

De dicha confrontación se deduce lo siguiente:

Es cierto que la disposición legal impone a las empresas en los casos comprendidos en la hipótesis respectiva la obligación de informar las fusiones, consolidaciones o integraciones que proyecten y someter la ejecución del proyecto al examen del Gobierno, y que a éste impone el deber de objetar la operación, previo el concepto del Consejo Nacional de Política Económica, "si tiende a producir una indebida restricción de la libre competencia". Parece claro que las objeciones serán razonadas y que podrán dar lugar a que el proyecto se modifique en tal forma que ellas desaparezcan; pero, de todos modos, la decisión final del Gobierno (Superintendencia de Regulación Económica) trae como consecuencia que la operación se pueda efectuar si no hay objeciones y que no se lleve a la práctica en caso contrario. Si contra las objeciones del Gobierno se efectuare la operación sería nula por objeto ilícito, según el artículo 19 de la Ley.

Si la operación se efectúa porque el Gobierno no la objeta, será válida. Es entonces cuando podría sobrevenir la aplicación del artículo 8º del Decreto, cuando la concentración de empresas, ya en desarrollo de las actividades proyectadas y no objetadas, infringiera comprobadamente las normas antimonopólicas de la ley reglamentada. Es obvio que entonces el Gobierno sólo podría aplicar, previo el correspondiente proceso administrativo, las sanciones autorizadas por la misma ley en su artículo 14. Y sería la norma de este artículo la que resultaría violada eventualmente, en un caso concreto, si la Superintendencia de Regulación Económica suspendiera o revocara el acto por el cual se hubiera abstenido de objetar o hubiera positivamente autorizado la operación contemplada en el artículo 4º de la Ley 155. Si tal violación del artículo 14 de la ley ocurriera, los interesados tendrían a su disposición los recursos legales, y entre ellos el muy eficaz que consigna el artículo 16 de la ley, precisamente para el caso de resoluciones prohibitivas del funcionamiento de la empresa o empresas infractoras de las normas antimonopólicas. Ese recurso consiste en demandar la resolución ante el Consejo de Estado, con el efecto de que la demanda suspendería automáticamente la ejecución del acto impugnado en ella. Por lo pronto, y como el cargo se formula concretamente por violación

del artículo 4º de la ley y ésta no aparece evidente a primera vista por los conceptos que expresa el actor, no hay lugar tampoco a la suspensión provisional del artículo 8º del Decreto.

Artículo noveno del Decreto

La petición de suspensión provisional de éste la funda el demandante en que "infringe claramente los artículos 30 y 44 de la Constitución y el 4º de la le reglamentada".

Dice así el artículo noveno:

"Los consorcios industriales que existan antes de la vigencia de la Ley 155 de 1959 y las concentraciones jurídico-económicas que se hayan organizado con posterioridad a su vigencia, deberán presentar a la Superintendencia de Regulación Económica dentro de los noventa días siguientes a la vigencia del presente Decreto reglamentario los documentos requeridos por el artículo 3º de este estatuto, y necesitarán autorización de la citada entidad para continuar ejerciendo sus actividades económicas".

Para explicar el concepto de la violación, dice el actor en el Capítulo II del libelo:

"La ley reglamentada dispuso en su artículo final que regirá desde su sanción y fue sancionada el 24 de diciembre de 1959. Por lo tanto las combinaciones o uniones o ligas de empresarios realizadas antes de su vigencia no quedaron sometidas a ningún requisito para su validez ni para continuar ejerciendo su actividad económica. El artículo adolece además, de exceso, porque somete a toda concentración a requisitos, sin cuidar de que esté o no dentro de los supuestos de la ley reglamentada. Y, de otro lado, porque exige permiso para continuar ejerciendo sus actividades a empresas consolidadas aunque se hayan fusionado de acuerdo con la ley, con lo cual da efecto retroactivo al reglamento mismo. Por lo demás, las empresas consolidadas no deben quedar sujetas, después de coaligarse válidamente, a otra cosa que a los procedimientos que la ley estatuye para sancionar a los que infrinjan sus mandatos. El artículo 9º es ilegal en cuanto da a la ley efecto retroactivo, que no tiene, y somete a los consorcios formados antes y después de la vigencia de la ley, a autorización estatal para funcionar, requisito que la ley reglamentada no exige..." "Nuestra Carta ampara los derechos adquiridos con justo título contra la acción de leyes nuevas, en su artículo 30 y sólo permite dar efecto retroactivo a leyes expedidas por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador. Como la ley reglamentada no es una ley formalmente retroactiva de las que excepcionalmente autoriza la Carta, y por el con-

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

trario explícitamente defiere su vigencia para el tiempo posterior a su sanción, el artículo acusado es nulo. De la irretroactividad de la ley participa, por razones análogas, el reglamento, por lo cual es nula la disposición de éste que trata de exigir revalidación de actos legalmente cumplidos".

Se procede a estudiar los cargos que quedan limitados, por lo visto, a violación del artículo 30 de la Constitución, en cuanto supone el demandante que, cualesquiera forma de concentración jurídico-económica que se hubiera pactado por las empresas con anterioridad a la Ley 155 de 1959 o que se hubiese establecido desde la vigencia de ella hasta la del Decreto, constituye un derecho adquirido por los interesados para continuarlas.

La ley reglamentada fue expedida en desarrollo del artículo 32 de la Carta, como arriba se dijo, y establece prohibiciones que limitan a las empresas su actividad por razones de interés social. Esas limitaciones no se refieren al derecho mismo de propiedad, puesto que no se va a privar de ella a los empresarios, sino al ejercicio de su actividad como tales. Y el artículo 18 del C.C. dice:

"Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior tienen efecto general inmediato".

. . . . . .

"Si las leyes establecieren nuevas condiciones para el ejercicio de una industria, se concederá a los interesados el término que la ley señale, y si no lo señala, el de seis meses".

Las prohibiciones y restricciones instituídas por la Ley 155 de 1959 a la absoluta libertad de que antes gozaban las actividades económicas de las empresas comenzaron, pues, a regir desde el 24 de diciembre de aquel año, día de su sanción. Puede suceder que de hecho, por no existir hasta la expedición del Decreto reglamentario, o sea hasta el 10 de diciembre de 1962, la organización administrativa necesaria para hacer cumplir esas normas, se haya prolongado el ejercicio de actividades por ellas prohibidas.

En el artículo 3º del Decreto se ha ideado un medio para obtener la información necesaria en orden a averiguar si las empresas, en general, están violando o no las prohibiciones de la ley antimonopólica. Es la obligación que se les impone de informar sobre los puntos enumerados en dicha disposición. Viene luego el artículo noveno del Decreto y les ordena a las empresas comprendidas en la hipótesis del artículo

4º de la ley que dentro de los noventa días siguientes a la vigencia del Decreto envíen a la Superintendencia de Regulación Económica esos mismos informes. Deberá iniciarse, con vista de ellos y de las demás pruebas que puedan allegarse, una investigación que tiene por objeto saber si tales empresas están desarrollando actividades que infringen las prohibiciones de la ley. En caso afirmativo, tales actividades, aunque estén respaldadas por contratos válidos en la época de su celebración, han dejado de ser lícitas desde cuando entró en vigencia la ley que ellas infringen. Las empresas afectadas podrían, por consiguiente, ser declaradas infractoras de las normas vigentes.

Pero es más: el artículo noveno del Decreto dispone implícitamente que las concentraciones a que se refiere el artículo 4º de la ley que estén funcionando actualmente y fueron constituídas antes, rindan su informe para dar lugar a que el Gobierno objete o permita en lo sucesivo su actividad económica. Las formas de organización a que el artículo 4º de la ley se refiere son modos de ejercer las empresas su actividad. Si se halla que esos modos de ejercer la correspondiente industria infringen las normas antimonopólicas, no hay razón para que se considere que el Gobierno atente contra un derecho adquirido si las objeta para que no puedan seguir operando en contravención a las normas vigentes desde el 24 de diciembre de 1959. Y más aún, desde el 10 de diciembre de 1962. No aparece ningún ostensible desconocimiento de derechos adquiridos conforme al artículo 30 de la Carta. Ni tampoco al 44, porque ya la libertad absoluta para formar compañías o asociaciones y para que las fundadas anteriormente sigan funcionando, está restringida y condicionada por la Ley 155 de 1959 en cuanto a los convenios o las prácticas que ella prohibe. Tampoco se ve ostensible violación de esta ley, pues no se le da a ella en el artículo noveno el efecto retroactivo que pretende el autor.

No procede, pues, la suspensión del artículo 9º.

Parte final del artículo 10º del Decreto

Para pedir su suspensión provisional dice el actor que en ella se extienden las incompatibilidades establecidas en el artículo 5º de la ley reglamentada, transgrediéndolo, así como el artículo 39 de la Carta.

En el capítulo II de la demanda explica el cargo diciendo que "se agregan nuevas incompatibilidades a las consagradas en la ley que reglamenta, al incluír en la prohibición a los dependientes de las empresas industriales que tengan funciones distintas a las de la dirección o administración".

También ataca el artículo 10º por discriminatorio, pues se refiere sólo a las **empresas industriales,** en tanto que el artículo 5º de la ley

establece la incompatibilidad para las "empresas cuyo objeto sea la producción, abastecimiento, distribución o consumo de los mismos bienes o prestación de los mismos servicios..." Aun cuando esta crítica puede ser razonable, constituye apenas una omisión en el reglamento, subsanable por el Gobierno, y no propiamente una violación del artículo reglamentado.

Respecto al cargo de que la parte final del artículo 10º del decreto reglamentario establece incompatibilidades no previstas en el artículo 5º de la ley, por cuanto el mismo texto del aparte final impugnado está diciendo que las incompatibilidades consagradas en la citada disposición legal se extienden a los funcionarios designados en ella, se tiene lo siguiente:

El artículo 5º de la ley reglamentada dice:

"Extiéndese la incompatibilidad establecida en el artículo 7º de la Ley 5ª de 1947, para los miembros de las Juntas Directivas y los Gerentes de establecimientos de crédito y Bolsas de valores, a los Presidentes, Gerentes, Directores, representantes legales, administradores y miembros de Juntas Directivas de empresas cuyo objeto sea la producción, abastecimiento, distribución o consumo de los mismos bienes o la prestación de los mismos servicios, siempre y cuando tales empresas, individual o conjuntamente consideradas, tengan activos por valor de veinte millones de pesos o más".

¿Cuál es la incompatibilidad establecida en la ley de 1947?
El artículo respectivo dice en lo pertinente:

"Los miembros de las Juntas Directivas y los Gerentes de los establecimientos bancarios no podrán pertenecer a Juntas Directivas de otros establecimientos de crédito, ni a las Bolsas de Valores, con excepción de la Junta Directiva del Banco de la República".

La ley 155 de 1959 extendió esas incompatibilidades a todas las empresas a que su artículo 5º se refiere, pero no se limitó a prohibir que los gerentes y los miembros da las juntas directivas de unas empresas pudieran ser miembros de las juntas directivas de otras. Dijo que no podrían serlo "los Presidentes, Gerentes, Directores, representantes legales, **administradores** (se subraya) y miembros de juntas directivas". ¿Qué es entonces lo prohibido? Que sean miembros de las juntas directivas de unas empresas los que desempeñen en las otras cualesquiera de las funciones enumeradas. Y debe observarse que las denominaciones de los cargos dicen relación a funciones directivas y administrativas. El espíritu de la disposición, armonizándolo con el conjunto de la ley, dados los objetivos que ella persigue muy claramente, es el de prohibir que alguien pueda tener puesto en las juntas directivas de

las otras empresas a que se refiere el artículo cuando esté ejerciendo funciones ya propiamente directivas, ya administrativas en alguna de ellas. Para los fines de la ley sería prohibido, pues, ser miembro de la junta directiva de una empresa quien desempeñara en otra funciones de dirección o de administración, cualquiera que sea la palabra con que se denomine el cargo. De otro lado, las palabras **directores** y **administradores** no tienen idéntica significación para el legislador, pues si lo tuvieran no las habría empleado ambas, máxime cuando separadamente mencionó a los miembros de juntas directivas, a los cuales también suele llamárseles directores en el lenguaje corriente.

La palabra **director** significa el que dirige, rige o gobierna algo, aun cuando sea una sola parte o una sola actividad de la organización correspondiente. A su vez, la palabra **administrador** se predica de quien administra, y administrar es un verbo de significación más amplia y elástica que dirigir, puesto que se aplica, según el Diccionario de la Academia Española, no sólo al que gobierna o rige sino al que simplemente cuida de algo. Y así, por ejemplo, el administrador de un depósito de granos o de maderas puede ser apenas el que cuida de él y lleva nota de lo que entra y lo que sale, sin que tenga propiamente ninguna facultad de decisión y sólo esté a su cargo la responsabilidad de custodiar o guardar las cosas depositadas. El mismo Diccionario tiene como segunda acepción de **adminsitrar:** "Servir o ejercer algún ministerio o empleo". Basta, por tanto, que alguien tenga un cargo al servicio de otro para que el ejercicio respectivo sea **administrar.** Y así, administrar el cargo equivale a desempeñarlo, a cumplir las funciones de cualquier clase que se le hayan adscrito al dependiente o empleado. En consecuencia, se llega a que **administrador** en un sentido lato puede denominarse a cualquiera que sirva o desempeñe una función. Como la ley reglamentada no ha dado una definición de esa palabra que restrinja su contenido a las personas que ocupen en las empresas cargos con funciones y responsabilidades decisorias, haciendo equivalentes a los administradores y a los directores —pues éstos al dirigir sí deciden, aun cuando su función se limite por la cuantía o la trascendencia de lo que tengan a su cargo— no parece evidente que el artículo 10º del Decreto reglamentario exceda lo dispuesto en el artículo 5º de la ley reglamentada.

El artículo impugnado dice en su aparte primero:

"Para el control de las incompatibilidades establecidas en el artículo 5º de la Ley 155 de 1959, las empresas industriales sujetas a la intervención del Estado deberán presentar semestralmente a la Superintendencia de Regulación Económica las nóminas de las Juntas Directivas y de los funcionarios de representación legal, dirección y administración".

Esto no contraría ni excede, al menos de un modo evidente, lo dispuesto en el artículo 5º de la ley, según lo ya expresado.

Y el último aparte dice así:

"Tales incompatibilidades extiéndense a los dependientes de las respectivas empresas industriales que ejerzan funciones distintas a la dirección o administración de las mismas".

Hay que convenir en que la redacción de este aparte no fue afortunada. Se entiende, por el primer aparte, que la prohibición o incompatibilidad del artículo quinto de la ley se aplica a toda clase de funcionarios de dirección o administración de las empresas relacionadas, de modo que quienes desempeñen cualquier función directiva o administrativa en una de ellas no podrán ser miembros de las juntas directivas de las otras. Y en esto, como se ha explicado, parece que el artículo reglamentario no se excede del texto de la ley. Pero se agregó en el segundo y último aparte algo que resulta anodino por imposibilidad de que se realice la hipótesis que contempla, ya que habría de preguntarse: ¿Cuáles son los dependientes de una empresa cuyas funciones no pertenezcan ni a la dirección ni a la administración de ella y, sobre todo, a esta última?

Por lo dicho, no es el caso de suspender provisionalmente la parte final del artículo 10º del Decreto en concepto de que viole por exceso el texto del artículo 5º de la ley reglamentada.

La violación del artículo 39 de la Constitución tampoco resulta evidente, pues no se ve cómo la prohibición de ser miembro de una junta directiva quien desempeñe cualquier función directiva o administrativa en otra de las empresas relacionadas atente contra la libertad de escoger cualquier profesión u oficio.

Artículo trece del Decreto

Pide su suspensión provisional el demandante "en cuanto exige escalas de precios, porque viola claramente el artículo 9º de la ley reglamentada que hace opcional la fijación de precios de venta".

Aquí se da de una vez el concepto en que la violación le parece manifiesta. Y en el Capítulo II de la demanda se explica con más amplitud ese concepto. Dice que el artículo 9º de la ley da libertad a las empresas industriales para fijar o no precios de venta al público. Y hace varias consideraciones sobre la conveniencia de que tal libertad exista. Agrega que "la ausencia de listas de precios no constituye com-

petencia desleal". Más adelante opina: "El autor del reglamento(es decir, el Gobierno) ha querido en esto no propiamente atender al interés de la ley, sino al suyo propio que el legislador no tuvo en mira, procurándose un medio fácil, mecánico y ciego de control de un aspecto de la libre concurrencia y **de la concurrencia desleal, cual es que el productor venda a precios inferiores a los que exige a los distribuidores independientes**..." (se subraya).

Y en otro aparte sostiene: "Erigir, pues, en infracción a la ley una omisión que no implica transgresión, con el solo fin de evitar procurarse elementos de convicción es un mal uso de la facultad reglamentaria".

Véase ahora lo que dispone el artículo impugnado en lo pertinente:

"Para efectos de la restricción establecida por el artículo 7º de la ley, constituyen competencia desleal por parte de las empresas industriales que distribuyen directamente o por medio de filiales sus propios medios de producción, la ausencia de escalas de precios..."

El artículo 7º de la ley, a que se refiere el 13 del decreto, dice así:

"Las empresas industriales que establezcan o hayan establecido sistemas directos de distribución de sus productos o por intermedio de empresas comerciales, autónomas o filiales, no podrán vender sus artículos, mercancías o productos por procedimientos que impliquen competencia desleal para con los comerciantes independientes que negocien con los mismos artículos o productos".

El propio demandante reconoce que implica competencia desleal el que un productor venda a precios inferiores a los que exige a los distribuidores independientes de sus productos. Esto justifica el que el Gobierno, al reglamentar la ley, exija a las empresas de que trata el artículo 13º la fijación de escalas de precios, de modo que los distribuidores independientes de los productos de aquéllas no puedan ser víctimas de ese procedimiento desleal. Aunque el actor dice que la omisión de la fijación de escalas de precios no constituye por sí misma la competencia desleal, el Gobierno, con el objeto de impedir que tal forma de competencia ilícita se practique, parece que puede disponer que las empresas a que alude fijen y hagan conocer las escalas de precios estableciendo la presunción de que están compitiendo en forma desleal con los distribuidores independientes, las que así no procedan. El que el Gobierno haya querido por ese medio facilitarse la vigilancia y descubrimiento del hecho que el legislador prohibe, ordenando que tales empresas productoras y distribuidoras a la vez establezcan sus escalas de precios, no parece violar el artículo 9º de la ley, sino instituir un procedimiento para que no se incurra en la práctica desleal que la ley

prohibe.

Dice el citado artículo 9º:

"Cuando las empresas industriales fijen precios de venta al público, ni la misma empresa directamente, o por medio de filiales o distribuidores, ni los comerciantes independientes podrán venderlos a precios diferentes de los fijados por el productor, so pena de incurrir en las sanciones previstas para los casos de competencia desleal".

Este artículo contempla una hipótesis en parte distinta de la del artículo 7º, pero se relaciona con él y no parece que establezca la libertad de fijar precios de venta al público, según lo pretende el actor. La hipótesis es que, si los fija, ni la empresa productora, ni sus filiales y distribuidores, ni los comerciantes independientes, pueden vender a otros precios, pues cualquiera de ellos que lo haga incurre en competencia desleal.

Por lo razonado hasta aquí no parece que el artículo 13 del Decreto viole, al menos de un modo claro y manifiesto, el artículo 9º de la ley reglamentada, el cual debe relacionarse con el 7º. Así, pues, no procede la suspensión provisional del artículo 13.

Literal b) del artículo 16 del Decreto

Se pide la suspensión provisional de él "en cuanto prohibe cesar en la producción agropecuaria sin causa justificada, porque viola claramente el artículo 39 de la Constitución".

El artículo 16 del Decreto considera como actos de competencia desleal, desarrollando la definición del artículo 10º de la ley, algunos no especificados en la enumeración no taxativa del artículo 11. El decreto agrega algunos, entre ellos el del literal b) que dice:

"El abandono de cosechas, cultivos o plantaciones o de productos agropecuarios, y el cese de su producción, sin causa justificada".

No es evidente que lo establecido en el literal copiado viole la libertad de industria como dice el actor, quien agrega en su comentario del Capítulo II que "en virtud de esa libertad cada cual puede ocuparse en lo que le parezca connveniente, siempre que se trate de una actividad lícita, sin tener que explicar por qué lo hace ni por qué dejó de hacer lo que antes hacía".

Lo que se considera en el literal impugnado competencia desleal es el cese en la actividad productora, el abandono del trabajo. Ese acto negativo estaría más bien relacionado con el ejercicio del derecho

de propiedad. Y no limitaría su uso, sino una forma de abuso de ese derecho en virtud de que él es una función social, que implica obligaciones, según el principio consagrado en el artículo 30 de la Carta. Con las autorizaciones del artículo 32, ya se ha dicho, se expidió la Ley 155 de 1959, que impone ciertas restricciones a la libre actividad de las empresas en beneficio de la sociedad. El **abandono injustificado de la producción de artículos esenciales a la economía y a la masa de consumidores, como son los agropecuarios**, es lo que ha sido comprendido por el literal b) del artículo 16, entre los actos de competencia desleal que genéricamente prevé el artículo 10º de la ley reglamentada. Se fundó el Gobierno en ese artículo, quizá por considerar dicho abandono contrario al honrado y normal desenvolvimiento de la industria agropecuaria. No aparece, pues, evidente infracción del artículo 39 de la Carta por el concepto expresado en la demanda.

La suspensión provisional del literal b) del artículo 16 del Decreto no procede por dicha razón.

Artículo diez y siete

El demandante pide su suspensión provisional "porque viola el artículo 76 (1º y 2º) de la Constitución y además el 107 y el 252 del Código Judicial".

En el Capítulo II del libelo se explican los conceptos de violación así:

"Este artículo es claramente ilegal e inconstitucional; ilegal porque la ley al estatuír que las acciones por perjuicios originadas en infracciones de ella se tramitan por la vía ordinaria ha dejado intactos la competencia y el procedimiento vigentes, que el Decreto cambia; inconstitucional, porque los Códigos, en este caso el de Procedimiento Civil, no pueden ser reformados siquiera por el Congreso en la forma común, sino que están sometidos a requisitos especiales en el artículo 80 de la Carta".

Lo transcrito basta para conocer el concepto de la violación. El artículo acusado dice:

"Será competente para conocer de la acción indemnizatoria de perjuicios establecida por el parágrafo del artículo 11 de la Ley 155 de 1959, el juez competente del domicilio del damnificado, y en razón de la cuantía de los daños causados. Esta demanda no estará sujeta a reparto, y deberá ser acogida y sustanciada de plano".

El parágrafo del artículo 11 de la ley dice simplemente:

"Todos los perjuicios que se causen a terceros por las prácticas, procedimientos o sistemas prohibidos por esta ley o por actos de competencia desleal, dan acción de perjuicios por la vía ordinaria".

Era esto cuanto la ley necesitaba establecer. Estatuído el derecho a la acción y dicho que ella se tramitaría en juicio ordinario, el Código de Procedimiento Civil contiene todas las normas que debe obedecer la jurisdicción para que el juicio se inicie y prosiga hasta el fallo. No está dentro de las facultades del Gobierno como suprema autoridad administrativa reglamentar nada atinente a los procedimientos judiciales, precisamente porque ellos no son materia administrativa. Y es evidente que al Congreso corresponde expedir códigos en todos los ramos de la legislación **y reformar sus disposiciones.**

Por ser uniforme y demasiado conocida la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al respecto se omite citar en esta providencia cualquiera de los fallos en que esa alta Corporación ha declarado, en guarda de la Constitución, que la reglamentación de las leyes que versan sobre materias civil y penal, organización judicial y normas procesales no es de la competencia del Presidente de la República.

El artículo 17 del Decreto, en cuanto establece que para el caso de las demandas sobre indemnizaciones de perjuicios ocasionados por transgresiones a la Ley 155 de 1959 es competente el juez del domicilio del demandante, modificando las reglas contenidas al respecto en el artículo 152 del C. de P. C., y en cuanto dispone que estas demandas no se someterán a reparto y deberán ser acogidas y sustanciadas de plano, y modifica, por tanto, el artículo 107, en relación con el 97 del mismo Código, resulta claramente violatorio de estas disposiciones legales y de las normas constitucionales citadas también por el demandante. Debe ordenarse la suspensión provisional del artículo 17 del Decreto por tales razones.

Artículo diez y ocho

Solicita el actor la suspensión provisional de este artículo "porque viola claramente el régimen probatorio, y concretamente el artículo 593 del C.J. y todos los siguientes y concordantes del título 17, en concordancia con el 282 del C.C.A."

Se transcribe en seguida el artículo impugnado para mejor apreciar los conceptos en que el actor lo considera violatorio de los artículos del C. de P. C. sobre pruebas.

Dice el artículo diez y ocho:

"Las denuncias que se hagan ante el Ministerio de Fomento por violaciones a las normas consagradas en la ley antimonopólica podrán presentarse oralmente o por escrito, y su motivación consistirá en la enumeración concreta del infractor o infractores, de su domicilio social o comercial y de los actos o hechos configurativos de la violación denunciada. La prueba sumaria requerida por el artículo 12 de la ley 155 de 1959, en dos declaraciones extrajudiciales, o en la información del denunciante ratificada bajo la gravedad del juramento ante una autoridad judicial, en orden a evitar la temeridad de la denuncia".

El actor presenta en el Capítulo II el siguiente concepto de violación:

"Al aceptar denuncias orales, sin establecer que hayan de consignarse en una diligencia escrita, suprime una garantía de la ley a favor del empresario acusado..." "Una denuncia verbal que no se consigne en una diligencia escrita, es como una demanda verbal carente del mismo requisito, por lo tanto genera arbitrariedad e injusticia".

Este primer cargo ninguna relación tiene con los artículos del C. de P. C. que cita como violados. Más bien hubiera podido referirse a lo que el C. de P. P. establece sobre requisitos de la denuncia. Pero el actor no cita este artículo como violado.

Por otra parte, la circunstancia de que la disposición reglamentaria acusada no diga expresamente que la demanda verbal debe recogerse en una acta no quiere decir que esta indispensable formalidad se excuse. Si así no se hiciera ¿cómo constaría entonces la denuncia presentada, con todo su contenido?

Después expresa el actor este otro concepto de violación:

"En cuanto a la prueba sumaria, tras limitarla caprichosamente a una sola de las formas en que puede presentarse, la hace consistir en el denuncio mismo, juramentado. Es obvio que el denuncio no es prueba de la existencia del hecho denunciado sino afirmación de que se ha cometido ese hecho y el juramento no le agrega nada cuantitativo. Por lo demás, todo denuncio ha de ser jurado, de acuerdo con nuestra legislación, luego el estatuído en la ley que se reglamenta ha de someterse a ese requisito como garantía contra el abuso del derecho..." "Aceptar como prueba sumaria el denuncio, así sea jurado, es derogar uno de los presupuestos que ella ha establecido y despojar al acusado de una garantía".

Antes de estudiar este cargo debe tenerse en cuenta lo que dispone el artículo 12 reglamentado:

"El Ministerio de Fomento, de oficio o por denuncia de cualquier persona, podrá promover por intermedio de la Superintendencia Bancaria, la Superintendencia de Sociedades Anónimas, o la Superintencia de Cooperativas las investigaciones por violaciones a esta ley.

"En caso de que el control de la empresa no esté adscrito a las entidades antes dichas, la investigación estará a cargo del Ministerio de Fomento. La denuncia deberá ser admitida por el Ministerio, siempre que se presente debidamente motivada, y acompañada de prueba sumaria".

No se trata, pues, de dictar un fallo, sino de que la autoridad competente inicie una investigación relativa a hecho incluído entre los que la ley antimonopólica define como contravenciones. No es tampoco una demanda civil. Se trata de un asunto de derecho público. Y la materia se asimila más a la penal, a la que genéricamente corresponde.

La ley exige, para que estas denuncias obliguen a abrir la investigación, que se presenten debidamente motivadas y acompañadas de prueba sumaria justificativa. Según el artículo 14 del C. de P. P. toda denuncia debe ser juramentada y recibirse con los requisitos señalados. Pero el artículo 12 de la ley exige, además, en el caso contemplado, la prueba sumaria del hecho como requisito para iniciar la investigación, con lo cual parecería que no basta la disposición juramentada del denunciante, como lo sostiene el actor. Con todo, es indispensable tener en cuenta que, según el mismo artículo 12 de la ley, la autoridad competente puede iniciar de oficio la investigación. Queda entonces al criterio del funcionario competente y bajo su responsabilidad, iniciarla con base en los datos e informes que lleguen a su conocimiento y le parezcan atendibles para ese efecto. Y si el funcionario competente puede proceder de oficio a investigar, ¿por qué no puede el Gobierno disponer en la reglamentación que la denuncia juramentada y formulada con los demás requisitos de contenido establecidos en el artículo 18 del Decreto, sea suficiente para lo mismo?

La crítica del actor al artículo 18, en cuanto limita la prueba sumaria de que habla el artículo 12 de la ley reglamentada, es admisible, ya que —como la jurisprudencia y la doctrina lo dicen— por prueba sumaria ha de entenderse la prueba plena aún no sometida a contradicción, o, más claro, aquella que la parte a quien afecta no ha tenido oportunidad de infirmar o controvertir. Las declaraciones de dos testigos hábiles y acordes constituyen, pues, prueba sumaria, pero no son la única prueba sumaria, como lo dice el artículo 18 del Decreto. A la luz de lo expuesto, y dada la facultad de proceder de oficio a investigar, ¿no podría ser prueba sumaria suficiente un documento que provenga

de la empresa y en el cual aparezca empleando alguna de las prácticas prohibídas? Claro que sí. Pero, se repite, la **facultad** que tiene el Ministerio (ahora la Superintendencia de Regulación Económica) para proceder de oficio a investigar las presuntas infracciones de la ley antimonopólica le impone también la obligación de iniciar las averiguaciones cuando a su conocimiento lleguen informes, aun cuando no sean presentados con las formalidades de la denuncia, si los informantes aportan elementos documentales o de otra índole suficientemente dignos de ser considerados como base de investigación.

En definitiva, los cargos formulados por el actor al artículo 18 no estriban siquiera en aparentes violaciones de las normas que él cita en la petición de suspensión provisional, sino de otras a que alude sin citarlas en el Capítulo II que titula "Hechos fundamentales de la acción" y tampoco aparece evidente la violación de éstos.

En rigor, no estaba obligada esta Sala Unitaria a estudiar este punto, por falta de cita concreta de las normas violadas. Lo ha hecho, sin embargo, por deferencia a los razonamientos que hace el actor al emitir su concepto de violación.

El artículo veinte

Se pide su suspensión "porque viola manifiestamente el artículo 13 de la ley reglamentada".

Se explica el cargo así:

"La ley establece un plazo prudencial hasta de treinta días para que el investigado conteste el traslado del acta de conclusiones y se justifique. El reglamento reduce ese término a diez días con lo cual el sistema de la ley, de prudente ponderación de las circunstancias según el cual el traslado podrá ser de menos o de más de diez días, con límite a treinta, no será aplicado".

En este caso sí basta comparar lo establecido en el artículo 13 de la ley reglamentada con lo que dispone el decreto, respecto al término del traslado, para que resulte la contradicción evidente.

El artículo 13 de la ley dice:

"Del acta de conclusiones se dará traslado por un término prudencial **hasta de treinta (30) días** a las entidades denunciadas o que en el curso de la investigación resultaren implicadas, a fin de que puedan formular sus descargos".

El artículo reglamentario impugnado señala un término igual de diez días para todos los casos. Es evidente que esta disposición rígida, al reducir a diez días el término, cuando el legislador quiso que fuera hasta de treinta días, dejando la fijación dentro de ese margen al prudente criterio del funcionario, contradice la flexible norma superior de procedimiento.

Procede, pues, por ese concepto la suspensión provisional del artículo 20 del Decreto.

Artículo 22 del Decreto

Se pide su suspensión provisional "porque infringe claramente el artículo 14 de la ley reglamentada".

En el Capítulo II explica el actor el concepto de violación así:

"La ley somete la Resolución del Ministerio de Fomento al concepto previo del Consejo de Política Económica y Planeación; el reglamento en el artículo acusado dispone que la Resolución puede dictarse aun sin concepto previo del Consejo. La norma reglamentaria es obviamente nula.

Este cargo también resulta fundado en la evidencia. El artículo 14 de la ley exige al Ministerio oir el concepto del Consejo de Política Económica y Planeación antes de dictar la resolución sobre los hechos investigados. No está facultado el Gobierno para autorizar en el reglamento la omisión de una formalidad ordenada expresamente en la ley.

La suspensión provisional del artículo 22 debe ordenarse por ese concepto.

Artículo 24

La petición de suspensión provisional de éste se funda en que "viola manifiestamente los artículos 14 y 17 de la ley reglamentada y los artículos 26 y 30 de la Carta, y el Código Civil en los artículos 2.124 y siguientes y concordantes; el de Comercio en los artículos 532, 552 y 589, siguientes y concordantes".

El concepto de la violación se expresa en los apartes que se transcriben, por considerarlos esenciales:

"La ley reglamentada establece cuáles penas pueden imponerse a los transgresores de sus mandatos, por medio del artículo 14; en el 17 prevé, además, la adopción de medidas que no constituyen propiamente sanciones. El reglamento agrega a las penas autorizadas por la ley

otras mayores. Es sabido que las normas de derecho correccional y punitivo son de derecho estricto, y que el juez, en este caso el ejecutor administrativo, no puede hacer en ello concesiones de más ni de menos no autorizadas expresamente por el legislador. El derecho universal se inspira también en el principio **nulla poena sine lege"**.

Para razonar sobre la procedencia de la suspensión provisional basta lo transcrito.

El artículo 14 de la ley establece y autoriza a imponer para las contravenciones a ella las siguientes sanciones:

"a) Retiro de las acciones del mercado público de valores;

"b) Prohibición de funcionamiento de la empresa para el caso de reincidencia en la violación de esta ley".

"Además de estas sanciones y de conformidad con la gravedad de los hechos, podrá imponer multas hasta de quinientos mil pesos ($ 500.000) a favor del Tesoro Nacional".

El artículo 24 del decreto dice:

"Además de las sanciones establecidas por el artículo 14 de la ley, la Superintendencia de Regulación Económica o las entidades gubernamentales delegadas podrán imponer las siguientes:

"a) Cancelación de la personería jurídica y de la inscripción en el Registro Público de Comercio;

"b) Pérdida de las concesiones, privilegios o prerrogativas de que gozan las personas naturales o jurídicas sancionadas;

"c) Inhabilitación de tres a diez años para ejercer el comercio y las actividades económicas de las personas naturales o jurídicas infractoras o incursas; y

"d) Inhabilitación para ejercer el comercio durante un lapso de tres a diez años para los funcionarios de empresas por la participación punible que les resulte".

Ninguna de las sanciones que contiene el artículo transcrito están previstas y autorizadas en el 14 de la ley reglamentada. Este pudo pecar por defecto cuando no previó para empresas distintas de las sociedades anónimas, y ante la primera infracción comprobada, penas diferentes de la multa hasta por $ 500.000.00

Pero ciertamente sólo estableció y autorizó a imponer las sanciones expresadas.

El propio Gobierno dice en el artículo 24 que **"Además de las sanciones establecidas en el artículo 14 de la ley"** se podrán imponer por las autoridades gubernamentales las que él agrega. Esto no puede hacerlo el Gobierno en la reglamentación sin exceder manifiestamente sus facultades reglamentarias. Establecidas las sanciones por la ley y en ausencia de expresa autorización al Gobierno para instituír otras, debe ceñirse a ellas. Hay que reconocer, por tanto, que el artículo 24 del decreto excede y viola la norma del artículo 14 de la ley reglamentada."

Procede suspenderlo provisionalmente por ese concepto.

Artículo 25

El actor, en su Capítulo de peticiones sobre suspensión provisional, menciona el 28 donde quiso indudablemente referirse al 25. Excusándole este **lapsus**, se estudia el cargo. Considera él que el "artículo 28 (sic), léase 25) viola expresamente el literal b) del artículo 14 de la ley reglamentada, que establece la sanción en caso de reincidencia y además viola claramente los artículos 43, 76 (13º y 15º) 80, 204 y 206 de la Constitución Nacional".

Véase cómo explica dichas violaciones:

"Por medio de este artículo el autor del reglamento continúa agregando sanciones, si así puede llamarse a una medida como la que establece fuera del específico ordenamiento legal".

Agrega que el artículo busca la bancarrota directa del empresario, o la indirecta, enfrentándole competidores privilegiados. Y que la Administración no puede modificar el arancel, ni el régimen de impuestos, ni cambiar las normas legales que rigen la actividad crediticia.

El artículo 25 del Decreto, así criticado e impugnado, dice:

"En caso de reincidencia por violación de las normas restrictivas consagradas por la ley, el Gobierno propiciará la importación y producción de materias primas o mercancías similares, mediante estímulos cambiarios, arancelarios, fiscales y crediticios como medida tendiente a normalizar el mercado en forma competitiva".

El mismo demandante piensa que lo establecido en este artículo no es propiamente una sanción al contraventor, aun cuando en él se diga que el Gobierno sólo procederá a propiciar esas medidas ante su reincidencia. Además, al expresar que el Gobierno **propiciará** las medidas que allí anuncia no está diciendo que las dictará él mismo, si no

es competente, sino que hará lo que esté dentro de sus atribuciones para que esas medidas se tomen con el objeto muy claro de defender a los consumidores y a la misma economía nacional en su conjunto contra el monopolio que llegue a establecerse mediante el empleo de prácticas restrictivas de la competencia y al favor de un régimen de ciertos estímulos oficiales.

Puesto que esas medidas no aparecen propiamente como una sanción no resulta violado de manera manifiesta por el artículo 25 del Decreto el 14 de la ley. Y en cuanto a las medidas de que se trata apenas serán **propiciadas** y no ordenadas directamente por el Gobierno, si no está dentro de su competencia, no aparece tampoco evidente la violación de los artículos citados de la Carta.

No procede, por tanto, la suspensión provisional del artículo 25.

Artículo 26

Se pide la suspensión provisional de este artículo "porque viola manifiestamente la ley reglamentada en todos sus artículos, toda vez que ésta no prohibe todo monopolio sino los ilegítimos, ni castiga todo desplazamiento de competidores sino los que se hagan indebidamente".

El artículo impugnado dice:

"Las empresas industriales que en alguna forma se beneficien de las medidas de protección económica que dicte el Gobierno no podrán establecer sistemas comerciales de distribución y venta que en alguna forma tiendan a configurar un monopolio de la distribución, al desplazamiento de las empresas comerciales independientes, o a derivar, al amparo de la protección industrial, utilidades de índole puramente comercial".

En el Capítulo II expresa el actor:

"Este artículo no reglamenta a ninguno otro de la ley, sino que relaciona de manera vaga las disposiciones de ésta con otra materia de que no cuida la ley reglamentada, cual es la materia de concesiones, privilegios, facilidades, etc. concedidos por el Estado".

Más adelante dice:

"Esta norma del reglamento podría en determinadas condiciones servir para la recta ejecución de la ley, pero en la forma adoptada constituye un exceso porque puede limitar actividades lícitas".

Pone algunos ejemplos, como el de las empresas ensambladoras, "el industrial de economía pesada, que sin usar procedimientos indebidos de hecho no puede tener competidor", "el industrial poseedor de una patente", etc. Y agrega el actor:

"Lo que la ley prohibe y sanciona son los monopolios ilícitos impuestos por procedimientos que condensen malas prácticas industriales o comerciales, mala fe, abuso del derecho y delito".

Bien leído el artículo 26 del Decreto parece que nada añade el artículo 1º de la ley, donde se establece la prohibición de las prácticas que tiendan a limitar la libre competencia **con el propósito de mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas.** El artículo 26 busca el que las empresas industriales beneficiadas con medidas de protección no abusen de ellas, aprovechándolas para establecer monopolios de la distribución o convirtiendo en fuente de indebidas utilidades comerciales la protección misma.

Parece que en cierto modo el artículo 26 contemplara un caso particular de las prácticas monopolísticas prohibidas por el artículo 1º de la Ley 155 de 1959.

Las glosas del actor tienden más bien a poner de presente los abusos que podrían cometerse por mala aplicación del artículo 1º. Pero esto no implica que él viole la ley en su conjunto, excediéndose de sus previsiones.

No se encuentra, pues, motivo para decretar la suspensión provisional de este artículo como manifiestamente violatorio de la ley reglamentada: El propio actor lo reconoce así implícitamente en uno de sus párrafos arriba transcrito y subrayado.

Artículo 27 del Decreto

Se pide en la demanda su suspensión provisional "porque viola el artículo 18 de la ley reglamentada, el 1º del Código Penal y los artículos 23 y 26 de la Constitución Nacional".

Conviene copiar aquí el artículo impugnado, para leer después el concepto de la violación que trae el Capítulo II de la demanda.

"Artículo 27. Los revisores fiscales, auditores e interventores de las empresas, además de ejercer la vigilancia establecida por el artículo 18 de la ley, se harán penalmente responsables si no denuncian oportuna-

mente los hechos calificados como violatorios a las normas antimonopólicas consagradas por la Ley 155 de 1959".

Dice el demandante que en este artículo se estatuye una responsabilidad penal a dichos funcionarios de las empresas cuando no denuncien las violaciones a la Ley 155. Y agrega:

"Ya se ha comentado que el reglamento no puede erigir en delitos hechos que la ley no lleva a esa categoría; en este caso el reglamento hace de ley para crear un nuevo delito, o mejor, nuevos delincuentes, porque olvidó asignar la pena correspondiente. Es natural que si la violación de la ley se hiciere en forma criminosa, como es posible, el Revisor Fiscal que encubriera el delito se haría responsable en los términos establecidos en la ley penal para sancionar a encubridores. Pero esa responsabilidad, se supone, no hay que declararla. Fuera de ese caso, y de la cooperación que hiciere un Revisor Fiscal en la perpetración del acto delictual, que lo haría directamente responsable, de acuerdo con la legislación penal, sus negligencias en la vigilancia de la observancia de la ley reglamentada no lo convierten en delincuente. El reglamento ha ido más allá de sus poderes. Nuestra Carta dispone que nadie podrá ser reducido a prisión o arrestado, ni detenido, y que nadie podrá ser juzgado, sino conforme a leyes preexistentes. El artículo peca, por lo tanto, de ilegalidad y de inconstitucionalidad".

Como el actor cita concretamente como violados por el 27 del decreto los artículos 18 de la ley reglamentada, 1º del C.P. y 23 y 26 de la Constitución, véase primero qué dice el 18 de la Ley 155 de 1959.

"Los revisores e interventores deberán ejercer una estrecha vigilancia para darle cumplimiento a la presente ley".

Se limita la disposición legal a señalar un deber a esos funcionarios, pero ciertamente omitió establecer una sanción a quienes no lo cumplan. En estas circunstancias, el decreto reglamentario no podía establecer ninguna, pues no le corresponde al reglamento llenar semejante vacío de la ley sin usurpar una atribución propia del legislador. Es verdad también que el artículo impugnado no establece sanción alguna para el acto de no denunciar la infracción de la Ley 155 que esté cometiendo la empresa y conozcan sus revisores fiscales, auditores e interventores. Se limita a declarar que se harán penalmente responsables. ¿Y a quiénes correspondería conocer de esos casos? A los jueces respectivos, quienes no encontrarían una disposición penal violada, pues la ley no erigió ese solo hecho en delito y por ende no le señaló pena. El cabal conocimiento de las leyes, que debe presumirse en los jueces, podrá hacer inocua en la práctica la norma contenida en el artículo 27 del Decreto reglamentario. Pero es claro que él desborda el 18 de la ley. Y podría también suceder que, por ignorancia o descuido,

cualquier juez llegara a instaurar procedimiento penal con la sola base del artículo 27 del Decreto, o sea por el mero hecho de no denunciar uno de los dichos funcionarios de las empresas las contravenciones a la ley en que ellas incurran. Si esto sucediere por virtud del artículo impugnado, esas personas podrían ser **molestadas** con providencias judiciales sin haber "motivos previamente definidos en las leyes" con lo cual, pretendiendo obedecer el artículo reglamentario de que se trata, se violaría claramente el artículo 23 de la Carta, aun cuando nó hubiera lugar a medidas privativas de la libertad, como la detención preventiva, ni a otras de las que la norma constitucional menciona.

Procede, pues, la suspensión provisional del artículo 27 del Decreto.

En mérito de lo expuesto, esta Sala Unitaria resuelve:

1º—Admítese la anterior demanda; comuníquese al Ministerio de Fomento; notifíquese al respectivo señor Agente del Ministerio Público; y fíjese el negocio en lista por el término de cinco días para los efectos del numeral 3º del artículo 126 del C.C.A.

2º—Se ordena la suspensión provisional impetrada respecto de los artículos 17, 20, 22, 24 y 27 del Decreto número 3236 del 10 de diciembre de 1962, por medio del cual se reglamenta la Ley 155 de 1959 sobre prácticas comerciales restrictivas, y no se accede a decretar la suspensión de las demás disposiciones del Decreto a que se refiere la respectiva solicitud del demandante. Comuníquese a la Superintendencia de Regulación Económica del Ministerio de Fomento, lo resuelto en esta providencia, para los efectos legales consiguientes, acompañándole copia de ella.

3º—Reconócese a los doctores José Luis Aramburo y Jorge Uribe Restrepo como apoderados, principal y sustituto respectivamente, del doctor Mario Aramburo, en los términos y para los efectos indicados en el respectivo memorial-poder.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Bonilla Gutiérrez

ORDEN NACIONAL

DECRETOS REGLAMENTARIOS. — SUSPENSION PROVISIONAL

SEGUROS SOBRE BIENES DE LA NACION. — No se accede a revocar la providencia del Consejo de Estado que denegó la suspensión provisional de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 7º del Decreto número 2222 de 1962, reglamentario de los seguros sobre bienes de la Nación, las Intendencias, las Comisarías, los organismos públicos descentralizados y demás personas o entidades de derecho público de carácter nacional, porque los conceptos de violación que se le imputan, implican consideraciones de fondo, que sólo son propias de la sentencia definitiva.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., junio catorce de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. FRANCISCO ELADIO GOMEZ G.)

En ejercicio de la acción pública, el doctor Gonzalo Gaitán, abogado titulado e inscrito, mayor y de este vecindario, mediante demanda presentada el 19 de septiembre último, dirigida a la Sala Contenciosa del Consejo de Estado y repartida al señor Consejero Alejandro Domínguez Molina, solicitó la declaratoria de nulidad del Decreto Nº 2222 expedido el 4 de agosto de 1962 por el señor Presidente de la República con las firmas de los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, Trabajo, Fomento y Salud Pública, "Por el cual se reglamentan los seguros sobre los bienes de la Nación, las Intendencias, las Comisarías, los organismos públicos descentralizados y demás personas o entidades de derecho público de carácter nacional".

En el mismo libelo fue formulada la petición sobre suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

El señor Consejero sustanciador, mediante auto proferido el 30 de octubre último, admitió la demanda, decretó la suspensión provisional del artículo 6º del Decreto enjuiciado, y negó la suspensión de los artículos restantes del mismo Decreto.

No se conformó el doctor Gaitán con esta decisión en lo tocante a la negativa de la suspensión provisional de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 7º del mencionado acto administrativo, y por tal motivo interpuso oportunamente contra aquélla el recurso de súplica para ante los Magistrados restantes de la Sala Contenciosa.

Tramitado correctamente el recurso, se entra a decidirlo, previas algunas breves observaciones de carácter legal.

Para resolver se considera:

El acto enjuiciado por el doctor Gaitán es el Decreto Nº 2222 emanado de la Presidencia de la República el 4 de agosto de 1962, "por el cual se reglamentan los seguros sobre los bienes de la Nación, las Intendencias, las Comisarías, los organismos públicos descentralizados y demás personas o entidades de derecho público de carácter nacional".

El Decreto está concebido en estos términos:

"**Artículo primero. A** partir de la vigencia de este Decreto, todos los seguros sobre bienes de la Nación, las Intendencias, las Comisarías, los organismos públicos descentralizados y demás personas o entidades de derecho público de carácter nacional, se contratarán con La Previsora S. A., Compañía de Seguros.

"**Artículo segundo.** Los seguros que a la expedición de este Decreto se encuentren vigentes en compañías distintas de La Previsora S. A., se contratarán posteriormente con esta última aseguradora, con sujeción a las siguientes normas:

a)—Los a término fijo, al vencimiento del plazo cubierto por la última prima pagada, y

b)—Los a término indefinido, treinta días después de regir el presente Decreto.

"**Artículo tercero.** Lo dispuesto en el artículo anterior no rige para aquellas pólizas de seguros exigidas como condición por una aseguradora privada, en los contratos de mutuo que haya celebrado como prestamista y con anterioridad a la fecha de este Decreto. En tal evento, mientras vence el término del contrato de mutuo, La Previsora S. A. actuará como agencia mediante el cobro de la correspondiente comisión, ante la respectiva aseguradora, con el objeto de asesorar y asistir a la entidad asegurada en todos los trámites y gestiones requeridos durante la vigencia de la póliza.

En todo caso, una vez terminado el contrato de mutuo, deberá contratarse los respectivos seguros con La Previsora S. A., conforme a las normas y plazos del artículo anterior.

"**Artículo cuarto.** La Contraloría General de la República vigilará el cumplimiento de este Decreto y elevará a alcance cualquier gasto que se haga en contravención a lo dispuesto en los artículos anteriores.

"**Artículo quinto.** El Departamento Administrativo de Servicios Generales, asesorado por la Contraloría General de la República, elaborará el inventario de todos los bienes que deban ser materia de seguro, y lo hará conocer de las entidades oficiales de que se trata.

"**Artículo sexto.** La Previsora S. A. reasegurará los excedentes de

los riesgos comprendidos en este Decreto, preferencialmente con Compañías constituídas conforme al artículo 2º de la Ley 105 de 1927, consultando una distribución equitativa respecto a la capacidad de tales reaseguradoras.

"**Artículo séptimo.** Este Decreto rige desde la fecha de su expedición, y deroga las disposiciones que le sean contrarias".

Los considerandos de este acto administrativo fijan la finalidad perseguida por el Gobierno Nacional y el móvil que determinó su expedición.

La Sala los transcribe para apreciar mejor la juridicidad del auto que es materia de revisión a virtud de la súplica interpuesta por el demandante.

Dice el señor Presidente:

"Que el Decreto-Ley 406 de 1959 (febrero 12) dispuso en su artículo 4º que el Estado asumirá directamente los riesgos de sus bienes muebles e inmuebles de valor inferior a cien mil pesos ($ 100.000.00), hasta cuando se reglamentara lo relacionado con los seguros oficiales;

"Que después de un detenido estudio sobre el particular, el Gobierno ha llegado a la conclusión de que es no sólo urgente sino conveniente reglamentar la materia, disponiendo al propio tiempo la contratación de sus riesgos asegurables, con una compañía en la cual el Estado, directa o indirectamente, sea el mayor accionista, a efecto de poder destinar las utilidades o beneficios que se deriven de tal contratación, a un fin social concreto y determinado;

"Que siendo la seguridad social del trabajador público función del Estado, el Gobierno Nacional debe propender, por cuantos medios estén a su alcance, al fortalecimiento económico de aquellas instituciones oficiales o semioficiales dedicadas a prestar este servicio, con el objeto de lograr su mayor eficacia;

"Que estando la Caja Nacional de Previsión —organismo de seguridad social de los funcionarios públicos— estrechamente vinculada a La Previsora S. A., Compañía de Seguros, el Gobierno Nacional considera que es con esta última entidad con la cual el Estado debe contratar sus riesgos asegurables, puesto que, por una parte, dicha Compañía ha modificado sus estatutos limitando su objeto social a la protección de los bienes oficiales a través de los principales ramos de seguros y al de manejo y cumplimiento, sin restricción alguna; y por la otra, porque de este modo la Caja Nacional de Previsión puede desti-

nar las utilidades derivadas de tal contratación a una capitalización rentable que contribuya a la atención eficaz de sus obligaciones para con el trabajador público".

El doctor Gaitán en su libelo formula contra este acto los siguientes cargos:

1º)Exceso en la potestad reglamentaria; 2º) violación del artículo 31 de la Constitución Nacional por establecerse en el Decreto un privilegio con la mira de favorecer a la Caja Nacional de Previsión; 3º) Falta de competencia por parte del Gobierno, ya que sólo el Congreso puede favorecer empresas útiles o benéficas; 4º) Quebrantamiento del artículo 2.079 del C. Civil al confundirse por el Gobierno la persona moral de la sociedad con la de los accionistas; 5º) infracción del artículo 11 de la Carta fundamental al establecerse una preferencia en las sociedades colombianas; 6º) Desconocimiento de las normas privadas que regulan la actividad contractual; y 7º) Violación de los preceptos legales que ordenan la licitación pública en lo relativo a los contratos de seguros con entidades oficiales de carácter nacional.

Todas estas objeciones fueron examinadas detenidamente por el señor Consejero sustanciador a la luz de las disposiciones pertinentes para llegar a la atinada conclusión de que con la expedición del acto enjuiciado no se quebrantaban ostensiblemente los preceptos constitucionales y legales que el demandante estima infringidos claramente.

Como al interponerse y sustentarse el recurso de súplica, el doctor Gaitán se ha limitado a insistir en sus puntos de vista relativos a los cargos distinguidos con los ordinales 2º, 3º y 7º, por estimar infundados los razonamientos hechos por el señor Consejero sustanciador en la providencia que es materia del recurso, la Sala, dada la naturaleza especialde los autos sobre suspensión provisional, estudiará nuevamente en forma breve las objeciones relativas al establecimiento del privilegio de que habla el recurrente; a la carencia de competencia por parte del señor Presidente de la República para la expedición del Decreto demandado; y al incumplimiento de las normas que exigen el requisito de la licitación pública para la contratación de servicios en beneficio de la Administración.

EL PRIVILEGIO

Sostiene el doctor Gaitán, a través de algunos razonamientos, que con la producción del acto acusado se consagró por el Gobierno Nacional un privilegio violándose así en forma ostensible el artículo 31 de la Constitución Nacional.

La Sala estima que, en el caso hoy contemplado, no aparece con caracteres de evidencia la violación de la mencionada norma constitucional. Para aceptar la realidad de este aserto basta observar que para predicar la conformidad o inconformidad existente entre el Decreto demandado y aquel precepto fundamental es indispensable el estudio y el esclarecimiento de cuestiones que se encuentran íntimamente vinculadas a la materia regulada por el Gobierno Nacional en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales.

En efecto, ¿no es necesario determinar previamente la naturaleza del concepto de "privilegio" en el Derecho Administrativo? Concibiéndose el Estado como organización racional de una comunidad política, ¿no puede el Gobierno emplear los medios adecuados para la consecución de sus fines? Pudiendo la Entidad Estatal encomendar el ejercicio de algunas de sus funciones a organismos públicos descentralizados, el beneficio obtenido por éstos, con motivo de la adopción de ciertas medidas por parte del Gobierno, ¿no redunda, a la postre, en provecho exclusivo de la Administración? El Constituyente, al establecer restricciones en el otorgamiento de privilegios, quiso evitar desigualdades económicas injustificadas. Pero ¿podrá aseverarse que hay desigualdad, o desigualdad injustificable e injustificada en el caso de que el Estado, en ejercicio de su propia actividad, coloque mediata o inmediatamente a un organismo público descentralizado en una situación especial que le facilite a éste el cumplimiento de las funciones que se le han encomendado en beneficio de toda la comunidad? Siendo el órgano autónomo un instrumento empleado por la entidad estatal para cumplir eficientemente la función del servicio público y, perteneciendo, en último término, al Estado el patrimonio de aquél, ¿no es, a la postre, la misma Administración la persona que asume los riesgos de sus bienes al contratar con una sociedad cuyo patrimonio le pertenece a la Caja Nacional de Previsión, a quien se le ha confiado la función de la seguridad social de los trabajadores públicos?

COMPETENCIA

La Sala prohija en su totalidad las razones expuestas en la providencia que es materia de revisión al estudiarse el cargo de incompetencia por parte del Gobierno Nacional para la expedición del Decreto demandado. En efecto, correspondiéndole al Gobierno, según la Ley, la conservación de sus bienes y de los que están destinados al cabal cumplimiento de la función del servicio público, ¿viola aquél normas superiores positivas de derecho al realizar los actos necesarios para el cumplimiento normal de tal función? ¿No puede el Estado, al celebrar el contrato de seguros, elegir, en virtud del principio de la libertad contractual, la persona aseguradora?

LICITACION

Este requisito exigido por el Legislador para la contratación de ciertos servicios tiene por finalidad la mayor eficiencia en la prestación de éstos al menor costo. Y entonces cabe este interrogante: Dada la naturaleza especial de la "CAJA NACIONAL DE PREVISION", organismo autónomo a quien el Estado le ha encomendado la función de la seguridad social de los trabajadores públicos; siendo a la postre del Es- el patrimonio de la Caja; considerados los derechos que aquella entidad tiene vinculados a "LA PREVISORA S. A., COMPAÑIA DE SEGUROS"; y existiendo entre el Estado y la "CAJA NACIONAL DE PREVISION" cierta relación de dependencia aunque no jerárquica, las utilidades derivadas de la celebración y ejecución de los contratos de seguros por parte de "LA PREVISORA S. A., COMPAÑIA DE SEGUROS", ¿no redundan en provecho de la Administración? ¿No es ésta, en último término, la que recibe la remuneración por la prestación del servicio haciéndose inútil la licitación? La orden relativa a la contratación de los seguros en la forma prevista en el acto acusado ¿no implica el empleo de un instrumento jurídico adecuado por parte del Gobierno para cumplir eficientemente una función del Estado?

La contestación de los interrogantes formulados en los apartes anteriores exigen consideraciones de fondo impropias de una providencia sobre suspensión provisional en donde deben evitarse los prejuzgamientos que harían inútil el pronunciamiento del fallo definitivo.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado en Sala Contenciosa, NO ACCEDE a la revocatoria del auto suplicado en la parte que ha sido materia del recurso.

Ejecutoriada esta decisión, vuelva el negocio al señor Consejero sustanciador para los correspondientes fines legales.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al despacho citado.

Los Consejeros: **Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez. — Alvaro Cajiao,** Secretario.

* * *

ORDEN NACIONAL

DECRETOS REGLAMENTARIOS. — SUSPENSION PROVISIONAL

AGENTES VIAJEROS Y VENDEDORES. — OBJETO Y LIMITES DEL PODER REGLAMENTARIO. — IMPOSICION DE SANCIONES POR MEDIO DE DECRETOS REGLAMENTARIOS (POLICIA ADMINISTRATIVA). — El Consejo de Estado, en Sala Unitaria, decreta la suspensión provisional de las siguientes disposiciones del Decreto Nº 3072 de 1962, "por el cual se reglamenta la Ley 48 de 1946", sobre agentes viajeros: artículo 3º; literal b) del artículo 11; artículo 12 y el parágrafo del artículo 14, y niega la de las demás disposiciones del acto acusado.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., junio catorce de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. ALEJANDRO DOMINGUEZ MOLINA)

Por reunir las formalidades legales, es procedente la admisión de la demanda de nulidad presentada por el doctor Fernando Gómez Rivera contra el Decreto 3072 de 1962, "por el cual se reglamenta la Ley 48 de 1946".

Respecto a la suspensión provisional del acto acusado que la misma demanda solicita, se considera:

Siete cargos de violación de normas superiores de derecho formula la demanda contra el Decreto. Separadamente se estudian para así determinar si hay la violación manifiesta que para suspender los efectos del acto exige el artículo 94 del C.C.A.

1º—Violación del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional y de la Ley 48 de 1946.

Sostiene la demanda que el Decreto acusado fue dictado en ejercicio de la facultad conferida al Gobierno por el artículo 6º de la Ley 48 de 1946 que no lo autorizó para reglamentar dicha ley, sino para "señalar los procedimientos comprobatorios del cumplimiento de los requisitos legales establecidos en los artículos 7º y 8º.... y expedir las licencias de los agentes viajeros, previa comprobación del cumplimiento de tales requisitos", pero que el Gobierno, en lugar de hacer esto, "adoptó en el artículo 18 del Decreto 3072 de 1962, una reglamentación diferente y relacionada con la actuación administrativa para investigar y sancionar los actos violatorios de las disposiciones consagradas por la Ley 48 de 1946". Después de este preámbulo, se refiere la demanda a las reglas que contiene el Decreto y que considera que fueron dictadas "con abuso de la potestad reglamentaria de las leyes

y con extralimitación y desvío de la autorización conferida por el artículo 6º de la Ley 48 de 1946", concretando el cargo así:

a) "En el artículo 1º del Decreto 3072 se consagra una calificación profesional no prevista en la Ley 48 y en el parágrafo de este mismo artículo se establece una restricción que ya aparece expresamente consagrada en el artículo 1º de la Ley 48, incidiéndose así en innecesaria repetición. De otra parte, en el artículo 1º del Decreto 3072 sólo se permite el ejercicio de la profesión de agentes viajeros a quienes hayan cumplido la mayor edad, requisito no previsto por la Ley 48 y que, conforme se demostrará más adelante, viola la capacidad contractual laboral establecida en el Código Sustantivo del Trabajo".

La violación no resulta manifiesta, porque si el Decreto acusado tiene por finalidad reglamentar la Ley 48 de 1946 que reglamenta la profesión de representante o agente viajero, no puede hablarse de extralimitación de la facultad reglamentaria porque el artículo 1º del Decreto diga qué se entiende por Agentes Viajeros Profesionales, es decir qué personas están sometidas al estatuto reglamentario. Tampoco el señalar la mayor edad rebasa ostensiblemente la ley reglamentada, porque ésta se refiere al ejercicio de una profesión que por ocuparse en actos de comercio hace que se reputen en derecho comerciantes, las personas que la ejercen, según los artículos 9º y 20 del Código de Comercio, y los menores de edad sólo excepcionalmente tienen capacidad legal para ejercer el comercio en "los casos en que, conforme al Código Civil, salen de curatela, o son emancipados y obtienen la libre administración de sus bienes", conforme al artículo 15 del Código citado. Esta posibilidad la tiene en cuenta el Decreto acusado en el requisito a) del artículo once, al permitir que se pueda expedir licencia de Agente Viajero al "que de conformidad con la ley se considere habilitado de edad".

"b) En el artículo 2º del Decreto eniuiciado se establece un sistema de participación automática de los agentes viajeros sobre las ventas directas que sin su intervención realicen las empresas a cuyo servicio trabajen. Este ordenamiento desborda el contenido intrínseco de la Ley 48 y viola las normas consagradas por el artículo 1524 del Código Civil".

El artículo segundo del Decreto no dispone que el agente viajero goce de participación en las ventas directas que realiza el patrono. Lo que establece es que las ventas que realiza el patrono o cualquiera persona dependiente de éste, en las zonas o territorios asignados a los agentes viajeros, "se entenderán como una asesoría o colaboración prestada por la empresa para la gestión del contrato estipulado". En consecuencia, no surge a primera vista la violación por el concepto expre-

sado, pues para llegar a admitirla es preciso acudir a razonamientos o argumentaciones que son propios del fallo de fondo, pero que no son pertinentes para suspender provisionalmente, porque esta medida sólo cabe cuando del simple cotejo del acto acusado con la norma que se dice violada, aparece flagrante, manifiesta, ostensible la violación.

"c) La simultaneidad de servicios que se autóriza prestar a los agentes viajeros por mandato del Parágrafo del artículo 2º del Decreto 3072, constituye un ordenamiento no previsto en la Ley 48".

Ciertamente que en la Ley reglamentada no existe norma alguna que autorice la simultaneidad de servicios a varios patronos, pero no puede decirse que exista una manifiesta extralimitación por permitir tal simultaneidad el parágrafo citado, dado que el artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo permite la celebración de contratos con dos o más patronos.

"d) En el artículo 3º del Decreto 3072 se prescriben reglas no previstas por la Ley 48, normativas del momento en que los agentes viajeros tienen derecho a percibir la comisión o el porcentaje sobre los negocios por ellos concertados".

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

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

lo que dispone el artículo 3º del Decreto acusado contiene reglas que son extrañas a la ley que se reglamenta y, por tanto, es manifiestamente violatorio del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional y por ello debe ser suspendido.

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

g) "La prohibición que se consagra por el artículo 4º del Decreto 3072 constituye otro ordenamiento no previsto ni autorizado por la Ley 48".

Dice el artículo 4º: "Ningún patrono podrá obligar a sus Agentes Viajeros a constituír sociedades comerciales de ninguna naturaleza para el ejercicio de sus actividades profesionales durante el tiempo de permanencia a su servicio, ni para la renovación de sus contratos de trabajo, ni podrá impedirles que se afilien a asociaciones propias de sus gremios".

Si conforme al artículo 1º de la Ley 48 de 1946 son empleados de la empresa "los representantes y agentes viajeros que sean personas naturales, cuando se dedican exclusivamente al ejercicio de su profesión y no constituyan por sí mismos una empresa comercial", implícito está en la ley que el agente viajero no puede al mismo tiempo ser empleado de un patrono para ejercer su actividad profesional y constituir una sociedad para la misma finalidad. De modo que con la prohibición que consagra el Decreto reglamentario, en el artículo acusado, no se hace otra cosa que impedir a los patronos que se valgan de la imposición de la obligación de hacer constituir sociedades a los agentes viajeros que les prestan sus servicios, para que éstos no se conviertan en sus empleados. Tampoco pueden imponerles la obligación de no afiliarse a las asociaciones propias de su gremio, porque esto coartaría el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses, derecho que consagran la Constitución y las leyes. No aparece, pues, la manifiesta violación de que se acusa al artículo y no cabe su suspensión provisional.

h) "En el parágrafo del artículo 5º del Decreto enjuiciado se dispone que el Ministerio de Fomento reglamentará el contenido, forma y demás requisitos que deben cumplirse para la expedición de las licencias de los agentes viajeros. Esta disposición se configura en rebeldía con los artículos 7º y 8º de la Ley 48 de 1946 en donde se establecen las condiciones y requisitos para la obtención de las licencias de los agentes viajeros".

La violación no aparece manifiesta, porque si bien la ley en los artículos mencionados no dispone sobre el contenido y forma de las licencias, sino que se limita a señalar las condiciones o requisitos esenciales que deben llenarse para obtenerlas, el reglamento sí puede ocuparse de aquellos detalles y determinar que corresponde al Ministerio señalarlos. No es procedente, pues, la suspensión provisional del precepto acusado.

"i) En el artículo 6º del decreto se consagra una prerrogativa que desborda el contenido intrínseco de la Ley 48".

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

Si la Ley 48 de 1946 en su artículo 5º establece que ningún agente viajero "puede entrar a ejercer su profesión, sin haber llenado los requisitos legales y obtenido la correspondiente licencia", es el propio legislador el que ha establecido que con la obtención de la licencia el agente viajero adquiere la prerrogativa para ejercer su profesión. No existe, pues, la manifiesta violación, porque el artículo acusado no dice más de lo que en la misma ley se contiene.

"j) En el parágrafo del artículo 6º del Decreto 3072 se consagra una restricción monopolística en cuanto a la gestoría (sic) para obtener la expedición de la licencia y del carnet para los agentes viajeros".

El cargo así formulado podría servir de concepto de violación de una norma superior distinta a la que se señala como violada en la parte primera de la demanda que es la contenida en el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución. El actor no dice cómo y por qué el parágrafo citado viola esa norma superior.

"k) La prohibición que se consagra por el artículo 7º del Decreto 3072 no está prevista ni autorizada por la Ley 48 y contraviene normas expresas del Código de Comercio".

Dice el artículo séptimo: "Sin la licencia profesional ninguna persona nacional o extranjera podrá ejercer actividades como Agente Viajero en el país, ni personas naturales o jurídicas podrán contratar sus servicios sin este documento".

Si el artículo 5º de la Ley 48 de 1946, como ya se vio, establece que ningún agente viajero puede ejercer su profesión sin haber obte-

nido la licencia, quiere decir lógicamente que sin ésta no se puede ejercer actividades como agente viajero y consecuencialmente que los empresarios no pueden ocupar en esa actividad sino a los que poseen dicho documento. Como esto es lo que precisamente dice el Decreto, no se ve en qué viola por esto, en forma manifiesta la ley.

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

Ciertamente que en la ley reglamentada no se impone la obligación de tal registro, pero si se tiene encuenta que los agentes viajeros se ocupan profesionalmente en actos de comercio que los hacen reputar en derecho comerciantes, según los artículos 9º y 20 del Código de Comercio, y que por ser comerciantes, deben inscribirse en la respectiva Cámara de Comercio de conformidad con el artículo 30 de la Ley 28 de 1931, determinado por la Ley 48 de 1946 que para ejercer su profesión deben obtener la correspondiente licencia, nada más lógico que sea precisamente ésta la que deben registrar en el Registro Público de Comercio. La disposición no es, pues, manifiestamente ilegal, por existir otras normas distintas de la ley reglamentada que establecen el registro de los comerciantes en las Cámaras de Comercio.

"m) En los numerales 1º y 2º del artículo 9º del Decreto 3072 se exigen dos documentos no previstos ni autorizados por la Ley 48, a saber: un carnet y una credencial adicionales a la licencia, y, además, se le confiere a la Asociación Colombiana de Agentes Viajeros, la facultad de expedir la credencial, de calificar y abonar la conducta comercial de los agentes viajeros y de establecer el tiempo de ejercicio profesional de tales trabajadores, aspectos todos que constituyen extralimitación y desvío de atribuciones".

El artículo 9º del Decreto contempla el caso de quienes obtuvieron licencias como agentes viajeros en los términos del Decreto 2332 de 1947 y que fue reglamentario también de la Ley 48 de 1946 y les reconoce el derecho a que se les otorgue una nueva licencia profesional, dentro del término de 180 días a partir de la vigencia del Decreto mediante la presentación de un memorial al que se debe acompañar "carnet oficial o certificado expedido por la Cámara de Comercio, en donde fue registrada la antigua licencia, con la constancia de su número, su fecha de expedición y registro" y "credencial expedida por cualquier Asociación Colombiana de Agentes Viajeros, con personería jurídica y en pleno funcionamiento, que acredite su buena conducta comercial, y en especial el tiempo durante el cual ha ejercido su profesión", sin que sea necesario estar afiliado a una de tales Asociaciones para la expedición de esta credencial.

Como se ve claramente, no es que se esté exigiendo por el Decreto de manera permanente, además de la licencia, un carnet y una credencial para ejercer la profesión de agente viajero. Simplemente se trata del caso de la renovación de licencias obtenidas de acuerdo con la reglamentación expedida en 1947, exigiéndose para ello y únicamente para ese caso la presentación de los referidos documentos. Apenas es lógico que se exija a quienes están en tales circunstancias que acrediten que su licencia estaba registrada en la Cámara de Comercio, el tiempo de ejercicio profesional y su buena conducta, requisito este último que es esencial para obtener licencia, según los artículos 7º y 8º de la Ley 48 de 1946. El decreto como reglamentario de la ley citada, para el sólo efecto de expedir nueva licencia a quienes la habían obtenido conforme a la reglamentación anterior, bien podía sin extralimitación manifiesta, exigir esos comprobantes, pues con ello no es que establezca que para ser agente viajero se requiera, además de la licencia, de otros documentos. No cabe, por tanto, la suspensión provisional del artículo, por el cargo formulado.

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

De conformidad con el ordinal 7º del Decreto Extraordinario 1651 de 1961, el Gobierno podía señalar que para obtener la licencia de agente viajero se presente el certificado de paz y salvo, aunque este requisito no sea exigido por la Ley 48 de 1946. Existiendo la autorización en la legislación tributaria, no puede ser manifiesta la ilegalidad del literal c) del artículo 10º del Decreto.

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

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

"p) La condición restrictiva que por el artículo 12 del Decreto 3072 se establece con relación a los extranjeros, no está prevista ni autorizada por la Ley 48 y pugna abiertamente con las normas consagradas por el artículo 9º del precitado estatuto y por el artículo 11 de la Constitución Nacional, según el cual, los extranjeros disfrutarán en

Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos y gozarán de iguales garantías constitucionales y legales".

La Ley 48 de 1946 en su artículo 9º sólo exige la llamada reciprocidad legislativa cuando se trata de agentes viajeros extranjeros "que vengan al territorio nacional con el objeto de vender artículos extranjeros". No la exige respecto de los extranjeros domiciliados ni aún de los que entran al país en forma transitoria (artículo 8º) que no sea con ese objeto. Por consiguiente, subordinar como lo hace el artículo doce del decreto el ejercicio de la profesión de agentes viajeros extranjeros, en todos los casos, a la condición de que los colombianos gocen de iguales derechos en los países de donde aquéllos son oriundos, excede manifiestamente lo establcido en la Ley y, además, contraviene en forma ostensible lo que dispone el inciso primero del artículo 11 de la Constitución. Cabe, pues, la suspensión provisional del artículo en referencia.

"q) Por el artículo 13 del Decreto 3072 se exige, además de la licencia establecida por la Ley 48, un carnet "que servirá para comprobar que se ha expedido la licencia", requisito que se configura absurdo y arbitrario".

Si se considera que conforme al artículo octavo del decreto, el original registrado de la licencia "será devuelto al Ministerio de Fomento para su archivo", no es arbitraria ni menos absurda la disposición de que el interesado se provea de un carnet "para el legal ejercicio de su profesión", "para comprobar que se le ha expedido la licencia", "para precautelar su actividad comercial y para poder establecer en cualquier tiempo la vinculación contractual como empleado de un determinado patrón", como dice el artículo acusado.

La exigencia del carnet en tales condiciones, lejos de contrariar la esencia y el espíritu de la Ley 48, tiende a darle efectividad práctica facilitándole al licenciado el ejercicio de su profesión. No resulta, por tanto, que el artículo trece del Decreto sea manifiestamente contrario a la ley reglamentada y que ostensiblemente desborde la potestad reglamentaria. No cabe, por tanto, su suspensión provisional.

"r) En el parágrafo del artículo 14 del Decreto 3072 se establece un requisito no previsto ni autorizado por la Ley 48, consistente en el registro del carnet abusivamente exigido por el Decreto enjuiciado, en la Federación Nacional de Agentes Viajeros "FENALVI", disposición que por otra parte constituye un monopolio en favor de una entidad de derecho privado y pone al Ministerio de Fomento al servicio de "FENALVI" para presionar y hacer obligatoria la afiliación de los agentes viajeros a dicha institución gremial".

La obligación del registro de los agentes viajeros en la Federación Nacional de Agentes Viajeros, pues a eso equivale el registro del carnet, no la impone la Ley 48 de 1946 ni otro estatuto legal. Tal obligación implica un acto exorbitante, una extralimitación manifiesta de la potestad reglamentaria y, por tanto, hay lugar a la suspensión provisional del parágrafo acusado.

"rr) Las causales de suspensión y cancelación de las licencias de los agentes viajeros que por el artículo 15 del Decreto 3072 se establecen, son más onerosas y algunas de ellas no previstas en el parágrafo del artículo 7º de la Ley 48 de 1946 y constituyen, por tanto, extralimitación y desvío de la facultad conferida por el artículo 6º de la Ley 48 de 1946".

Si el reglamento no tiene más finalidad que la de hacer operante y efectiva la aplicación y ejecución de la ley, si para dictarlo no necesita el Presidente de la República autorización especial de la ley, pues la potestad reglamentaria emana directamente de la Constitución, no se puede limitar la facultad que el Jefe del Estado tiene para reglamentar la Ley 48 a lo que dispone el artículo 6º de este estatuto, entendiéndolo como lo pretende la demanda, de que sólo confiere la autorización para reglamentar el procedimiento de expedición de la licencia.

Sentado esto, no se ve en forma manifiesta que el Decreto en el artículo 15 haya extralimitado la potestad reglamentaria al señalar las causales de suspensión o anulación de las licencias, cuando las que establece están unas explícitamente contempladas en el parágrafo del artículo 7º de la Ley 48 y otras implícitas en el requisito esencial de la buena conducta para poder obtener la licencia y en la obligación de someterse al procedimiento que el mismo decreto señala para la expedición de la licencia. Por lo demás, la demanda no precisa cuáles de las causales que señala el artículo no están previstas en la ley reglamentada. No es procedente, por tanto, la suspensión provisional de la norma acusada.

"s) Las penas pecuniarias establecidas en los artículos 16 y 17 del Decreto 3072, no están previstas ni autorizadas por la Ley 48 y constituyen, por tanto, claros eventos de confiscación prohibidos por la Constitución Nacional en su artículo 34".

Si conforme al artículo 5º de la ley ningún agente viajero puede ejercer su profesión sin haber obtenido la correspondiente licencia, y corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa velar por el exacto cumplimiento de las leyes (ord. 2º,

artículo 120, C. N.) y expedir reglamentos para su cumplida ejecución, puede imponer multas a los contraventores, o sea para el caso, a los que ejercen ilegalmente la profesión de agentes viajeros o a quienes emplean como tales a los que no tienen licencia profesional, pues sin tal sanción la ley se quedaría escrita. La sanción puede establecerla por virtud del poder de policía de que está investido el Gobierno y que para el caso es la que denominan los expositores policía de las profesiones.

En cuanto a lo de la confiscación de que habla la demanda, debe rechazarse porque no es lo mismo multa que confiscación.

No es procedente, por tanto, la suspensión de los artículos 16 y 17 del Decreto, por no ser manifiesta la extralimitación de la potestad reglamentaria de que se los acusa.

"t) El procedimiento consagrado por el artículo 18 del Decreto 3072 no está previsto ni autorizado por la Ley 48 y se configura en rebeldía con las normas establecidas en el Capítulo II del Decreto 2733 de 1959".

Ciertamente que en la Ley 48 no se determina el procedimiento aplicable en los casos de su violación y que el Decreto en el artículo acusado establece el que debe seguir la actuación administrativa correspondiente. Pero esto no significa que el artículo extralimite manifiestamente la facultad reglamentaria, porque conforme al artículo 334 del Código de Régimen Político y Municipal el Gobierno sí puede reglamentar la manera de proceder en los asuntos administrativos de carácter nacional y lejos de contrariar el artículo acusado las normas establecidas en el Decreto Extraordinario 2733 de 1959, se subordina a ellas, como clara y expresamente se dice en el texto del artículo. En consecuencia, no aparece la manifiesta violación y no cabe la suspensión solicitada.

2º—Violación de los artículos 5º, 8º, 9º, 10º, 11, 22, 23 y 29 del Código Sustantivo del Trabajo; el 17 de la Constitución Nacional y 1502 del Código Civil.

"El artículo 1º del Decreto 3072, al disponer que sólo podrán ejercer la profesión de agentes viajeros quienes hayan cumplido la mayoría de edad, viola las normas sustantivas mencionadas, y en particular, el artículo 29 del Código Sustantivo del Trabajo que dispone...; el artículo 17 de la Constitución Nacional que dispone...; y el artículo 1502 del Código Civil que dispone..."

No aparece manifiesta la violación de estas normas, porque como ya se dijo al examinar respecto al mismo artículo el cargo de extralimitación de la potestad reglamentaria, con la Ley 48 de 1946 se reglamenta el ejercicio de una profesión que por ocuparse en actos de comercio hace que se reputen en derecho comerciantes las personas que la ejercen, según los artículos 9º y 20 del Código de Comercio, y los menores de edad sólo excepcionalmente tienen capacidad legal para ejercer el comercio en "los casos en que, conforme al Código Civil, salen de curatela, o son emancipados, y obtienen la libre administración de sus bienes", según el artículo 15 del Código citado. Esta posibilidad la contempla el Decreto acusado en el requisito a) del artículo once, al permitir que se puede expedir licencia de agente viajero al "que de conformidad con la ley se considere habilitado de edad".

Por consiguiente, en presencia de lo que dispone el Código de Comercio en las normas citadas, no aparece ostensible la violación del artículo 29 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, si bien es cierto que éste reconoce capacidad para celebrar el contrato individual de trabajo a quienes hayan cumplido diez y ocho años, el Código de Comercio sólo permite que los menores de edad puedan ejercer el comercio, es decir, ocuparse ordinaria y profesionalmente en operaciones que como las que ejecutan los agentes viajeros, corresponden a esa industria, cuando obtienen la libre administración de sus bienes.

3º—"El artículo 2º del Decreto 3072 de 1962, al consagrar la participación automática de los agentes viajeros sobre las ventas que las empresas realicen sin su intervención, viola las disposiciones del artículo 1524 del Código Civil, según el cual "no puede haber obligación sin causa real y lícita, entendiéndose por CAUSA el motivo que induce al acto o contrato".

El concepto de violación adolece de imprecisión y por ello, no se ve a simple vista, por qué el artículo acusado pueda chocar manifiestamente con la norma del Código Civil, cuando por otra parte, como ya se vio al estudiar otro cargo formulado contra el mismo artículo, en éste no aparece consagrada la participación de que habla la demanda.

4º—Violación de los artículos 1551, 1552, 1553, 1627 y 1645 del Código Civil por el artículo 3º del Decreto acusado al reglamentar la exigibilidad de las comisiones o porcentajes de los agentes viajeros.

Al estudiar la violación del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional por el articulado del Decreto, se encontró que el artículo 3º viola manifiestamente dicha norma y que debía ser suspendido. No es necesario, pues, examinar el nuevo cargo para efectos de la suspensión provisional del mismo artículo.

5º—"El parágrafo del artículo 6º del Decreto 3072 de 1962, al disponer que la licencia y el carnet de los agentes viajeros sólo podrá ser gestionado directamente por el interesado o por las Asociaciones de Agentes Viajeros o por la Federación Nacional que éstas organicen, viola el artículo 45 de la Constitución Nacional, según el cual, toda persona tiene derecho de presentar peticiones a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución. Viola así mismo el Título 28 y los artículos 2142 y siguientes del Código Civil, normativos del contrato de mandato, según el cual, una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera".

No se ve por qué el artículo acusado pueda violar el artículo 45 de la Constitución Nacional, si precisamente reconoce al interesado el derecho de gestionar por sí mismo la expedición de la licencia, es decir el derecho a presentar la petición. No resulta tampoco ostensible la violación de las disposiciones civiles sobre el contrato de mandato, al menos en la forma en que se expresa el concepto de violación. Lo que aparece del artículo acusado es que se ha querido facilitar al agente viajero la obtención de la licencia, prescindiendo de intermediarios que le hagan gravosa la gestión y de ahí que el artículo termine diciendo: "sin costo alguno para el peticionario". Por tanto no hay lugar a decretar la suspensión provisional del mencionado artículo.

6º—"El artículo 7º del Decreto 3072 de 1962, al disponer que las personas naturales o jurídicas no podrán contratar los servicios de los agentes viajeros que no posean licencia profesional, viola las normas consagradas por el artículo 334 del Código de Comercio Terrestre, según el cual, toda persona natural o jurídica, sea o no comerciante puede conferir o aceptar una comisión siendo hábil para comerciar por su cuenta".

La violación no aparece manifiesta, porque si conforme al artículo 5º de la Ley 48 de 1946, ningún agente viajero puede ejrcer su profesión "sin haber llenado los requisitos legales y obtenido la correspondiente licencia", es obvio que sin la licencia no puede ser contratado para ejercer las actividades de su profesión. No hay lugar, por consiguiente, a la suspensión provisional del artículo mencionado.

7º—En este punto repite la demanda contra el literal a) del artículo 11 del Decreto, el cargo ya formulado contra el artículo 1º, de violar el artículo 29 del Código Sustantivo del Trabajo, por exigir la mayor edad del solicitante de una licencia. Lo que se dijo al examinar el mismo cargo contra el artículo 1º del Decreto, se predica de la acusación contra el citado literal del artículo 11 y por ello, no hay lugar a la suspensión provisional de éste.

De lo antes expuesto se concluye que sólo deben suspenderse provisionalmente: el artículo tercero; el literal b) del artículo once; el artículo doce; y el parágrafo del artículo catorce.

En consecuencia ADMITESE la demanda de nulidad del Decreto número 3072 de 1962, presentada por el doctor Fernando Gómez Rivera, y SE DISPONE que se comunique al señor Ministro de Fomento, que se notifique al señor Fiscal del Consejo de Estado y que se fije en lista por el término de cinco (5) días para los efectos señalados en el ordinal 3º del artículo 126 del C.C.A.

DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de las siguientes disposiciones del Decreto número 3072 de 1962 "por el cual se reglamenta la Ley 48 de 1946:

El artículo tercero; el literal b) del artículo once; el artículo doce y el parágrafo del artículo catorce.

Cópiese y notifíquese.

Alejandro Domínguez Molina. — Alvaro León Cajiao B., Secretario.

NOTA DEL RELATOR: La Sala de Decisión, en providencia de fecha 21 de octubre de 1963 y con ponencia del doctor Francisco Eladio Gómez, resolvió el recurso de súplica interpuesto por el apoderado del Ministerio de Fomento, **revocando** la suspensión provisional del artículo 3º del Decreto acusado y manteniéndola en lo demás. (V. Tomo Copiador de Secretaría Nº 110, fl. 420 y ss.).

* * *

ORDEN NACIONAL

DECRETOS REGLAMENTARIOS — SUSPENSION PROVISIONAL

PODER REGLAMENTARIO. — No puede utilizarse con el fin de resolver o convalidar, mediante un ordenamiento general e impersonal, situaciones individuales y subjetivas creadas con anterioridad por la administración pública. De acuerdo con el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, dicho poder se ha otorgado al Gobierno con el objeto de desarrollar las leyes y darles adecuada aplicación; aceptar un procedimiento como el empleado por el artículo 5º del Decreto Reglamentario número 2759 de 1962, equivaldría a un desvío de las atribuciones conferidas al Ejecutivo, a darle al reglamento efectos retroactivos para conjurar eventuales litigios y a tornar inoperante el establecimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, ya que para cada caso particular bastaría con expedir el correspondiente reglamento que ratificase las actuaciones administrativas ilegales. Débese ordenar, por consiguiente, la suspensión provisional de los efectos del artículo 5º del Decreto Reglamentario número 2759 de 1962, en cuanto ratifica "los actos mediante los cuales fueron retirados los Suboficiales y Marineros de las Fuerzas Militares, por el Ministerio de Guerra y los Comandos, entre el 1º de marzo de 1955 y la fecha de vigencia de este Decreto".

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., 23 de junio de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. CARLOS GUSTAVO ARRIETA)

El doctor Bernardo Enrique Peralta Ortiz demandó del Consejo de Estado la declaratoria de nulidad de todo el Decreto número 2759 de 8 de octubre de 1962 y, subsidiariamente, la de los artículos 1º, 4º y 5º del mismo estatuto, por las razones que más adelante se analizarán. Igualmente pidió la suspensión provisional del acto administrativo enjuiciado, medida que fue negada por el Consejero sustanciador, doctor Velásquez, en su auto de 30 de enero de 1963. Esta providencia fue suplicada, y la Sala entra a decidir el recurso, previas las siguientes consideraciones:

PRIMERA ACUSACION

Dice la norma atacada:

"Artículo 1º—Autorízase al Ministerio de Guerra para disponer por resolución los retiros de los Suboficiales y marineros de las Fuerzas Militares de que trata el Título V, Capítulo I del Decreto legislativo número 0501 de 1955. El Comando de la respectiva Fuerza dará trámite a los correspondientes retiros.

"Parágrafo.—El retiro de los Cabos Segundos que lo soliciten al licenciamiento del contingente con el cual ingresaron como soldados, se producirá por la Orden del Día de la respectiva Unidad".

En la demanda se estima que la disposición transcrita infringe los artículos 57, 120, numeral 3º, 135 y 169 de la Constitución Nacional, y el Decreto extraordinario número 501 de 1955, en razón de que deroga este último estatuto y delega funciones que sólo se pueden transferir por medio de leyes, y no por simples reglamentos. Estos planteamientos no fueron acogidos en la providencia recurrida, porque en ella se estimó que el Ministerio de Guerra sí tenía, en un caso determinado, facultad para decretar el retiro de suboficiales.

Dice el artículo 82 del Decreto extraordinario número 501 de 1955 que se entiende por retiro la situación en que queda un suboficial o marinero de las fuerzas militares, cuando "por disposición del Gobierno" y sin perder su grado, deja de prestar su servicio de actividad. En esa disposición, lo mismo que en la regla 88 del citado estatuto, se establece que la atribución se le confiere al gobierno, es decir, al Presidente de la República y a su Ministro de Guerra. Se consagra así un principio general que opera para todas las causales de retiro, con la excepción del artículo 89 del decreto estudiado, que otorga aquella facultad al Ministerio, pero sólo en casos de reincidencia en faltas que afecten la moral y el prestigio de las fuerzas armadas. Esta, como toda excepción, es de estrictísima interpretación y, por consiguiente, lo estatuído en ella no se puede extender hasta el punto de convertirla en regla general.

No obstante las consideraciones anteriores, la Sala estima que no procede la suspensión provisional por las siguientes razones:

El artículo 135 de la Constitución Nacional autoriza al Presidente de la República para delegar en sus ministros aquellas funciones que señale la ley, y en la 202 de 1936, literal b), se expresa que podrá delegar las de nombrar y separar los empleados nacionales, con excepción, entre otros, de los jefes y oficiales del ejército. La exclusión de estos últimos del régimen de la delegación, implica que la separación de los suboficiales quedó incorporada dentro de ese sistema y que, como consecuencia, el Presidente de la República sí puede autorizar al Ministro de Guerra para ejercitar esas atribuciones.

Teniendo en cuenta los razonamientos expuestos, la Sala considera que la violación alegada no se presenta en este caso con el grado de evidencia que requiere la suspensión provisional y que, por tanto, ella no procede.

SEGUNDA ACUSACION

La segunda norma atacada dice así:

"Son causales de incapacidad profesional para el retiro de los suboficiales y marineros de las Fuerzas Militares, las siguientes:

"a) Haber sido clasificado en Lista número 5 de acuerdo con el Reglamento de Calificación y Clasificación del Personal de las Fuerzas Militares;

"b) Perder por segunda vez un curso de capacitación o los exámenes para ascenso;

"c) La no asistencia al servicio por más de ocho (8) días consecutivos sin causa que la justifique;

"d) Perder un curso de especialización en el exterior".

En el libelo se considera que la disposición anterior viola los artículos 26 y 169 de la Constitución Nacional, 90 del Decreto 501 de 1955, y 155 y siguientes del Código Penal Militar, porque crea nuevas causales de retiro o hace más gravosas las existentes. En la decisión recurrida se estima que no aparece la alegada infracción de las normas en cita, y para llegar a esa conclusión el Consejero sustanciador se apoya en los artículos 82 y 90 del Decreto 501 de 1955, y en las diferencias que existen entre los conceptos de retiro y separación.

En el artículo 82 del decreto extraordinario aludido se clasifica el retiro en temporal y en absoluto, y dentro de las causales que dan motivo al primero, se establece la "incapacidad profesional", pero sin expresar en qué consiste. Y el reglamento acusado lo que hace es desarrollar lo que ha de entenderse por la expresión transcrita para efectos del retiro. En ese ordenamiento no se crean causales distintas de las establecidas en el estatuto superior, sino que se regula lo que está implícito en éste y, en consecuencia, se fija el criterio que ha de seguirse para determinar si se está en el caso de una "incapacidad profesional".

En un negocio similar al que se estudia, seguido por el mismo demandante, el Consejero que redacta esta providencia negó la suspensión provisional con base en los siguientes razonamientos que son aplicables al punto discutido:

"Con apoyo en la doctrina transcrita se estudiarán los planteamientos de la demanda. Dice el artículo 49 de la Ley 126 de 1959 que la separación del servicio se clasifica según su forma y causales, así: 'a) Retiro temporal con pase a la reserva... 5º—Por incapacidad técni-

ca...' En el precepto no se señala el alcance de la última expresión, pero ella indica, por lo menos, que comprende todos aquellos casos en que el oficial haya sido incluído en la última categoría de la clasificación, máxime si se considera que en ella sólo aparecen quienes a través de sus actuaciones hayan demostrado, entre otras cosas, la más baja capacidad militar.

"De acuerdo con el artículo 71 del Reglamento de Calificación y Clasificación de las Fuerzas Armadas, allí se establecen cinco listas para efectos de seleccionar el personal: En la número 1 se incluyen los "sobresalientes"; en la número 2, los "distinguidos"; en la número 3, los "satisfactorios"; en la número 4, los "deficientes"; y en la número 5, los "malos". Puede decirse, pues, que los que figuren en esta última lista que constituye la escala inferior, no han acreditado capacidad técnica alguna. Por consiguiente, ellos quedan implícitamente comprendidos en la regulación del artículo 49 de la Ley 126 de 1959, y pueden ser retirados con pase a la reserva.

"Así, pues, lo que se hizo en el artículo acusado no fue otra cosa que desarrollar aquello que ya estaba tácitamente regulado en la ley y en el Reglamento de Calificación y Clasificación. Por lo tanto, no se puede sostener que la norma enjuiciada haya creado situaciones distintas a las ya existentes o que con ella se haya violado el mandato superior de la ley. Y si no se infringió la disposición reglamentada, mal podían quebrantarse los preceptos constitucionales que se citan en la demanda, ya que la supuesta violación de éstos sólo se produciría a través de la transgresión de aquélla".

TERCERA ACUSACION

Reza la disposición atacada:

"Artículo 5º—Se ratifican los actos mediante los cuales fueron retirados los suboficiales y marineros de las Fuerzas Militares, por el Ministerio de Guerra y los Comandos, entre el 1º de marzo de 1955 y la fecha de la vigencia de este decreto".

De acuerdo con el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, el poder reglamentario se le ha otorgado al gobierno con el objeto de desarrollar las leyes y darles adecuada aplicación, pero no puede utilizarse con la finalidad de resolver, mediante un ordenamiento general e impersonal, situaciones individuales y subjetivas creadas con anterioridad por la administración pública. Ello equivaldría a un desvío de las atribuciones conferidas al ejecutivo y a darle al reglamento un efecto retroactivo para conjurar los posibles litigios.

Los actos administrativos expedidos entre el 1º de marzo de 1955 y la fecha de vigencia del decreto demandado, y por medio de los cuales se retiró a algunos suboficiales y marineros, son legales o no lo son. Si lo primero, ellos no necesitan ratificación alguna para que sean plenamente válidos, porque su legitimidad depende de su conformidad con las leyes y decretos que regían en el momento de expedirse esas decisiones; si lo segundo, la confirmación posterior, hecha por vía de disposición general, resulta inoperante y superflua, en razón de que un estatuto de esa naturaleza no puede convalidar aquello que desde su origen está viciado de nulidad. Si se aceptara un procedimiento como el establecido en el decreto enjuiciado, sobraría la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo, ya que para cada caso particular bastaría expedir el correspondiente reglamento para ratificar las actuaciones administrativas ilegales.

Por las razones expresadas, la Sala estima que se debe decretar la suspensión provisional del artículo 5º del decreto reglamentario número 2759 de 8 de octubre de 1962, y mantener la vigencia de las demás disposiciones de ese estatuto.

Debe observarse, finalmente, que si bien es cierto que en la petición principal del libelo se ataca la totalidad del ordenamiento acusado, no lo es menos que en el cuerpo de la demanda no se formula ningún cargo contra los artículos 2º, 3º y 6º de ese acto. Por estas razones y porque la jurisdicción contencioso administrativa no es oficiosa sino rogada, la Sala no está obligada a adelantar ningún estudio en relación con los últimos preceptos citados del estatuto impugnado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado —Sala de Decisión de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

1º—Suspéndese provisionalmente el artículo quinto (5º) del Decreto número 2759 de 8 de octubre de 1962, expedido por el Gobierno Nacional —Ministerio de Guerra;

2º—En lo demás, confírmase el auto suplicado.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Alvaro Cajiao Bolaños, Secretario.

* * *

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO II — **ORDEN DEPARTAMENTAL**

Capítulo Primero: **Ordenanzas Departamentales**

ORDEN DEPARTAMENTAL

ORDENANZAS DEPARTAMENTALES

NATURALEZA JURIDICA DE LA BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA

ADVERTENCIA DE LA RELATORIA. — No se ha vacilado en incluír en el presente Tomo de los "Anales" la sentencia que a continuación se publica, a pesar de que su fecha no corresponde exactamente con las demás que lo integran, dadas la importancia de los temas que trata, la claridad de su exposición y el rigor científico con que aboca asuntos tan apasionantes como vivamente controvertidos por los tratadistas de Derecho Público, tales como las características y razones que justifican la creación por los entes públicos de establecimientos públicos; los elementos de diferenciación entre ellos y los institutos o fundaciones de útilidad común; las facultades que, a la luz de la Constitución y leyes colombianas tienen las Asambleas Departamentales para organizar entidades como las mencionadas y la incidencia que en la resolución del recurso objetivo pueda tener la ulterior derogatoria de un precepto constitucional que se encontraba vigente al tiempo de la expedición del acto enjuiciado, pero que por virtud de ella no subsiste en la oportunidad del juzgamiento. Debe anotarse también, la completa y acertada presentación que trae la decisión de los planteamientos aducidos por las diversas partes que intervinieron en el proceso, tanto en el debate de primera instancia como ante el Consejo de Estado al surtirse la apelación del fallo de ese grado, y muy particularmente el documentado concepto rendido por la Fiscalía Primera de la Corporación, desempeñada entonces por el doctor José Elías del Hierro.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., catorce de septiembre de mil novecientos sesenta.

(Consejero Ponente: Dr. ALEJANDRO DOMINGUEZ MOLINA)

REF: Expediente Nº 383.

Demandante: Jorge López Sanín.

El Consejo Administrativo Departamental de Antioquia, expidió el 20 de diciembre de 1954, la Ordenanza número 23, cuyo texto es el siguiente:

"ORDENANZA Nº 23
(de 20 de diciembre de 1954)

"por la cual se establece una Institución de Utilidad Común, que se denominará 'BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA".

"El Consejo Administrativo Departamental de Antioquia, en uso de sus atribuciones legales,

O R D E N A :

"Artículo 1º—Establécese una Fundación denominada 'BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA', y destinada a conseguir, recaudar y administrar bienes y rentas para el sostenimiento de establecimientos de beneficencia y caridad en el Departamento de Antioquia.

El domicilio de la Fundación que se establece es el de la ciudad de Medellín, departamento de Antioquia, de la República de Colombia.

Parágrafo.—El Gobernador del Departamento queda ampliamente facultado para solicitar para la Fundación de Utilidad Común que se crea, la personería jurídica correspondiente.

"Artículo 2º—El gobierno y la administración de la Institución que se crea y de las empresas y establecimientos que de ella dependan, corresponde a una Junta, denominada 'JUNTA DIRECTIVA', integrada así:

a) El Gobernador del Departamento o un delegado suyo;

b) Tres miembros designados por la Asamblea Departamental de Antioquia o por la entidad que haga sus veces; en receso de ella los designará interinamente el Gobernador; uno de los elegidos será miembro de la Sociedad de Mejoras Públicas;

c) El señor Director Departamental de Higiene en representación del Gobierno Nacional de acuerdo con lo que dispone el artículo 8º de la Ley 93 de 1938;

d) Un miembro designado por el Excelentísimo Señor Arzobispo de Medellín, y

e) Un miembro en representación de la Banca, la Industria y el Comercio de Antioquia, que será designado por el señor Gobernador del Departamento de terna que le pasen las instituciones representativas de dichas actividades.

Parágrafo.—Cada uno de los miembros a que se refieren las letras b), d) y e) tendrá un suplente que lo reemplazará en las faltas temporales, accidentales y absolutas mientras se procede a nueva elección o nombramiento.

Los suplentes serán designados por las mismas entidades y en la misma forma como se procede para el nombramiento de los respectivos principales.

"Artículo 3º—Por cada reunión de la Junta los miembros que a ella asistan tendrán derecho a una remuneración de treinta pesos ($ 30.00).

"Artículo 4º—Las reuniones de la Junta serán presididas por el Gobernador o en su defecto por el Director Departamental de Higiene.

"Artículo 5º—Son funciones de la Junta:

a) Expedir, modificar y reglamentar los estatutos de la entidad, sometiendo los respectivos acuerdos a la aprobación del Gobierno Nacional en la forma prevista por el artículo 4º del Decreto 1858 de 1938;

b) Administrar todos los bienes que adquiera a título oneroso o gratuito la 'BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA', o los establecimientos que de ella dependan; las rentas que se le cedan y los auxilios que se le otorguen;

c) Distribuir sus rentas entre entidades de beneficencia y caridad, así oficiales como particulares;

d) Crear y administrar establecimientos de beneficencia;

e) Asumir, cuando lo estime conveniente, la dirección y administración de establecimientos de beneficencia ya creados o que en lo sucesivo se creen por iniciativa oficial o particular y celebrar al efecto los contratos respectivos;

f) Aprobar el Presupuesto de Rentas y Gastos de la entidad en los términos que señale la ley;

g) Crear los fondos de reserva que estime conveniente y determinar la inversión que debe dárseles;

h) Crear los empleos, señalarles funciones y nombrar y remover los empleados que han de desempeñarlos, quedando asímismo facultada para fijarles la remuneración correspondiente;

i) Autorizar previamente al Gerente para celebrar todos los contratos y ejecutar todos los actos que sean necesarios para lograr los fines que se propone la fundación y que se refieran a la adquisición, enajenación, gravamen o limitación al dominio de bienes raíces, o cuya cuantía sea superior a cinco mil pesos ($ 5.000.00);

j) Dictar normas sobre organización de las empresas que adquiera o establezca, sobre funcionamiento de las entidades que cree o de cuya administración y sostenimiento se haga cargo;

k) Administrar la Lotería de Medellín;

l) Las demás que le correspondan como suprema entidad administrativa de la Beneficencia de Antioquia y que le sean atribuídas por la Ley y las Ordenanzas.

"Artículo 6º —La Junta puede delegar en Comités permanentes o en comisiones accidentales integrados por particulares, por sus propios miembros o en el Gerente, algunas de las atribuciones que le corresponden conforme al artículo anterior; pero tales Comités y comisiones serán nombrados y removidos libremente por la Junta.

"Artículo 7º—Las decisiones de la Junta serán adoptadas, al menos, por mayoría absoluta. Pero los acuerdos sobre reforma de Estatutos, y las Resoluciones a que se refieren las letras d) y e) del artículo 5º, requieren la aprobación de cinco (5) de sus miembros. En caso de empate, se entenderá negado lo que se discute o aplazado el nombramiento que se proyecta.

"Artículo 8º—El Gerente es el representante legal de la 'BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA', será nombrado por el Gobernador de terna que le pase la Junta Directiva de la Fundación; dura en su cargo mientras no sea reemplazado, y en ejercicio de éste, con previa aprobación de la Junta y del Gobierno Nacional cuando ello sea necesario y mediante el cumplimiento de los requisitos que exijan la Constitución, la Ley y los Estatutos de la Entidad, puede adquirir y enajenar bienes raíces o muebles; gravarlos; limitar su dominio, mudar la forma de los bienes inmuebles por su naturaleza o destino; intervenir en juicios en que se discuta la propiedad, posesión o tenencia de ellos, representar a la 'BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA' ante todas las autoridades de las Ramas Legislativa, Ejecutiva y Jurisdiccional; abrir y mover cuentas bancarias, girar, aceptar, endosar y negociar en cualquier forma letras, cheques, pagarés y otros instrumentos negociables; transigir; comprometer, arbitrar, conferir poderes especiales a favor de las personas indicadas por la Junta y, en una palabra, representar por activa y pasiva a la Fundación.

Artículo 9º—Los miembros de la Junta Directiva tomarán posesión ante el Gobernador del Departamento; el Gerente, ante la Junta Directiva; y los demás empleados ante el Gerente.

"Artículo 10.—Sin perjuicio del control que corresponda conforme a la ley y a las ordenanzas a funcionarios nacionales o departamentales, la 'BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA' tendrá un Auditor de libre nombramiento y remoción del Contralor General del Departamento, quien señalará sus funciones y la remuneración.

"Artículo 11.—Cédense a la 'BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA', la empresa y la renta de la Lotería de Medellín, con su activo y su pasivo, y el impuesto a las loterías foráneas. Dicha cesión tendrá efecto a partir del día en que legalmente la 'BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA'

BIBLIOTECA

asuma la administración de los bienes cedidos.

"Artículo 12.—Mientras la 'BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA' obtiene su personería y asuma la administración de la Lotería de Medellín, ésta continuará funcionando de acuerdo con las disposiciones legales y ordenanzales que en la actualidad la rigen.

"Artículo 13.—Cédese también a la 'BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA' el inmueble donde hoy funciona el actual manicomio departamental y la finca 'LA PAULA' ubicada en el Municipio de Bello, donde actualmente se está construyendo el Hospital Mental Departamental, cesión que se hace con todas sus mejoras, anexidades y muebles y se faculta al Gobernador del Departamento para que una vez que se obtenga la personería jurídica de la Institución que conforme a los términos de esta Ordenanza se crea, otorgue en favor de ésta la correspondiente escritura pública para que se opere la tradición del dominio de los inmuebles citados.

"Artículo 14.—La 'BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA' no puede destinar los bienes y rentas que reciba por donación, herencia o legado a fines distintos de los especialmente previstos por los donantes o testadores. Cualquier acto o contrato celebrado por la Junta Directiva que contraríe esta norma, será absolutamente nulo y los miembros de ella que la (sic) pr eben (sic) incurrirán personalmente en la responsabilidad civil del caso sin perjuicio de las sanciones de otro orden que establezcan las leyes.

"Artículo 15.—La 'BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA' estará exenta de toda clase de impuestos departamentales.

"Artículo 16.—El período de los miembros de la Junta Directiva a que se refieren los literales b), d) y e) del artículo segundo (2º), será de dos (2) años y podrán ser reelegidos indefinidamente.

"Artículo 17.—Al liquidarse la 'BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA', todos sus bienes muebles e inmuebles, rentas y en general todo su patrimonio pasará a ser propiedad del Departamento de Antioquia, quien a su vez asumirá las obligaciones que afectaren a la fundación extinguida. Dichos bienes serán destinados exclusivamente a la asistencia social y beneficencia del Departamento.

"Artículo 18.—El Gobernador del Departamento reglamentará la presente Ordenanza.

"Artículo 19.—Quedan derogadas todas las Ordenanzas contrarias a la presente.

"Artículo 20.—Esta Ordenanza regirá desde su promulgación. Dada en Medellín, a 20 de diciembre de 1954.

El Presidente, Pablo Bernal Restrepo. — El Secretario, Juan Roca Lemus.

"Medellín, 27 de diciembre de 1954. Publíquese y ejecútese.

"El Gobernador, Brigadier General Pioquinto Rengifo. El Secretario de Hacienda, Agustín Vélez Restrepo. El Secretario de Higiene y Asistencia Social, Bernardo Uribe Londoño".

En escrito presentado el 12 de enero de 1957, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, el doctor Jorge López Sanín, abogado titulado, demandó la nulidad de la Ordenanza citada "porque viola los artículos 19, 63, 187 y 194 de la Constitución Nacional; 97, 98, 123, 126, 127 y 237 del Código de Régimen Político y Municipal; la Ley 64 de 1923; y los artículos 2º y 3º del Decreto 604 de 1933. Especialmente y de manera ostensible y notoria, prima facie, viola el artículo 1º del Acto Legislativo número 5 de 1954".

La demanda se fundó en veintiseis (26) hechos, cuyo contenido se resume así:

1º. Transcribe la totalidad del acto acusado; 2º. Resume las disposiciones del mismo acto, haciendo notar que por él se dispuso la fundación de un establecimiento autónomo; 3º. Afirma que los Consejos Administrativos Departamentales, conforme al artículo 4º del Acto Legislativo número 2 de 1954, "ejercen las funciones atribuídas por la Constitución y las leyes, a las Asambleas Departamentales y no tienen ningunas otras atribuciones distintas"; 4º y 5º Hacen referencia a la Ley 64 de 1923 que facultó a los Departamentos para establecer una lotería "con el único fin de destinar su producto a la asistencia pública"; 6º. Cita el artículo 2º de la Ley 133 de 1936 y el Decreto Reglamentario 2067 de 1940 que autorizaron a los Departamentos para gravar hasta con un diez por ciento las loterías de otros departamentos, impuesto destinado a la asistencia social; 7º. Alude a la Ordenanza número 2 de 1931, por la cual la Asamblea de Antioquia autorizó al Gobernador para establecer una Lotería Departamental de Beneficencia y estableció el impuesto del diez por ciento sobre el valor nominal de los billetes de loterías extranjeras y de otros departamentos; 8º. Refiere que con posterioridad al año de 1931 se modificó el régimen de la lotería departamental que hoy se llama Lotería de Medellín, pero que la renta y el impuesto a las loterías foráneas venían siendo administrados y destinados a la asistencia social "conforme a las disposiciones

constitucionales y legales hasta la expedición de la Ordenanza número 23 de 1954"; 9º. Transcribe el artículo 13 de la Ley 93 de 1938; 10º Dice lo que dispone el artículo 19 de la Constitución Nacional sobre asistencia pública; 11º. Afirma que si conforme al artículo 44 de la Constitución, "es permitido formar fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal, a contrario sensu, no pueden formarse ni aún por las Asambleas o Consejos Administrativos Departamentales fundaciones que sean contrarias al orden legal"; 12º. Menciona el artículo 63 de la Constitución Nacional "que no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento", que los Consejos Administrativos Departamentales, creados por el Acto Legislativo número 2 de 1954, ejercen las funciones atribuídas a las Asambleas Departamentales y que éstas tienen "ciertas atribuciones señaladas en la ley y en la Constitución y no pueden ejercer ningunas otras distintas"; 13º. Afirma que la función que a las Asambleas atribuye el artículo 187 de la Constitución Nacional respecto a los establecimientos de instrucción primaria y secundaria y los de beneficencia, "es indelegable, como lo son todas las que le atribuye el artículo 187"; 14º. Afirma que de las atribuciones 2ª y 3ª que el artículo 194 de la Carta Fundamental confiere al Gobernador, "no puede ser privado por Ordenanzas departamentales, ni renunciar él mismo"; 15º. Cita las atribuciones de las Asambleas y en el 16º afirma que "no existe ninguna disposición legal que faculte a las Asambleas para delegar las atribuciones de que están investidas... estatuídas en el artículo 197 del C. de Régimen Político y Municipal y en el Decreto 2067 de 1940; 17º. Transcribe el ordinal 2º del artículo 98 del C. de Régimen Político y Municipal que prohibe a las Asambleas "intervenir por medio de ordenanzas o resoluciones en asuntos que no sean de su incumbencia; 18º. Expresa: "El Código de Régimen Político y Municipal dice (art. 123) que el Gobernador es el Jefe de la administración seccional; que los Gobernadores 'estarán sujetos a responsabilidad administrativa y judicial' (art. 126), y que tienen, entre otras, las siguientes atribuciones: 'dirigir la acción administrativa en el departamento nombrando y separando **libremente** sus agentes' (subrayo); 'cuidar de que las rentas sean recaudadas con acuciosidad y esmero, y que se les dé el destino señalado en las leyes, acuerdos y disposiciones del Gobierno' (33); 'cuidar de la buena marcha de los establecimientos públicos que existan en el Departamento, tales como colegios, escuelas, **hospitales**, asilos, cárceles, etc.'; (subrayo)"; 19º. Transcribe el artículo 237 del C. de R. P. y M.; 20º Transcribe el artículo 2º del Decreto 604 de 1933 y cita el artículo 3º del mismo; 21º. Recapitula lo que dicen las disposiciones transcritas en los anteriores numerales, sobre atribuciones de las Asambleas y de los Gobernadores; 22º. Afirma que tales disposiciones y la jurisprudencia que las ha interpretado y el Decreto 604 que las reglamentó "impiden a los Consejos Administrativos la creación de establecimientos autónomos, como la Beneficencia de Antioquia y aún el de Juntas con el mismo carácter,

porque cercenan las facultades de los Gobernadores, que son responsables por la administración de los establecimientos, bienes y rentas de los departamentos; 23º. Dice que las normas citadas son las que regían sobre establecimientos públicos, hasta agosto de 1954 en que se dictó el Acto Legislativo número 5 que dispuso en el inciso 2º del artículo 1º: "También podrá el legislador autorizar a los Departamentos y a los Municipios para la creación de establecimientos de este género dentro de sus respectivos territorios lo mismo que regular las asociaciones de carácter público entre Municipios o Departamentos para prestar determinados servicios públicos"; 24º. Asevera que con este Acto Legislativo se modificó el artículo 194 de la Constitución Nacional así: "A los Gobernadores corresponde dirigir la acción administrativa en el Departamento, nombrando y separando sus agentes, reformando y revocando los actos de estos y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la administración; y llevar la voz del Departamento y representarlo en los negocios administrativos y judiciales. Pero, por voluntad del legislador, pueden los departamentos crear establecimientos autónomos, dotados de personería jurídica, para la prestación de uno o más servicios especialmente determinados"; 25º. Afirma que el Departamento de Antioquia no ha sido autorizado para crear ningún establecimiento autónomo y por consiguiente, el Consejo Administrativo Departamental no estaba autorizado para crear el establecimiento denominado Beneficencia de Antioquia ni para ceder a ésta la lotería y el impuesto de loterías foráneas, ni bienes que el Gobernador está obligado a administrar, bajo la responsabilidad que le impone el artículo 126 del C. de R. P. y M.; 26º Señala expresamente las disposiciones violadas por el acto acusado.

Con el título "Razones de derecho", después de citar los artículos 54, 63 y 66 del Código Contencioso Administrativo y el 110 del Código de Régimen Político y Municipal, expone el demandante:

"La Ordenanza 23 de 1954 priva al Consejo Administrativo de su atribución de crear empleos y fijar las asignaciones de los empleados; el Consejo se desprende de su atribución de fijar las normas para la administración de establecimientos, bienes y rentas departamentales; despoja al Gobernador de su atribución de dirigir la acción administrativa en el departamento, de su facultad de nombrar empleados y crea una junta en que el Gobernador queda en vergonzante minoría.

"La Ordenanza acusada dispone la cesión a una entidad autónoma, con personería jurídica, con Junta que puede disponer de bienes raíces y muebles, de impuestos, bienes y rentas departamentales, gravar inmuebles y mudar su forma. La Lotería de Medellín es lo que puede llamarse en derecho administrativo un establecimiento público, de conformidad con los tratadistas de derecho administrativo, que debe ser

administrado por reglamentos del Consejo Administrativo Departamental. La gestión administrativa y el nombramiento de empleados corresponde al Gobernador.

"Como puede verse en el artículo 187 de la Constitución Nacional, los Consejos Administrativos de los Departamentos deben reglamentar los establecimientos de instrucción primaria y secundaria y los de la beneficencia y arreglar la administración de los 'establecimientos públicos que interesen exclusivamente al Departamento'. Estas obligaciones de los Consejos no pueden delegarse en otras personas o entidades salvo autorización expresa del legislador (art. 1º del Acto Legislativo Nº 5 de 1954).

"La Constitución coloca en el mismo caso los establecimientos de instrucción pública y los de beneficencia. Si pudieran crearse entidades autónomas, sin autorización del legislador, para la administración y disposición de bienes, rentas y establecimientos de beneficencia, también podrían los Consejos Administrativos disponer la fundación de personas jurídicas que administraran la instrucción pública y dispusieran de los bienes a ella destinados. Podrían de la misma manera, entregar el manejo de las rentas de tabaco, degüello y licores. Los Gobernadores quedarían sin oficio. Y si lo mismo se hiciera con las rentas, bienes y establecimientos nacionales, sobraría el Presidente de la República, y toda nuestra organización democrática quedaría aniquilada y el pueblo dirigido por personas jurídicas autónomas.

"El Acto Legislativo Nº 5 de 1954 se dictó para que pudiera privarse al pueblo de Medellín de las prósperas empresas que fundó, administró y sostuvo con grandes esfuerzos. Ese acto desquicia las instituciones republicanas y abre el camino para hacer desaparecer las Asambleas, los Concejos, los Alcaldes y los Gobernadores, o dejarlos con los brazos cruzados. Pero, al menos, hay que esperar que sea el legislador quien autorice el despojo. Los Concejos Administrativos carecen de facultad para crear personas jurídicas, que administren y dispongan de bienes, rentas e impuestos departamentales".

Como en la demanda se solicitó de modo expreso, la suspensión provisional del acto acusado, el Tribunal por auto de fecha 1º de marzo de 1957, accedió a decretarla, fundándose en que "ninguna disposición constitucional ni legal autoriza a las Asambleas para crear instituciones de utilidad común" y que para crear establecimientos públicos, según el Acto Legislativo número 5 de 1954, requieren autorización del legislador y la Ordenanza demandada se dictó sin que mediara este requisito.

El Consejo de Estado al resolver el recurso de apelación que con-

tra el decreto de suspensión provisional interpusieron el Gobernador del Departamento y el Fiscal 2º del Tribunal Superior de Medellín, lo confirmó en auto de fecha 29 de octubre del mismo año, pero a solicitud del apoderado de la Beneficencia de Antioquia repuso esta providencia y revocó el auto de suspensión provisional, por resolución de fecha 13 de mayo de 1958, porque consideró que no fue un establecimiento público sino una fundación o institución de utilidad común, la que tuvo intención de crear el Consejo Administrativo Departamental al expedir la Ordenanza 23 de 1954, según la letra y el espíritu de este estatuto y por tanto "resulta prematuro y aventurado afirmar que ella viola, 'flagrantemente y a primera vista', el artículo 1º del Acto Legislativo número 5 de 1954, relativo a la creación de un establecimiento público, y, por ende, no se cumple en el caso de autos la regla indispensable para que el juzgador suspenda provisionalmente sus efectos".

El Tribunal, con fecha 14 de julio de 1958, desató la litis mediante sentencia que declara la nulidad de la Ordenanza acusada. Contra el fallo interpusieron el recurso de apelación el Gobernador del Departamento y el Fiscal 2º del Tribunal Superior y el apoderado de la Beneficencia de Antioquia, por lo cual el juicio se remitió al Consejo de Estado para su conocimiento y decisión en segunda instancia.

Surtida la tramitación legal, procede la Sala a dictar la sentencia de segundo grado.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, después de observar que "el problema planteado se reduce a esclarecer, si por ordenanzas se pueden crear instituciones de utilidad común, a las que se les pueda encomendar la asistencia pública en el Departamento, o si ésta debe prestarse exclusivamente por organismos estatales, como son los establecimientos públicos, cuya creación debe hacerse con las formalidades previstas por el Acto Legislativo Nº 5 de 1954, el cual exige autorización previa del legislador o en su defecto del Gobierno para que el establecimiento creado tenga validez", establece con apoyo de la autoridad del Profesor Gastón Jéze la diferencia entre el establecimiento público y la institución de utilidad común, "en que el primero es una modalidad del servicio público, mientras la segunda es una modalidad de la iniciativa privada", para, en seguida, razonar así:

"Debe estudiarse en primer lugar si nuestra legislación autoriza al Estado para emplear el sistema de derecho privado, en la atención de algunos de los servicios públicos. Debe advertirse como cuestión preliminar que en lo concerniente a la asistencia pública, la propia Cons-

titución la ha consagrado como función exclusiva y eminentemente estatal.

"No excluye el anterior concepto, la colaboración de los particulares al crear instituciones con fines de utilidad común, para atender a los servicios asistenciales para lo cual están autorizados, permitiéndoseles formar compañías, asociaciones o fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Pero esta colaboración no es obligatoria sino exclusivamente voluntaria, ya que al Estado le compete la prestación del servicio como un deber. En forma bastante gráfica distingue el profesor Berthélemy esta ayuda altruísta de los particulares a la prestación de determinados servicios públicos, pero sin que pueda confundírseles con los institutos oficiales, al igual que no pueden confundirse los francotiradores con el ejército regular.

"Al consagrarse el servicio de la asistencia pública por precepto de la Carta, esto nos está indicando que el constituyente ha querido que ésta se preste directamente por el Estado, usando cualquiera de los sistemas de organización administrativa consagrado en la ley, sin necesidad de acudir al derecho privado, el que lejos de reportar beneficios, implica una renuncia a multitud de privilegios de que pueden gozar organizándose mediante el sistema de derecho público, como sería el de la expropiación por motivos de utilidad pública y el de los contratos administrativos, cuya caducidad puede declararse unilateralmente sin necesidad de acudir a las autoridades judiciales para su resolución en caso de incumplimiento. Por otra parte el régimen de derecho público reporta algunas otras ventajas innecesarias de enumerar, haciéndose igualmente merecedores a la confianza colectiva y a la ayuda particular, de la cual puede lucrarse sin desvirtuar su naturaleza jurídica.

"Se ha sostenido que la creación de instituciones de utilidad común, no sólo está autorizada para los particulares sino también para la administración pública, debido a que el precepto en forma amplia y sin distinciones, faculta para formar compañías, asociaciones y fundaciones de cualquier naturaleza. El anterior punto de vista no es compartido por la Sala la cual considera que el precepto constitucional, únicamente faculta a las personas privadas para asociarse.

"Si se consulta el origen de la disposición constitucional, se hallará que el fin previsto por el constituyente no fue de autorizar a la administración pública para crear instituciones de esta naturaleza, sino más bien el de interesar a los particulares en los fines que estas asociaciones persiguen.

"Además la inclusión del artículo en el Título III de la Constitución, en donde están consagrados los derechos individuales y garantías sociales, nos está indicando que en él no se establece competencia sino

un simple derecho del cual pueden hacer uso los particulares. Este principio está consagrado en la mayoría de las Constituciones y se le conoce con el nombre de libertad de asociación. El simple empleo de las palabras compañías, asociaciones y fundaciones implica una referencia al derecho privado, pues de ellas se ocupa el Código Civil en donde se les da su reglamentación. El profesor Louis Josserand las diferencia con la maestría que le es peculiar en los siguientes términos:

" 'Existen personas morales que sólo deben ser consideradas desde el punto de vista del derecho público (Estado, Departamento, Municipios, Establecimientos públicos como Universidades, Facultades, Hospitales, etc.); hay otras que pertenecen al derecho privado y sólo de éstas habremos de ocuparnos porque las otras son propias del derecho administrativo o del derecho constitucional'.

"La duda surgida, pudo haberla originado el artículo 47 de la Constitución de 1886, cuyo texto hacía referencia a las asociaciones públicas o privadas; pero conviene advertir que el término de pública que se empleó nada tiene que ver con el sistema del derecho público, sino que hace alusión a su notoriedad, para diferenciarlas de las privadas. Con el fin de terminar con estas distinciones inútiles, el constituyente de 1936 sólo se preocupó de que dichas asociaciones no fueran contrarias a la ley ni a la moral, desentendiéndose de la publicidad mas no de su origen, pues como antes, continuaron siendo creaciones de la iniciativa privada.

"Pero como la facultad de creación bien puede provenir de la ley, se hace necesario escudriñar si existe un texto legal que las autorice. El artículo 120 de la Constitución en su numeral 19, consagró como atribución presidencial, la de ejercer el derecho de inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común para que su renta se conserve y sea debidamente aplicada y que en todo lo esencial se cumpla la voluntad de los fundadores. En desarrollo de este artículo se expidió la Ley 93 de 1938, sobre vigilancia a las instituciones de utilidad común, en uno de cuyos artículos se autoriza para ser reglamentadas en virtud de un acto administrativo, conservándolas sujetas a la vigilancia e inspección del Gobierno. El anterior precepto sirve de apoyo a la Beneficencia para sostener que las instituciones de utilidad común pueden originarse en un acto de la autoridad. Sin embargo, si se relee el artículo constitucional en el que se atribuye al Presidente de la República la facultad de inspección y vigilancia, se llegará a la conclusión de que el texto de la ley le es contrario, por haberse desnaturalizado la función encomendada, convirtiéndola en un poder de creación no autorizado por el precepto constitucional. Ante tal hecho, deberá inaplicarse el precepto legal por ser contrario a una norma de jerarquía superior, a la cual debió ajustarse.

"En el derecho público, la primera condición para que un acto jurídico produzca sus efectos, es la de que quien lo realice sea competente; si se carece de este último requisito, el acto es nulo. Si la ley invocada resulta contraria a la Constitución con mayor razón lo será la Ordenanza que de ésta toma vida.

"Si se confrontan otras normas constitucionales y legales relativas a las atribuciones de las Asambleas, se encontrará la inexistencia de precepto alguno que las autorice para crear instituciones de la naturaleza indicada. El artículo 187 de la Superley sólo les confiere la facultad de reglamentación para los establecimientos de instrucción primaria y secundaria y los de beneficencia cuando fueren costeados con fondos del Departamento. La reglamentación allí prevista no puede llegar hasta la transformación de los organismos estatales, con (sic) instituciones de carácter privado; al igual que los particulares no pueden crear instituciones de carácter público, por la razón elemental de que las entidades públicas tienen una competencia enmarcada en la ley y de la cual no pueden salirse. Igualmente el artículo 331 del C. de R. P. y M. autoriza la constitución de juntas patrióticas como auxiliares de la administración pública en determinado ramo. Por el simple hecho de considerárseles como auxiliares de la administración pública, se está diciendo que no son autónomas y al agregar la característica de oficiales las excluye de la actividad privada.

"Como no existe texto positivo que autorice creaciones de tal naturaleza, las que se establezcan deben considerarse contrarias a la ley en concordancia con un principio de aceptación unánime en el derecho público según el cual la administración sólo puede hacer lo que implícita y explícitamente le permita la Constitución o la ley.

"Del contexto de la Ordenanza y de los estatutos reguladores de la institución creada se desprende que la Beneficencia de Antioquia es una institución de utilidad común, pues con tal fin se le creó y por lo tanto se deberá atender a los propósitos de sus fundadores. Ante tal circunstancia y como la intención fue manifiesta de crear una institución privada, deberá tenerse el acto que la creó como injurídico, por no existir un texto positivo que autorice a las Asambleas para fundar instituciones de la naturaleza indicada".

TESIS DE LOS OPOSITORES A LA DEMANDA

Tanto en la primera como en la segunda instancia, los apoderados de la Beneficencia de Antioquia expusieron en extensos alegatos las razones para sostener que es legítima la Ordenanza acusada.

Ante el Tribunal lo hizo el doctor Alfonso Uribe Misas en un largo estudio en el que después de hacer una crítica al auto que decretó la suspensión provisional de la Ordenanza en cuanto consideró que la institución creada por ella no es una fundación o institución de utilidad común, sino un establecimiento público, lo que el distinguido abogado considera equivocado porque contraría la letra y el espíritu de tal estatuto, afirma que el motivo que indujo a demandar la declaración de nulidad, no fue otro que lograr "que los varios millones de pesos que don Luciano Santa María dejó a la Beneficencia de Antioquia sean repartidos entre sus sobrinos", pues precisamente con poder de éstos, el mismo dor López Sanín ha instaurado demanda contra la validez del testamento otorgado por dicho señor Santa María.

Se extiende el alegato al análisis del texto de la Ordenanza, de los Estatutos de la Beneficencia de Antioquia, de la aprobación que a ellos dio el Ministerio de Justicia al reconocer personería jurídica a la Beneficencia, para demostrar que lo que creó el Consejo Administrativo mediante la Ordenanza acusada fue una fundación o institución de utilidad común y no un establecimiento público. Estudia en seguida qué se entiende por establecimiento público y después de advertir que de éste no se encuentra una definición en la Constitución ni en las leyes, critica el texto del Acto Legislativo Nº 5 de 1954, por estar concebido en términos tan generales, imprecisos y equívocos que puede significar lo que cada cual imagine; transcribe la doctrina expuesta por el doctor Eustorgio Sarria en su "Tratado de Derecho Administrativo" sobre lo que es establecimiento público, para llegar a la conclusión, haciendo la comparación entre la Beneficencia de Antioquia y el Establecimiento Autónomo de las Empresas Públicas Municipales de Medellín, que este "no es sino un organismo descentralizado que continúa, no obstante, formando parte de la administración municipal, del organismo oficial o gubernamental que se llama Municipio de Medellín; en tanto que la fundación o institución de utilidad común que se llama 'Beneficencia de Antioquia', actúa, no ya como organismo departamental, como dependencia del Departamento de Antioquia, sino como entidad que funciona en el campo del derecho privado, y ello a pesar de su origen oficial y a pesar de estar supervigilada por el Gobierno Nacional, a quien compete la vigilancia de las instituciones de utilidad común", y agrega:

"Se explica este fenómeno por la naturaleza jurídica de las fundaciones en las cuales no cuentan las personas naturales o jurídicas que las crearon, sino el patrimonio mismo personificado. Estudien los Honorables Magistrados, a la luz de la doctrina de los autores, la naturaleza de las fundaciones y encontrarán confirmado por todos aquéllos lo que estoy diciendo. Por manera que, al fundar el Consejo Administrativo Departamental de Antioquia la entidad que represento, ésta no

quedó girando como un satélite en torno de la organización departamental, sino como un cuerpo que tiene vida y órbita propias. Cosa muy distinta es que la 'Beneficencia de Antioquia' deba ser representada en todos sus actos por personas de carne y hueso y por su Junta Directiva".

Y criticando nuevamente el auto de suspensión provisional dictado por el Tribunal, porque en su sentir no apreció la intención del legislador departamental que aparece muy clara en la Ordenanza y porque involucró "dos conceptos opuestos que se rechazan mutuamente como el agua y el aceite", concluye su alegato, en este punto, diciendo:

"El establecimiento público y la fundación o institución de utilidad común tienen, sí, una característica común, cual es la de ser ambos supervigilados por el Estado. Pero el establecimiento público es fiscalizado **como organismo integrante del Estado mismo,** en tanto que la fundación es vigilada **como una entidad de derecho privado que, por manejar donaciones y legados con destinación a la asistencia social,** tiene proyecciones de interés público" (el subrayado es del alegato).

Se refiere a continuación el alegato, a las fundaciones o instituciones de utilidad común y a la Ley 93 de 1938 que las definió y reglamentó su funcionamiento, para deducir que la "Beneficencia de Antioquia" es una institución de esta clase, según el inciso segundo del artículo 1º de dicha ley y a que tuvo origen en una Ordenanza de acuerdo con el artículo 5º de la misma, pues es "muy claro que esas instituciones pueden ser de origen privado o de origen oficial; pero en ambos casos son de derecho privado, aunque también en ambos casos sean supervigiladas por el Gobierno Nacional como se desprende del contexto del mismo estatuto legal". Agrega que la Ley 93 de 1938 no es sino el desarrollo del artículo 44 de la Constitución Nacional, artículo que no distingue a quién le es permitido formar fundaciones "y, por tanto, ello es permitido tanto a los particulares, como a las entidades de derecho público, como son la Nación, los Departamentos y los Municipios" y que "por ser ello muy claro, el legislador de 1938, intérprete auténtico de la Constitución, expidió la ley 93 de ese año que, en sus artículos 5º y 17 faculta a los Departamentos para crear por medio de Ordenanzas, fundaciones o instituciones de utilidad común. Y esa misma ley aludió al artículo 115 de la Constitución que faculta al Presidente de la República para inspeccionar y vigilar esas instituciones. Además, el legislador de 1938 tuvo en cuenta que, según el artículo 187 de la misma Constitución, 'corresponde a las Asambleas reglamentar, por medio de Ordenanzas, los establecimientos de beneficencia cuando fueren costeados con fondos del Departamento".

Y tomando como base lo que expone el profesor Sarria para diferenciar el establecimiento público de la institución de utilidad común,

dice el alegato que las diferencias que se desprenden de tal exposición, son las siguientes:

"1ª. Sólo el Estado puede crear un establecimiento público (como las Empresas Autónomas de Medellín), en tanto que la fundación puede tener origen, como lo establecen los artículos 3º y 5º de la Ley 93 de 1938, en la iniciativa privada o en un acto oficial;

"2ª. El patrimonio del establecimiento público lo aporta íntegramente el Estado (Nación, Departamento o Municipio), al paso que el patrimonio de la fundación lo puede aportar totalmente el Estado, o lo pueden aportar íntegramente los particulares, o lo pueden aportar éstos, en parte, y, en parte, el Estado;

"3ª. El Estado no se desprende del patrimonio de los establecimientos públicos, en tanto que cede a las fundaciones, en forma perpetua e irrevocable, los bienes con que las dota, para que los administren, como personas de derecho privado;

"4ª. La ausencia del espíritu de lucro en la prestación del servicio es la característica esencial de la fundación o institución de utilidad común, en tanto que es de la esencia del establecimiento público el factor lucro en la explotación de los servicios que presta, como el de energía, acueducto, teléfonos, alcantarillado, transportes, correos y telégrafos".

Transcribe el alegato el artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 260 de 22 de octubre de 1957 que dice así: "Se interpreta con autoridad el artículo 5º de la Ley 93 de 1938 en el sentido de que la inspección y vigilancia por parte del Gobierno Nacional de las instituciones de utilidad común que tienen o tengan origen en un acto administrativo del Poder Público —ley, ordenanzas, acuerdo o decreto de autoridad— y que reciban auxilios del Tesoro Nacional, se contrae únicamente a verificar que el producto de tales auxilios ingrese a ellas y sea aplicado efectivamente a los fines para los cuales fueron creadas". En concepto del distinguido apoderado, esta disposición ratifica expresamente la doctrina del artículo 5º de la Ley 93 de 1938 y demuestra también la tesis de que los Departamentos pueden, por medio de ordenanzas, crear fundaciones de utilidad común.

Y refiriéndose a la tesis del actor de que "los Departamentos no pueden ceder bienes ni rentas a las fundaciones creadas por las Asambleas y que éstas y el Gobernador no pueden renunciar al derecho de nombrar y remover, ellos mismos, sus agentes", dice el alegato:

"Nada de delegaciones, por tanto, nada de cesiones, pues las Asambleas y los Gobernadores están maniotados, según el acto, para cumplir la misión que les confía el artículo 19 de la Constitución Nacional,

según el cual, 'la asistencia pública es función del Estado'. Más todavía, pues para el actor nada significa el inciso 2º de ese artículo que dice: 'La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado'. Que es precisamente lo que hicieron la Ley 98 (sic) de 1938 al permitir a los Departamentos, por medio de ordenanzas, la creación de instituciones de utilidad común, y la Ordenanza 23 al poner en ejecución los preceptos de esa ley. Al decir ese texto que 'la ley determinará... los casos en que deba darla directamente el Estado', alude naturalmente, por exclusión, a los casos en que el Estado no administra la asistencia social por medio de sus organismos ordinarios, como serían una Secretaría de Higiene, sino por medio de organismos extraordinarios, delegados para tan alta función, como es la institución de utilidad común que se llama Beneficencia de Antioquia. Como no hay derecho contra derecho, y como la Constitución no puede conferir facultades sin medios para ejercerlas, es lógico pensar que, si de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución, las Asambleas pueden crear fundaciones y, si según el artículo 187 pueden reglamentarlas, y si según el artículo 194 los Gobernadores deben 'dirigir la acción administrativa del Departamento', y 'ejercer el derecho de vigilancia y protección sobre las corporaciones oficiales y establecimientos públicos', y si según el artículo 19 de la misma Carta la asistencia social es función del Estado y la ley determinará la forma de prestarla, es indiscutible que las Asambleas pueden ceder bienes y rentas a las fundaciones que ellas crean, y delegar en éstas ciertos nombramientos, pues de esta manera cumplen, por medio de tales fundaciones, gran parte de su misión administrativa en el campo de la asistencia social".

Finalmente hace alusión el alegato a los efectos del Plebiscito del 1º de diciembre de 1957 en cuanto no derogó sino que desconoció todos los actos legislativos posteriores al expedido en 1947; dice que suponiendo que el Acto Legislativo Nº 5 de 1954 tuviera algo que ver con la Ordenanza acusada "habría que concluír que, al esfumarse, como si hubiera sido un sueño, tal estatuto constitucional, cae por su base la demanda, la que también se esfuma como si la hubieran borrado del papel".

El señor Gobernador del Departamento de Antioquia, en su alegato ante el Tribunal, después de transcribir los artículos 12, 19, 44 y 187 numeral 1º de la Constitución Nacional, se expresó sobre lo fundamental de la controversia así:

"Esta última norma (se refiere al artículo 187) que fija el radio de acción que en la materia que se estudia se señala a las Asambleas Departamentales, hay que aplicarla en armonía con lo que preceptúa

la misma Carta en su artículo 183, en el cual se dispone que los bienes y rentas de los departamentos, son de su exclusiva propiedad y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares.

"Esto que se acaba de exponer, se precisa tenerlo en cuenta, porque si los bienes de los departamentos gozan de las mismas garantías de que están rodeados los de los particulares y existen para prestar el servicio público a la comunidad, el órgano máximo de la administración departamental tiene plena capacidad jurídica para destinar una parte de ellos a cumplir el fin para que existe la entidad departamental, dentro del régimen de descentralización administrativa que rige entre nosotros.

"Ahora bien; el artículo 44 de la Carta Fundamental de la República permite formar compañías, asociaciones y fundaciones. No dijo la Constitución y no lo ha dicho la ley, que tal facultad o permiso sólo fue concedido a los particulares, y si así no se ha pronunciado, ¿por qué razón los Tribunales tienen que consagrar una limitación no prevista? Si en la Ley Máxima de la República se crearon como personas morales los departamentos en que se divide el país, si a estos entes se les dotó de personería jurídica inmanente y si el permiso o facultad consagrado en el artículo 44 citado no se limitó él a las personas naturales, sino que lo consagró de una manera general, categóricamente debe concluírse que el departamento por medio de sus órganos representativos, también puede hacer uso, como todo ente moral con personería jurídica, de dicha facultad.

"El numeral 1º del artículo 187 de la Ley de Leyes ordena que corresponde a las Asambleas Departamentales reglamentar, de acuerdo con los preceptos de la Constitución y la Ley, entre otros establecimientos, los de beneficencia que fueren costeados con fondos del departamento.

"No es fácil, porque es imposible, asimilar el término 'formar' que emplea el precitado artículo 44 de la Carta con el de 'reglamentar' que se usa en el numeral 1º del artículo 187 del mismo Estatuto Fundamental. El constituyente al adoptar el artículo 187 no consignó los términos 'formar' o 'crear' refiriéndose a la facultad que estaba dándole a las Asambleas, porque como estatuto esencialmente técnico que es, no podía, ni debía repetir lo que ya había establecido en el artículo 44 ya varias veces citado. En este canon dio el permiso para todas las personas, naturales o jurídicas, para 'formar' o 'crear', o establecer fundaciones que no fueran 'contrarias a la moral o al orden legal'; y en el numeral 1º del artículo 187 le dio a las Asambleas Departamentales la facultad de 'reglamentar', obedeciendo la Constitución y la ley,

las que por ellas fueran creadas para atender el servicio de la beneficencia pública".

El alegato se extiende en consideraciones sobre lo que es una fundación y lo que es un establecimiento público, y dice:

"La fundación es un establecimiento que persigue un fin de beneficencia o de educación pública, para lo cual se destinan bienes determinados. En estas entidades no hay personas asociadas (corporación), sino bienes dotados de personería jurídica. La fundación, según la doctrina, tiene fines exclusivos o propios que son la beneficencia o la educación pública y aún, podría decirse que por mandato del artículo 80 de la Ley 153 de 1887, gozan de personalidad jurídica inmanente, desde el mismo momento de su creación.

"Las fundaciones, entes jurídicos cuya constitución correspondía al legislador conforme a lo ordenado en el artículo 634 del Código Civil, hoy, por un acto de la voluntad de la persona natural, o de la persona moral manifestada en estos casos en la forma prevenida para el efecto, en el caso de los Departamentos, por medio de Ordenanzas, pueden serlo sin esperar ordenamiento legal, gracias al canon 44 de la Constitución Nacional.

"El establecimiento público y al cual se refiere el Acto Legislativo Nº 5 de 1954 es aquel que obedece a un 'proceso de descentralización por servicios, según el tratadista colombiano Eustorgio Sarria, para cumplir actividades de orden técnico inherentes al servicio, sin interferencia de intereses políticos del momento. Son entes con capacidad jurídica creados por la administración pública, pero independientes de ésta, que la doctrina aconseja para resguardar las consecuencias derivadas de la necesidad política, la eficacia y regularidad que se demanda de todo servicio público y que se sustrae a la dirección de los representantes del Gobierno, por considerar que estos actúan, primordialmente, en función política, sin conocimiento o descuidando el aspecto técnico que debe primar en la prestación de algunos servicios públicos.

"El establecimiento público y la fundación son entes jurídicos completamente diferentes entre sí, y por tanto, enteramente distinto el régimen que gobierna su creación.

"Cuando la fundación se concreta en sus fines a la beneficencia o a la enseñanza pública, el establecimiento de la índole anotada dice relación a otros servicios públicos, sin especificarlos nuestra ley positiva. No exige la doctrina el tecnicismo en la prestación del servicio

común de beneficencia o de enseñanza que se puede prestar a través de la fundación, tecnicismo que se hace necesario en la prestación del servicio para el cual se haya instituído el establecimiento público. La fundación puede corresponder a iniciativa y creación de la persona natural o de una persona moral, lo que no ocurre con el establecimiento público, que necesariamente debe corresponder a un ente moral de carácter oficial, es decir, a un acto de autoridad pública. También por el aspecto de la calidad o naturaleza de los bienes que se destinan a esta clase de instituciones jurídicas, pueden hacerse diferenciaciones sustanciales. En efecto: cuando una fundación puede estar formada por bienes patrimoniales que han salido del patrimonio privado de una persona natural o del patrimonio de una entidad, o también de ambos, como es el caso de la 'Beneficencia de Antioquia', según las voces del acto acusado —Ordenanza 23 de 1954— en el establecimiento público sólo cabe el destino de parte de bienes de la entidad oficial que lo crea; en este caso se destinan bienes públicos exclusivamente, que hacen parte del patrimonio oficial, a la prestación de un servicio también público y que sólo el Estado o cualquiera entidad por las que éste se manifiesta, puede prestar.

"Tratándose, pues, de un establecimiento de beneficencia, o mejor, de una fundación como se manifiesta en el mismo texto de la Ordenanza acusada, para lo cual se repite, estaba autorizado el Consejo Administrativo Departamental, que al adoptar dicho estatuto actuaba con las mismas facultades dadas por la Constitución (artículo 44) a la persona moral departamental (sic) de Antioquia, y al no poderse confundir tal institución con un establecimiento público, jurídica, legal y lógicamente debe concluírse que la Corporación que la creó, procedió y obró dentro del marco de la Constitución y de la ley y que el juicio de nulidad con que se le ataca hay que desecharlo por inexistente y por absurdo.

"Es que, se recalca, el artículo 44 de la Constitución Nacional no limita, de manera especial, la capacidad de determinadas personas jurídicas (naturales o morales), para la creación de las fundaciones: Toda persona que tenga la capacidad ordinaria de que trata el artículo 12 de la Carta y que se encuentra regida o determinada por la ley en el artículo 1503 del C. Civil, tiene capacidad, sin límites de ninguna índole, para crear una fundación. Si la Constitución en su artículo 44 no limitó tal capacidad y el legislador haciendo uso de la atribución que le dio la misma Carta en su artículo 12, no la ha limitado, ¿por qué querer decir ahora, cuando algunas personas naturales han creído cercenado un derecho herencial, que tal capacidad sí tiene límites para las Asambleas Departamentales, trayendo a colación normas y disquisiciones de índole jurídica, ilógicas y enteramente inaplicables? ¿Cómo pensar que el fallador tiene facultad para reemplazar

al constituyente, al legislador, cuando el primero ha sido claro y cuando el segundo no ha hecho uso de la atribución que se le dio en el artículo 12 de la Ley Fundamental de la República, porque ha considerado que si así procediera, actuaría de manera injurídica, o en contra de la realidad nacional y del mismo orden institucional de la República?

"Es que no hay vacíos que corresponda llenar a la jurisprudencia, porque fue el constituyente de 1954, el que se encargó de despejar cualquier duda que pudiera surgir sobre el particular, al limitar de una manera expresa la capacidad de que estamos tratando, pero sólo en lo concerniente a la creación de establecimientos públicos.

"El fallador no puede entonces exigir la reunión de requisitos formales que la Cnstitución y la ley los han exceptuado. Si el constituyente y el legislador no los han exigido es porque, sin ellos, ha conferido la capacidad de actuar en la creación o formación de fundaciones, a las personas morales de derecho público, como lo es el Departamento.

"Se impone, pues, el rechazo de las súplicas de la demanda".

Por su parte, el doctor Cayetano Betancur, como apoderado de la Beneficencia de Antioquia en la segunda instancia, presentó un extensísimo alegato para demostrar que la Ordenanza acusada es fundada en la Constitución y en la ley y que por tanto, la sentencia de primera instancia debe revocarse, para negar las peticiones de la demanda.

El alegato se inicia con algunas consideraciones respaldadas en jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, para demostrar que el Acto Legislativo Nº 5 de 1954, por virtud de la reforma plebiscitaria, "nada tiene que hacer ya en la presente acción de nulidad, en la cual para nada se ha demandado sobre restablecimiento de derechos". Al respecto su argumento lo concreta y sintetiza así: "Cualquiera que sea la opinión que se mantenga sobre las reformas constitucionales posteriores a 1947, es lo cierto que a la luz de una disposición derogada, no se puede mirar la nulidad de una norma que le sea subordinada".

Hace un resumen de las premisas sentadas en la sentencia del Tribunal y critica ésta por no transcribir en su integridad la cita de Gastón Jéze sobre la diferencia entre establecimiento público y establecimiento de utilidad pública, así:

"La sentencia aduce el texto de Gastón Jéze que citado en su integridad es así:

" 'La diferencia fundamental que se señala entre el establecimiento público y el establecimiento de utilidad pública, consiste en que el establecimiento público es una modalidad del **servicio público,** mientras que el establecimiento de utilidad pública es una modalidad de la **iniciativa privada'.** (Ob. cit. Tomo II (1), Pág. 44).

"En el mismo lugar, reconoce Jéze que a primera vista parece ser muy fácil la distinción, aunque en casos concretos no resulta siempre tan obvia y por eso añade en la página siguiente:

" 'No existe un criterio fijo que revele, en forma segura, la voluntad del legislador. Sin embargo, hay un signo que puede hacer conocer inmediatamente si un establecimiento es de utilidad pública o si se trata de un establecimiento público: es su **origen**; si el establecimiento ha sido creado por la **iniciativa privada,** no es seguramente un establecimiento público, a menos que la ley expresase **formalmente** lo contrario'.

"Ante la enfática expresión del texto que acaba de citarse, bien se ve que lo que resulta evidente para el publicista francés es que no hay establecimiento público debido a la iniciativa privada, pero de allí no se deduce que no pueda haber establecimiento de utilidad pública originado en un acto oficial ni que la ley, por excepción, no pueda dar carácter de establecimiento público a lo que ha tenido un origen en la iniciativa privada.

"Pero en la distinción general arriba mencionada coinciden otros autores franceses como se ve en un texto de León Blum que cita Jéze en las páginas 51 y 52, ob. y t. cit.:

" 'La nítida separación entre el establecimiento público y el establecimiento de utilidad pública comenzó a hacerla la doctrina francesa desde mediados del siglo XIX, y en 1862 quedó consagrada definitivamente en la legislación (ley de 26 de febrero). Ver Jéze (ob. y t. cit., pág. 198).

"El doctor Eustorgio Sarria en su 'Derecho Administrativo' (Bogotá, 1957), hace expresar a Jéze entre estos dos tipos de establecimientos, una diferencia que no he podido hallar en parte alguna de su obra. Dice el autor citado que Jéze razona así:

" 'El punto capital que marca la diferencia entre el establecimiento público y el establecimiento de utilidad pública es el de que aquél es una modalidad del procedimiento del **servicio público,** mientras que

éste es una modalidad del procedimiento del **servicio privado'.** (pág. 174).

"Y a este texto el doctor Sarria le hace el siguiente comentario:

" 'Pero el problema no debe plantearse así, por cuanto ya está comprobado que no es de la **esencia de la noción de servicio público** el que el gestor sea el Estado, pudiendo serlo personas extrañas a los gobernantes. Y así las instituciones de utilidad pública o común pueden cooperar, y de hecho cooperan en la eficaz prestación de importantes servicios públicos, con exclusión de todo propósito de lucro. Tal es el caso de la **enseñanza secundaria** y profesional y de la **asistencia hospitalaria'.**

"Con todo la doctrina del autor colombiano, a pesar de lo que afirma, en nada se separa de los clásicos conceptos de Gastón Jéze.

"Pero sí es de notar que el doctor Sarria reconoce la posibilidad de que en Colombia existan establecimientos de utilidad pública de creación oficial, cuando dice en su texto citado lo siguiente:

" 'El establecimiento público es siempre una creación de los gobernantes, de la ley, al paso que la institución de utilidad pública o común es, **por lo general** (subrayo), creación de la **iniciativa privada'** (pág. 174). Y con razón dice el citado autor 'por lo general', pues él mismo transcribe unas páginas adelante, sin comentario adverso a su constitucionalidad, el artículo 5º de la Ley 93 de 1938, según la cual, las instituciones de utilidad común o pública pueden emanar de un acto administrativo del poder público, como ley, ordenanza, acuerdo o decreto de autoridad.

"Y el doctor Castro Martínez también es de esta opinión sobre lo que existe vigente en Colombia, aunque otra cosa quiera ver legislado... cuando alude al artículo 5º de la Ley 93 de 1938 y dice que en él 'se admite la posibilidad de que esta clase de entidades tengan origen en virtud de un acto administrativo del Poder Público (ley, ordenanza, acuerdo o decreto de autoridad)', lo que comenta dicho autor así: 'Nos parece que esta ley se sale en ese punto de lo que realmente se considera en el **derecho administrativo** como fundaciones de esta clase. La cuestión es muy sencilla de analizar: si el Congreso, las Asambleas o los Concejos deciden satisfacer una necesidad social y para el efecto destinan bienes del patrimonio público, en realidad lo que se crea **o debe crearse** es un servicio público'. (subrayo).

"El texto anterior, mirado superficialmente, podría parecer a alguien que contradice la tesis que quiero defender en este memorial y que confirma, al contrario de mis deseos, la doctrina de la sentencia recurrida.

"Pero basta leer con atención el texto citado y de ahí se comprenderá cómo el autor critica unas instituciones legales muy nuestras, no precisamente porque se opongan a ninguna disposición constitucional, sino porque contrarían las doctrinas hoy en boga en el derecho administrativo.

"De todas maneras resulta que para los dos tratadistas de derecho administrativo colombiano que se vienen citando, sí es posible que en Colombia existan instituciones de utilidad común creadas por un acto administrativo del poder público (ley, ordenanza, acuerdo o decreto de autoridad), como lo expresa el artículo 5º de la Ley 93 de 1938..."

Examina el doctor Betancur la tacha de inconstitucionalidad de la Ley 93 de 1938 que alega la sentencia del Tribunal y dice:

"Limitándonos a las ordenanzas y a los acuerdos municipales, es visible que un acto administrativo de estas clases pueden (sic) crear una fundación de utilidad común, basándose en el artículo 44 de la Constitución, porque es bien sabido que una de las características de los regímenes departamentales y municipales, por lo que toca al patrimonio económico, es la de tener los mismos derechos y obligaciones que el régimen de la propiedad privada. Así lo establece el artículo 183 de la Constitución... De suerte que si el artículo 44 garantiza el derecho de destinación de bienes para un fin fundacional, el artículo 183, al dar a los bienes de los Departamentos el mismo carácter de la propiedad privada, hace que las mencionadas entidades administrativas puedan apelar al artículo 44 citado para crear una fundación. El razonamiento es obviamente lógico, pues si el artículo 183 es una garantía del patrimonio departamental al asimilarlo a la propiedad privada, esa garantía sólo obtiene la plenitud de sus efectos cuando cobija con el Título III de la Constitución, destinado precisamente entre otras cosas, a garantizar la propiedad privada.

"... Pero no hay que olvidar tampoco el artículo 187 de la Constitución que determina las funciones de las Asambleas Departamentales, y que en su inciso 1º dice: 'Reglamentar, por medio de ordenanzas y de acuerdo con los preceptos constitucionales y legales, los establecimientos de instrucción primaria y secundaria y los de beneficencia, cuando fueren costeados con fondos del Departamento' ".

Hace notar en seguida, el alegato, cómo la Constitución de 1886 no empleaba el vocablo "establecimiento", pues se limitaba a darle a las Asambleas la función de "dirigir y fomentar... la instrucción primaria y la secundaria", y que fue la reforma de 1910 la que vino a emplear el término "establecimientos", "porque entre las disposiciones vigentes, desde el Código Civil, sobre corporaciones y fundaciones, es-

tán precisamente las relacionadas con los establecimientos de instrucción pública y de beneficencia, cuya personería jurídica venía reconociendo desde 1887 el artículo 90 de la Ley 153 de ese año" y que "así se explica entre otras cosas que el Acto Legislativo Nº 3 de 1910 no hable de 'crear tales establecimientos', sino de reglamentarlos, pues con el solo hecho de su fundación quedaban constituídos como personas jurídicas de carácter público".

Advierte además "que la palabra 'establecimiento' ya es sinónima de fundación en nuestro Código Civil, como se ve en el inciso 2º del artículo 1020 que es igual al artículo 963 del Código Chileno, sobre el cual expresa Alessandri Rodríguez en su 'Curso de Derecho Civil' que el legislador 'usó el término de 'establecimiento' como sinónimo de 'fundación'; que "la propia Ley 153 citada, en su artículo 80 no hizo sino desarrollar ciertos conceptos del mismo Código Civil en donde se reconoce que hay fundaciones de derecho público... pues el inciso 2º del artículo 635 dice así: 'Tampoco se extienden las disposiciones de este título a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como los establecimientos que se costean con fondos del tesoro nacional' ".

Afirma que "la legislación chilena, que comparte con la nuestra disposiciones iguales sobre personería jurídica, no ha considerado sin embargo que el establecimiento público, allí objeto de creación legal, impida la subsistencia de fundaciones de carácter oficial" y para demostrarlo transcribe lo que al respecto expone el profesor Arturo Alessandri Rodríguez en su obra "Curso de Derecho Civil" sobre las llamadas instituciones semifiscales cuya naturaleza jurídica es semejante a la de los establecimientos públicos y a la de los de utilidad pública y su "personalidad" es en parte de derecho público y en parte de derecho privado" y a que de lo que dispone el artículo 547 del Código Chileno que es igual al 635 del Código Colombiano "no puede deducirse que todo establecimiento que se costea con fondos del erario es un establecimiento público", pues el inciso 2º de tal artículo "no confiere personalidad a ningún ente; se limita a indicar, por vía de ejemplo, algunas personas jurídicas de derecho público que presupone de este carácter" y que "para determinar si en realidad son tales, habrá que recurrir a las leyes y reglamentos especiales que rigen su organización y administración".

Se extiende en seguida el alegato en la consideración de que cuando entre nosotros se está elaborando la teoría del establecimiento público, se ocupan los expositores de derecho en Francia, en Italia y en España de la crisis del establecimiento público, como consecuencia de la crisis doctrinal de la noción de servicio público. Y al efecto transcribe lo que expone el catedrático español Garrido Falla en "Las transformaciones del Régimen Administrativo" (Madrid, 1954) quien de-

muestra "cómo entre los signos de la crisis del establecimiento público, está el que la actividad administrativa quiere regirse muchas veces, más bien por las normas del derecho privado que por las del derecho público"; sobre lo cual expone el citado autor:

"'... hoy en día el empleo de **técnicas jurídico-privatistas** ha tomado ya carta de naturaleza entre los modos de gestión del servicio (público). Cabalmente, a la vista de estos fenómenos ha podido Ballbé, siguiendo a Amorth, distinguir junto a una **actividad sustancialmente privada de la administración pública (regida, naturalmente, por normas jurídico privadas)** una actividad administrativa **sustancialmente pública** que, no obstante (y en esto se diferencia del resto de la actividad administrativa pública que está sometida a un régimen jurídico público), está **sometida a un régimen jurídico privado.** Las técnicas privatistas aplicables hasta ahora a la administración pública, pero limitadas a un sector de su actividad que se consideraba consecuencia del aspecto privado de la personalidad estatal, **se extienden ahora a la que tradicionalmente ha tenido consideración de actividad administrativa de carácter público.** (Derecho Administrativo, separada de la Nueva Enciclopedia Seix, pág. 151). (Los subrayados son del alegato).

Y que el mismo autor dice más adelante:

"'Las mayores repercusiones, pues, de los fenómenos examinados, afectan, consiguientemente, a la clásica teoría de la distinción entre la actividad administrativa de derecho público y de derecho privado. Es sabido que esta distinción tiene sus orígenes dentro todavía del estado-policía con la denominada doctrina del fisco. El moderno derecho administrativo había de heredar ya, en cierto modo, con la distinción, durante ciertas épocas vigentes, **entre actos de autoridad y actos de gestión.** Ahora bien, superada esta última, el régimen público o privado de la actividad administrativa se ha intentado explicar desde otros puntos de vista. Sirva de ejemplo, entre nosotros, la tesis de Ballbé, influída muy de cerca por la doctrina italiana, que distingue el **obrar administrativo** que contempla inmediatamente intereses patrimoniales o **intereses públicos secundarios** (régimen de derecho privado), y el **obrar administrativo que se dirige inmediatamente a la satisfacción de un interés colectivo primario** (régimen de derecho público)' (págs. 154 y 155)".

Deduce de esto, el doctor Betancur, "que nuestra vieja legislación, al admitir las instituciones de utilidad común de carácter oficial, no está tan retardada como pretende la sentencia de primera instancia y como lo creen algunos autores, entre otros el doctor Castro Martínez en su obra ya citada. Pues es un hecho que esas instituciones promueven el servicio público, no con actos de autoridad sino con actos de ges-

tión, más expeditos y más ágiles para obtener los fines del propio servicio. Y fueron éstas las razones que inspiraron la Ordenanza Nº 23 de 1954 del Consejo Administrativo de Antioquia..."

Considera por otra parte que si las notas de "imperium", "ejecutoriedad" y sus derivados, que pertenecen al establecimiento público, según la doctrina de los expositores que no conforme al derecho positivo colombiano, están hoy en crisis, y si en muchas legislaciones se acepta que este organismo se mueva dentro de los métodos de las entidades privadas, bien puede entenderse que lo que ha creado la Ordenanza número 23 "es un verdadero establecimiento público, en que predomina los actos de gestión sobre los de autoridad"; que dentro de la modalidad de fundación, no está desacertado que sus bienes vuelvan al patrimonio del fundador "cuando dichas fundaciones son de carácter oficial" y que si es cierto que el artículo 652 del C. Civil establece que "las fundaciones perecen por la destrucción de los bienes destinados a su manutención", también lo es que esta disposición sólo se aplica a las fundaciones de iniciativa privada, de conformidad con el artículo 635 del mismo Código, y por eso la Ordenanza número 23 ha podido consignar en su artículo 17 que "al liquidarse la 'BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA' todos sus bienes, muebles e inmuebles, rentas y en general todo su patrimonio, pasará a ser propiedad del Departamento de Antioquia", de donde concluye que "es posible ver en la fundación... una modalidad que la acerca bastante al establecimiento público de técnica jurídico-privatista, concepción ésta que no enerva para nada la validez de la Ordenanza, si tenemos en cuenta que el Acto Legislativo Nº 5 de 1954, que mirada por este aspecto la haría nula, ya hoy no existe como norma positiva en nuestra Constitución".

Se refiere en seguida al artículo 237 del Código de Régimen Político y Municipal en el que se dice que "la ley reconoce establecimientos, bienes y rentas de la Nación, establecimientos, bienes y rentas de los Departamentos y establecimientos, bienes y rentas de los Municipios", para afirmar que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 1942 (Gaceta Judicial número 1980, pág. 565) "elaboró, a propósito de este artículo, toda su teoría sobre los establecimientos públicos siguiendo las enseñanzas de Jéze, Hauriou, Waline, Fleiner, etc., doctrina que ha seguido predominando entre nuestros autores y tratadistas de derecho administrativo", pero que cuando ella se construyó "no se conocían las teorías sobre el establecimiento público de actuación privada", pero que "desde entonces se partió de la base de que los Departamentos y Municipios, al par que la Nación, podían crear establecimientos públicos de los configurados en las obras de los autores franceses e italianos que se dejan citados".

El alegato examina algunas de las disposiciones de la Ordenanza

frente al artículo 19 de la Constitución Nacional, para sostener que por virtud de tal estatuto no ha pasado la asistencia pública del Estado, representado por el Departamento, a una entidad autónoma, sino que "se da vida a un instituto creador de bienes y rentas destinados precisamente a la asistencia pública que es deber del Estado, sin que se pretenda por otra parte que esa asistencia pública sólo corresponda a la fundación"; que además el inciso segundo del artículo 19 de la Constitución, establece que "la ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado" y como la misma Constitución en su artículo 187 asigna a las Asambleas lo relacionado con la beneficencia pública, "resulta evidente que la palabra 'ley' usada en el inciso segundo del artículo 19, tiene un sentido genérico, equivalente a 'norma general' que cobija tanto a la ley propiamente dicha, emanación del Congreso, como a los Decretos del Organo Ejecutivo y a las Ordenanzas Departamentales", de donde se ve claramente que lo que ha hecho la Ordenanza 23 "es determinar una entidad delegataria... para prestar esa asistencia pública parcialmente, en lugar de otorgarla en forma directa el propio Estado, representado en esta ocasión por el Departamento de Antioquia" y que si además, conforme a la Ordenanza, la Fundación "Beneficencia de Antioquia" ha de estar sometida a la ley y a las ordenanzas departamentales, síguese de ahí que esa entidad en nada se sustrae a la organización administrativa del Departamento, preestablecida en la Constitución y en las leyes, que "la Asamblea seguirá con su función de reglamentación de este establecimiento público, de acuerdo con lo que dispone el artículo 187 de la Constitución y 97 del C.P.M.... y el Gobernador, por su parte, continuará con sus funciones señaladas en el artículo 194 de la Constitución y 127 del C. P. y M."

Sostiene, por último, que la Ordenanza no crea verdaderos Agentes del Gobernador que sustraiga de su facultad de libre nombramiento y remoción, "cuando establece una Junta Directiva que depende en parte de la Asamblea, del Gobernador y otras entidades, y un Gerente nombrado libremente por la misma Junta Directiva, igual que los demás empleados y funcionarios de la entidad", porque la función de recaudar y administrar bienes y rentas para la Beneficencia que el artículo 1º de la Ordenanza atribuye a la "Beneficencia de Antioquia", "es función que corresponde propiamente a las Asambleas y no pertenecen al papel de los Gobernadores..."; que por ello la Ley 84 de 1915 al establecer que las Asambleas pueden nombrar los empleados "que no fueran agentes del Gobernador", hizo la excepción de los Tesoreros Generales del Departamento, los Recaudadores, Gerentes o Administradores Generales de las Rentas, no obstante que estos no son agentes del Gobernador; que como "los miembros de la Junta de la Beneficencia de Antioquia, su Gerente y sus empleados, por tener las funciones de Tesoreros y administradores de rentas, se sustraen al carácter de agen-

tes del Gobernador, y por no ser Tesoreros ni recaudadores, ni Gerentes, ni administradores generales, no son de libre nombramiento del Gobernador".

El alegato termina con las siguientes conclusiones:

"1ª. Que la Fundación Beneficencia de Antioquia, con existir como entidad oficial creada por la Ordenanza Nº 23, no viola ningún precepto constitucional ni legal, por lo cual la Ordenanza que la creó no es nula.

"2ª. Que la Ordenanza aludida al crear la Fundación Beneficencia de Antioquia y asignarle las funciones en ella detalladas, no quebranta ninguno de los artículos de la Constitución ni de la ley que la demanda pretende violados.

"3ª. Que si subsiste legalmente la Ordenanza en cuanto crea la Fundación, pero se admite que otros artículos de la citada Ordenanza violan determinadas disposiciones legales o constitucionales, serían estos artículos los que habría que declarar nulos. Mas como la demanda no los señaló concretamente, sino que acusó en bloque la Ordenanza en total, salta a la vista la inoperancia del libelo demandatorio para obtener las pretensiones que no pudo deducir".

ALEGACIONES DE LA PARTE DEMANDANTE

El doctor Juan M. Arbeláez como apoderado del demandante, después de llamar la atención sobre el hecho de que la Ordenanza acusada "no fue expedida por las democráticas entidades que el pueblo colombiano se dio para regir los destinos departamentales" y de hacer alusión na declaraciones que dio a la prensa de Medellín, el Gerente de la Beneficencia de Antioquia, primero, cuando el Consejo de Estado revocó la suspensión provisional, de que "la Beneficencia puso en movimiento todos los resortes que tenía a su alcance para demostrar que se trata de una entidad debidamente constituída", y después, cuando el Tribunal declaró la nulidad de la Ordenanza mediante la sentencia recurrida, de que se apelaría ante el Consejo de Estado "confiados en que la última instancia será favorable a los intereses de la Beneficencia y del departamento", por lo cual el memorialista dice que "llama la atención... la suma confianza que la Beneficencia tiene en los **resortes** y en el H. Consejo de Estado, como si la instancia ante éste se decidiera, no conforme a la Constitución y a las leyes, sino con las abogacías verbales que ante el H. Tribunal Contencioso de Medellín resultaron inútiles", expresa que la cuestión de fondo "se reduce a de-

cidir si la Beneficencia de Antioquia es o no un establecimiento público autónomo".

Para dilucidar la cuestión aplica a la Beneficencia la siguiente definición que sobre establecimiento público da el doctor Eustorgio Sarria en estudio publicado en la Revista "Economía Colombiana": "La entidad administrativa, creada por acto legislativo, que goza de autonomía administrativa y personería jurídica, con patrimonio independiente, aportado en todo o en parte considerable por el Estado, a cuyo cargo está la prestación de un servicio o actividad públicos, bajo la tutela o control de los gobernantes". Y dice entonces que la Beneficencia de Antioquia es un establecimiento público, porque:

"a) es una entidad administrativa.

"b) goza de autonomía administrativa.

"c) se le dio personería jurídica.

"d) tiene un patrimonio independiente, consistente, nada menos que en la renta y lotería de Antioquia, el impuesto a las loterías foráneas y varios inmuebles que le cedió la Ordenanza.

"e) el patrimonio fue aportado por el Departamento.

"f) tiene a su cargo la dirección y administración de los establecimientos de beneficencia creados por el Departamento o que en lo sucesivo se creen.

"g) la tutela del Estado es mínima, pues se limita a la designación por la Asamblea de tres miembros de la Junta Directiva y de la asistencia del Gobernador o un delegado suyo".

Que "la diferencia sustancial entre la definición del doctor Sarria y lo que es la Beneficencia de Antioquia, estriba en que ésta no fue creada por un acto legislativo, sino por una ordenanza y que la tutela del Estado está casi ausente" y que precisamente en éste "estriba el vicio que afecta de nulidad la Ordenanza", pues se prescindió de la autorización del legislador, exigida por el acto Legislativo número 5 de 1954 y por otras disposiciones constitucionales y legales, así como por la doctrina y la jurisprudencia.

Critica el concepto que dio en la primera instancia, el doctor Diego Tobón Arbeláez de que un establecimiento público puede crearse por ordenanza, pues que otra cosa sostiene en su libro sobre Derecho Administrativo, y también critica el argumento que aduce el concepto mencionado, de que con base en el artículo 19 de la Constitución Nacional un Departamento puede crear "una fundación para la asistencia",

porque este es un medio indirecto para prestarla que se encuentra autorizado dentro de la citada norma constitucional, diciendo que "este argumento prueba demasiado. Como los municipios están organizados en forma semejante a los departamentos, habría que admitir que también ellos pueden crear establecimientos autónomos por medio de acuerdos. Y así, por medio de ordenanzas y acuerdos; y sólo con cambiar el nombre a lo que las cosas son por su esencia, la asistencia social dejaría de ser función del Estado. Todos los departamentos y todos los municipios podrían crear juntas y traspasarles bienes y rentas para que las administraran con la más absoluta autonomía. Y si esto puede hacerse con la asistencia social, también podría llevarse a efecto con la educación pública. Los negocios públicos pararían en manos de particulares. Bastaría bautizar a esos establecimientos que se crean con el nombre de 'fundaciones', porque todos los servicios del Estado están encaminados al bien común y no habría asunto público que no pudiera entregarse a una fundación. El artículo 5º de la Ley 39 (sic) de 1938, tan citado por la parte contraria, sería el comodín que pudiera privar a los Gobernadores, Asambleas y Consejos (sic) de sus atribuciones constitucionales y legales.

Sostiene que en el país no hay otra entidad semejante a la Beneficencia de Antioquia, que para que los municipios de Medellín e Ibagué pudieran crear empresas públicas autónomas "se necesitó de legislación especial, derivada del Acto Legislativo número 5 de 1954", pues que "antes de ese acto sólo se conocen establecimientos públicos auspiciados y sostenidos con fondos de la Nación y algunos con ayuda de departamentos y municipios, pero siempre creados por las leyes y ninguno con autonomía tan completa como la Junta de la Beneficencia de Antioquia".

Agrega que los abogados de la Beneficencia "no han podido desconocer que los establecimientos públicos autónomos sólo pueden crearse por ley" y de ahí que la defensa de la Ordenanza acusada "se ha fundamentado, sustancialmente, en que la entidad autónoma creada por medio de ella es una 'fundación', cuando "de la historia, de la definición, de las características de esas entidades bien distintas, se deduce con claridad que la Beneficencia de Antioquia es un verdadero establecimiento público con una autonomía absoluta y con un patrimonio aportado íntegramente por el Departamento".

Se refiere a la tesis de la sentencia apelada de que el precepto del artículo 5º de la Ley 93 de 1938 pugna con el numeral 19 del artículo 120 de la Constitución Nacional, para decir que esto es cierto "porque el primero convierte la función encomendada al Presidente de la República de ejercer el derecho de inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común, en un poder de creación de estas instituciones por

ordenanzas, acuerdos y decretos", y que además, "la Ley 93 citada, estableció una confusión entre las instituciones de utilidad común a que se refiere la Constitución con casas o establecimientos de beneficencia que dependen de los departamentos y los municipios".

Por último pone de presente que cuando se expidió la ordenanza estaba vigente el Acto Legislativo Nº 5 de 1954 y que como éste es posterior a la Ley 93 de 1938, resulta flagrante la violación de la Constitución, y la Ordenanza debe anularse; que por otra parte, las Asambleas no pueden delegar la función que les atribuye el artículo 197 de la Constitución de reglamentar por medio de ordenanzas y de acuerdo con los preceptos constitucionales y legales, los establecimientos de beneficencia que fueren costeados con fondos del departamento, y que de este fuero constitucional se desprendió el Consejo Administrativo Departamental al aprobar la Ordenanza acusada.

Como conclusión solicita que el Consejo confirme la sentencia, pues "si así no lo hiciera, quedaría sentado el precedente de que las Asambleas pueden desprenderse de sus obligaciones constitucionales y legales para confiar su cumplimiento a entidades autónomas". Y llama la atención a que es completamente inocua la cita que del artículo 44 de la Constitución hace la parte contraria; que "el principio constitucional que autorizaba antes del Acto Legislativo Nº 5 de 1954 la creación de establecimientos descentralizados, es el que establece que es atribución privativa de las Cámaras la de regular el servicio público y el mismo principio sería hoy, después de la derogatoria del Acto Legislativo citado, el que podría autorizar la creación de dichos establecimientos"; y que "el Decreto Legislativo 0260 de 1957, que dizque interpretó el artículo 5º de la Ley 93 de 1938, fue expedido mientras el expediente era retenido injustificadamente por la Gobernación de Antioquia..." y "fue ese Decreto, quizá, uno de los resultados de los resortes que movía el Gerente de la Beneficencia".

TESIS DEL SEÑOR FISCAL PRIMERO DEL CONSEJO

El doctor José Elías del Hierro, como Fiscal Primero de la Corporación, conceptuó en un extenso alegato que la sentencia de primera instancia debía ser revocada y que se negaran las peticiones de la demanda.

Extracta la Sala lo principal de su vista, así:

"NATURALEZA DEL ACTO DEMANDADO

"En las exposiciones hechas por los distinguidos juristas que han

intervenido en este negocio, se han sustentado tres tesis sobre la naturaleza de la Ordenanza expedida por la Asamblea de Antioquia. Se ha sostenido que tal acto es una institución de utilidad común, una fundación y un establecimiento público.

"Es claro que de acuerdo con la naturaleza que tenga el acto demandado y de las facultades que constitucionalmente corresponden a las Asambleas, dependen las conclusiones a que haya de llegar el H. Consejo.

"Descentralización de servicios públicos.

"Existe unánime consenso en aceptar que el Estado puede confiar la prestación de servicios públicos a entidades autónomas, que bajo su control, puedan realizar esa misión, en forma más eficiente.

"Tal teoría la acogen todos los autores de Derecho Público, desde aquellos que consideran que todas las actividades del Estado se traducen en la prestación del servicio público, hasta los que entienden que el Estado tiene además otras funciones.

"En todo caso, dada la complejidad de las necesidades sociales actuales, el Estado con su organización tradicional, se encuentra en incapacidad de prestar debida y eficientemente todos los servicios públicos; y por esta razón en forma paulatina y creciente ha ido creando órganos con vida jurídica autónoma, a los cuales encarga una parte de sus funciones.

"La multiplicidad de formas en que se prestan los servicios públicos, se pueden clasificar dentro de las siguientes categorías:

"a) Servicios prestados por administración directa;

"b) Servicios prestados por administración delegada;

"c) Servicios prestados mediante concesión a particulares;

"d) Servicios prestados por establecimientos públicos;

"e) Servicios prestados por instituciones de utilidad común;

"f) Servicios prestados por empresas de economía mixta.

"En Colombia se han puesto en práctica todos estos sistemas. La naturaleza de ellos está señalada en el acto de poder que les dio origen o en los contratos.

"En el derecho positivo colombiano no existe una reglamentación de las distintas personas o entidades que prestan estos servicios, una ley que defina su naturaleza, que determine su origen. Por eso los expositores y los Tribunales acuden a las doctrinas expuestas por autores extranjeros.

"INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN

"De acuerdo con la doctrina uniforme de los tratadistas de Derecho Público, las Instituciones de Utilidad Común se crean por acto voluntario de un particular, con la destinación de un patrimonio, para la satisfacción de una necesidad social.

"Se desprende de esto que son características de las Instituciones de Utilidad Común:

"a) Su origen: la voluntad particular y en su creación no interviene el Estado;

"b) El patrimonio es privado, lo aporta inicialmente el fundador;

"c) Está destinado a satisfacer una necesidad social. Es decir, es útil a la comunidad;

"d) Se administra de acuerdo con la voluntad de los fundadores;

"e) No tiene ánimo de lucro, de otra manera se convertiría en una empresa mercantil o en una empresa privada.

"Para no repetir las citas hechas en los diversos alegatos presentados por los abogados que llevan la personería en este negocio, me limito a transcribir el concepto de Bielsa sobre esta materia:

" 'Las personas jurídicas civiles, aunque sean instituciones de utilidad pública, son personas 'privadas', sus bienes son privados, y su régimen, que es el de los respectivos estatutos, es también de origen privado, carácter que no desnaturaliza por la aprobación que de esos estatutos hace el Poder Ejecutivo' ".

"La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 10 de agosto de 1957, al estudiar las diferencias entre Establecimientos Púbicos e Instituciones de Utilidad Común, aceptó el concepto de Jéze, expresado en los siguientes términos: 'El punto capital que marca la diferencia entre el establecimiento público y el establecimiento de utilidad pública es el de que aquél es una modalidad del procedimiento de servicio público, mientras que éste es una modalidad del procedimiento del servicio privado'.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

"De acuerdo con lo expuesto sería muy fácil estable rencia entre estas personas jurídicas, pero luego se verá tan fácil esta labor.

"FUNDACIONES

"Las fundaciones se las ha considerado como creacione cho privado. Sin embargo el artículo 635 del C.C.C. acepta cia de fundaciones de derecho público, y dispone que a éstas apliquen las disposiciones civiles sobre personas jurídicas.

"Berthelemy define la fundación así: 'La afectación per un fondo productivo de rentas, a la creación, sostenimiento c tamiento de un fondo determinado'.

"Predomina, de acuerdo con todos los expositores, el con patrimonio en la naturaleza de las fundaciones.

"Debido a los tres fines sociales, de beneficencia, de e etc. que persiguen las fundaciones, hay muchos autores que funden con los establecimientos de utilidad pública. Así Bo en su Introducción al Derecho, dice en la página 65: 'Se ve complejo es el sujeto de derecho constituído por la fundaci mismo tiempo se da uno cuenta de que la fundación debe re excepción de ciertos puntos discutidos, el carácter de estable de utilidad pública para funcionar como fundación autónoma. ficultad se comprende que la noción de establecimiento de pública surge de la noción de fundación...'

"Igual concepto lo encontramos en las Lecciones de Dere blico del doctor Alvaro Copete Lizarralde, cuando al referirse a tituciones de Utilidad Común dice: 'Esta forma de prestación vicio público, corresponde exactamente a la noción de fundaci

"Eustorgio Sarria en su obra de Derecho Administrativo 188) anota que la Corte confunde la institución de utilidad con la fundación, cuando reconoce que ambas tienen origen en luntad privada, pero están dedicadas al servicio de la comunidad

"Del mismo concepto participa Copete Lizarralde en sus Le de Derecho Administrativo al señalar las notas esenciales de lo tutos de utilidad común; dice: 'Cuando los particulares en un a liberalidad se desprenden de una parte de su patrimonio, por act vivos (donación) o testamento, para satisfacer una necesidad d rés general, desde luego sin ánimo de lucro, crean una fundación, el punto de vista del derecho civil y constitucional y un instit

mún, desde el punto de vista del derecho administrativo.

"ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS

ıo más extensa que la teoría de las dos iguras anteriores
ı que sustenta el estudio de los Establecimientos Públicos.

ıer define así el establecimiento público: 'Cuando la ley, con
atender a determinada función separa de la administración
dministrativa n conjunto de medios, de tal manera que estos
var una existencia independiente desde el pu to de vista téc-
ıa personalidad jurídica propia, aparecen entonces los llama-
ɔlecimientos públicos'.

los varios alegatos que figuran en el expediente y que consi-
innecesario transcribir, aparecen las de iniciones que varios
nacionales y extranjeros dan sobre lo que se entiende por es-
ıientos públicos.

estas definiciones... se puede concluir que los elementos para
ɛar un establecimiento público, son los siguientes:

ıa creación legal;

patrimonio propio, especial y permanente, adscrito al
ıplimiento de las unciones del establecimiento;

dıtación de un servicio público;

nomía técnica y inanciera;

ho Pú- ɔl y dependencia del Estado.
las Ins-
del ser-
ɔn'.

siderarse que esta uniformidad de los autores en pre-
ementos esenciales de los establecimientos públicos,
ente el problema y amojona esta figura con los esta-
tilidad Pública; sin embargo, no es así. La circuns-
s y otros prestan servicios públicos, carezcan de i-
ngan personería jurídica independiente, ha traído

página
pública
la vo-
social.

ıtadista Berthelemy, dice sobre este particular: 'En
ɔsible confundir los establecimientos de utilidad pú-
cios públicos, ya que aquéllos son creaciones libres
se confu den los francotiradores con el ejército re-
ɔ en la práctica no ocurre lo mismo. Esto proviene
ınque tienen en cuenta en muchas ocasiones esa dua-
ıes, no se han tomado el trabajo de definirlas'.

cciones
s insti-
cto de
ɔ entre
e inte-
desde
ıto de

Marcel Waline (Traite Elementaire de Droit Administratif, pág. 249, 6ª edición), después de hacer notar las dificultades que presenta una definición exhaustiva de lo que son los establecimientos de utilidad común, dice: 'Toda persona (se entiende jurídica) que tenga un fin no lucrativo, y a la que se le hayan conferido **prerrogativas pertenecientes al poder público,** es un establecimiento público y no un establecimiento de utilidad pública'.

"Parece que esta es la distinción fundamental entre estas dos personas. El establecimiento público es una persona administrativa, puede desempeñar funciones que corresponden exclusivamente al Estado, es algo como una desmembración de la personalidad del Estado.

"Nuestra Corte Suprema de Justicia concede esta naturaleza a los establecimientos públicos, en sentencia de 17 de marzo de 1942, al estudiar la creación del Consejo de Ferrocarriles por medio de la Ley 29 de 1931. En este fallo se lee lo siguiente:

" 'En esta clase de instituciones se encuentra la más grande variedad de regímenes, desde las que por autonomía e independencia se asemejan a las personas privadas en cuanto llevan una vida absolutamente propia, sin sujeción ninguna a la administración, hasta las entidades que están subordinadas a ésta, que casi se confunden con un servicio sin autonomía, prestado directamente por el Estado'. (G. J. Nº 1980, pág. 565).

"La misma Corte Suprema de Justicia, en sentencia citada por Sarria (Derecho Administrativo, pág. 188) dice: 'En nuestro régimen de derecho público los establecimientos públicos son también dependencias administrativas del Estado (en su acepción genérica que comprende a la Nación, los Departamentos o los Municipios), dotados de patrimonio especial y de personalidad jurídica'.

"El doctor Alvaro Copete Lizarralde ,al estudiar los establecimientos públicos, en su obra de derecho administrativo, dice: 'La creación de los establecimientos públicos corresponde a quien debe regular los servicios. Por consiguiente es claro que en sus respectivos órdenes, esta facultad pertenece al Congreso, Asambleas y Cabildos. Es absolutamente claro que cuando el establecimiento público es creado por ley no requiere reconocimiento como persona jurídica, pues la misma ley se la otorga. Aunque no nazca con igual claridad hay igual conclusión en relación con los establecimientos públicos departamentales o municipales, nosotros no vacilamos en sostenerla, porque pensamos que en la misma forma como Asambleas y Cabildos pueden crear empleos en sus respectivas órbitas, pueden erigir establecimientos públicos, cuya personería no requiere posterior reconocimiento del gobierno'.

"De las anteriores transcripciones se deduce que existen diversas modalidades de los establecimientos públicos, y que su naturaleza se deduce exclusivamente del acto del poder público que le da origen y de las facultades que le conceda.

"Pueden existir establecimientos públicos encargados únicamente de la administración de bienes, de la organización de servicios técnicos, culturales, sociales o de beneficencia. Pero pueden existir también otros, como aquellos que estudia la Corte en su sentencia de 1942, que sean verdaderas desmembraciones de la personalidad del Estado, personas a las cuales se les conceden prerrogativas pertenecientes al poder público. Respecto de estas últimas, sí es indudable que su creación no puede hacerse sino por medio de mandato del Cuerpo Legislativo del país.

"NUESTRA LEGISLACION POSITIVA

"Es un hecho evidente y de común aceptación que no existe en nuestro derecho positivo una norma concreta que defina la naturaleza jurídica y las facultades de los establecimientos públicos y las instituciones de Utilidad común.

"Sin embargo de no existir un precepto constitucional expreso que regule los establecimientos públicos, las urgencias nacionales han creado 'el hecho' y han impuesto la necesidad de confiar en entidades autónomas encargadas de administrar bienes nacionales y prestar servicios de variada índole.

"En esas creaciones legales, los tratadistas colombianos de derecho público, han encontrado base suficiente para aceptar la existencia de un sistema descentralizado o de una descentralización funcional de servicios públicos.

"Las características de estas instituciones, por lo mismo que no existe una norma que las defina y las reglamente, son de la más variada índole de acuerdo con las disposicisiones y modalidades que les hayan impuesto las leyes de su creación. Se les han encomendado la administración de bienes, la regulación de los mercados, la administración de rentas, funciones culturales y universitarias, administración de empresas industriales".

Cita la vista numerosas leyes y decretos-leyes que crean empresas descentralizadas, y agrega:

"En la mayoría se ha dispuesto que la vida jurídica de estas insti-

tuciones se inicie previo reconocimiento de su personería jurídica. Sobre su dependencia y autonomía existen diversos tipos, hasta llegar a situaciones como la declarada por la Corte Suprema de Justicia, en fallo de 17 de marzo de 1942, donde se acepta que el Consejo de Ferrocarriles está investido de acciones y excepciones contra cualquier persona, aún contra el Estado.

"Pero no sólo es anárquica la legislación colombiana en cuanto a la modalidad de las diversas entidades descentralizadas, sino que en ella se confunde la naturaleza y hasta su denominación.

"Me basta citar dos leyes: la Ley 106 de 1946, 'por la cual se crea el Instituto de Fomento Municipal', en su artículo 9º dispone que ese Instituto gozará de las ventajas de las Instituciones de Utilidad Común.

"Y el Decreto Nº 3739 de 1954 declara en su artículo 1º que la Empresa de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia 'será una persona jurídica de derecho privado con capital o patrimonio autónomo'.

"El doctor Sarria al comentar este acto dice: 'El carácter público de estas entidades en nada se opone a que se organicen como empresas privadas, respetando la esencia del servicio, que es lo fundamental' ".

Se analiza en la vista del señor Fiscal, el Acto Legislativo Nº 5 de 1954, primera disposición constitucional dictada en Colombia sobre establecimientos públicos, y advierte que "se dictó para salvar los escollos constitucionales que se oponían a la organización del C.V.C., organización de carácter económico regional que constituye una modalidad nueva en el país", pero que "tal disposición no definió lo que debía entenderse por establecimiento público" y que la forma como va a funcionar la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca "es un ensayo muy interesante no sólo por el aspecto económico, sino del derecho público".

Considera que derogado el citado Acto Legislativo, por la Reforma Plebiscitaria de 1957, "se mantiene el vacío constitucional de no existir un principio, una facultad expresa para crear establecimientos públicos, pero que su creación se acomoda perfectamente a la facultad y obligación que tiene el Estado de prestar servicios públicos, lo que puede hacer directa o indirectamente, por alguno de los sistemas enunciados anteriormente".

Y concluye esta parte de sus alegaciones, diciendo:

"Si no existe un principio constitucional o legal que reglamente

la naturaleza y funciones de los llamados Establecimientos Públicos, tenemos que concluir que ellos pueden ser establecidos por cualquier entidad de derecho público que tenga a su cargo la prestación de servicios públicos".

Sobre la "vigencia de la Ley 93 de 1938", expresa:

"El demandante ha sostenido que la Ley 93 de 1938 fue derogada por el Acto Legislativo Nº 5 de 1954, porque este Acto exigió que fuera el legislador quien autorizara a los Departamentos para 'crear establecimientos públicos dotados de personería jurídica autónoma, para la prestación de uno o más servicios especialmente determinados'.

"De acuerdo con el artículo 71 del C.C. la derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa cuando la ley nueva dice expresamente que deroga la antigua. Es tácita cuando la ley nueva contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. Y el artículo 9º de la Ley 153 de 1887 dispone que 'la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente'.

"Ahora bien. No puede decirse que el Acto Legislativo derogó la Ley 93 de 1938 expresamente. Y no hay oposición entre el Acto Legislativo y la Ley de 1938, porque el primero se refiere a establecimientos públicos y la ley habla de instituciones de utilidad común. Las disposiciones entre una y otra norma pueden conciliarse. De consiguiente no hubo derogación tácita.

"Si hemos aceptado, como aceptan todos los abogados que han intervenido en esta demanda, que existe una diferencia fundamental entre establecimientos públicos e instituciones de utilidad común, tiene que concluirse que el Acto Legislativo se refirió a los primeros y la ley a las segundas. Por lo mismo el Acto Legislativo no derogó expresamente la ley. Los dos actos tratan de materias distintas".

Analiza la vista fiscal "la descentralización administrativa en Colombia" y expresa los siguientes conceptos:

"Aceptando el concepto de que la prestación de los servicios públicos, conforme a orientaciones del derecho público, conduce al sistema descentralista, parece indicado renovar la interpretación que de nuestros principios constitucionales se ha dado hasta ahora, atendiendo a una modalidad tradicionalista, que seguramente no corresponde al momento actual.

"Es un hecho conocido por todos que la reforma constitucional de 1866, al reglamentar las funciones de los órganos del poder, se inspiró en la fórmula de centralización política y descentralización administrativa...

"El sistema de centralización política es completo y se lo acepta como el más acorde con las aspiraciones y conveniencias del país, pero la descentralización administrativa se la interpreta únicamente desde el punto de vista **regional** sin estudiar si las cláusulas constitucionales permiten aceptar la descentralización funcional o por servicios.

"Consideramos que la descentralización por servicios está asignada en nuestra carta fundamental. Establece el artículo 182 de la Constitución que 'los Departamentos tendrán independencia para la administración de los asuntos seccionales, con las limitaciones que establece la Constitución'. El artículo 183 reconoce que 'los bienes y rentas de los Departamentos, así como los de los Municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares'.

"Con estas normas se les reconoció la autonomía administrativa a las secciones, para cumplir con la prestación de ciertos servicios públicos señalados también en la Constitución. En virtud de ellos los Departamentos y Municipios gozan de independencia en el manejo de sus bienes y rentas, mientras no violen normas legales o constitucionales expresas.

"Al comentar el sentido de la descentralización administrativa, dice el señor Samper: 'Cuando una Asamblea manda, por medio de una Ordenanza, que se emprendan y ejecuten por cuenta y con los recursos propios de un Departamento, determinados trabajos u obras, o que se organicen y presten con carácter de públicos ciertos servicios de aquellos que corresponden a las Asambleas, entonces es obvio que las respectivas Ordenanzas pueden estatuír exclusivamente sobre el MODO y términos en que hayan de ejecutarse las obras o prestarse los servicios...'

"De este modo entendían los constituyentes de 1886 las facultades que a las Asambleas les quedaban, en ese momento de trascendentales reformas de nuestra organización pública. Los Departamentos que en cierta forma sustituían a los Estados Soberanos, mantenían en sus manos la prestación de señalados servicios públicos, sobre todo aquellos que hacían relación inmediata con la vida social, de beneficencia o educación.

"Desde entonces no se ha retrocedido. Al contrario, fue la reforma de 1910 la que concedió a los bienes y rentas de los Departamentos las mismas garantías reconocidas a los bienes de los particulares. Claro que no se habló entonces ni antes de 1910 de la prestación indirecta o descentralizada de servicios públicos, porque esta modalidad es posterior y todavía está en la etapa de su definición y estructuración.

"Pero no hay duda de que los Departamentos, pueden disponer que una parte de sus bienes se destinen a la asistencia social, por ser esta una actividad que les reconocen la Constitución y la ley y de hecho prestan este servicio todos los Departamentos del país, sometiéndose a los reglamentos del Ministerio correspondiente.

"Si los Departamentos tienen el pleno dominio de sus bienes y rentas, y estos los deben destinar al pago de servicios públicos, mientras no exista una norma que prohiba que los servicios públicos se puedan prestar en forma indirecta, los Departamentos y Municipios pueden crear instituciones autónomas, sometidas a su control y al control del Estado, para la prestación de servicios públicos y sociales.

"Y para que no quede duda alguna sobre la facultad que tienen las Asambleas de crear entidades descentralizadas, encargadas de prestar servicios públicos, me permito destacar las siguientes disposiciones constitucionales:

"El artículo 194 de la Constitución al referirse a las facultades de los Gobernadores, dice en su numeral 5º: 'Ejercer el derecho de vigilancia y protección sobre las corporaciones oficiales y establecimientos públicos'.

"Es apenas natural que esta función de vigilancia y protección se refiera a 'establecimientos públicos' del orden departamental, no sobre establecimientos del orden nacional que están bajo el control y vigilancia del Presidente de la República.

"Y el artículo 187 de la Constitución, dice que corresponde a las Asambleas... '2º Dirigir y fomentar... cuanto se refiera a los intereses seccionales y al adelantamiento interno'.

"Es esta una facultad de carácter general que concede a las Asambleas competencia suficiente para dirigir y fomentar todas las actividades sociales que estén encaminadas al adelantamiento de los Departamentos.

"De modo que las Asambleas tienen facultad para crear entidades

descentralizadas, con el fin de que presten servicios que contribuyan al adelantamiento departamental, y los Gobernadores la facultad de vigilar y proteger establecimientos.

"Estos dos conceptos están expresamente en la Ordenanza demandada, la cual busca indudablemente mejorar la asistencia social de Antioquia, por medio de una entidad dedicada exclusivamente a esta labor, y a la cual se le encarga también el deber de buscar el apoyo particular.

Analiza, por último, el señor Fiscal la Ordenanza acusada y dice: "La confusión que existe en la legislación colombiana y en la jurisprudencia, aparece reflejada en la redacción de la Ordenanza 23 de 1954, expedida por la Asamblea de Antioquia.

"Ese acto no es realmente un modelo de claridad, ni de técnica jurídica, pero de su articulado, así como de los Estatutos, puede concluírse que el Consejo Administrativo de ese año de 1954, lo que quiso fue crear una persona jurídica descentralizada, para encargarla de la prestación del servicio de asistencia social en el Departamento de Antioquia. Tál entidad la bautizó con el nombre de 'Fundación de Utilidad Común'.

"Las disposiciones de la Ordenanza implican muy claramente que a esa creación ordenanzal no se le traspasan ninguna de las prerrogativas indelegables del poder público. Se trata de una entidad administrativa o administradora de algunos bienes del Departamento, con la obligación de atender al sostenimiento de los establecimientos de beneficencia y caridad que existan en Antioquia y asumir la administración, previo contrato, de los establecimientos oficiales y particulares ya creados o que se funden posteriormente.

"Es decir, que con esta Ordenanza se dispone prestar en forma indirecta o si se quiere por administración delegada, el servicio de la asistencia social en el Departamento de Antioquia, todo lo cual se encuentra dentro de las facultades o competencias de las Asambleas".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el deseo de presentar, en lo posible, las muy extensas alegaciones de las partes y especialmente las de los defensores de la Ordenanza acusada, la Sala se ha permitido, sacrificando la brevedad que debe imperar en los fallos, exponer los distintos argumentos, para que quien

lea la presente sentencia se forme una idea, siquiera aproximada, de la complejidad de las cuestiones de derecho que han querido plantearse y ventilarse en el presente juicio, sacando verdadero al profesor Francisco Ferrara, cuando en su excelente tratado "Teoría de las Personas jurídicas", expresa:

"Toda la materia de las personas jurídicas es un cúmulo de controversias. En este terreno todo es discutible: el concepto, los requisitos, los principios; muchos llegan hasta negar la existencia de las personas jurídicas diciendo que son un producto de la fantasía de los juristas. Y es singular que las numerosas y cada vez más agudas y penetrantes investigaciones lejos de esclarecer el problema le han complicado y oscurecido; el multiplicarse las teorías, el choque de la polémica, la disparidad de las concepciones ha complicado de tal manera el asunto, que la visión del problema ha resultado entenebrecida. Es cierto que existen razones extrínsecas de dificultad. Estas son, por ejemplo, el necesario vínculo que ha de establecerse entre el tema de las personas jurídicas con los principios fundamentales de la teoría del Derecho, la visible y a la vez irreductible antítesis que entraña el hecho de que en las personas jurídicas una pluralidad colectiva haya de ser considerada como un solo sujeto, la diversidad de tipos de personas jurídicas que no pueden reducirse a un mismo sustrato, la gran elasticidad y difusión del concepto de persona jurídica por todos los campos del derecho" (Ob. cit. pág. 3).

Y que el mismo autor haya podido decir, respecto a la distinción entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado que "cuando se ponen en comparación tipos extremos, la diferencia salta a los ojos; pero cuando se comienza por examinar figuras intermedias o fronterizas, entonces la perplejidad toma graves caracteres", pues agrega: "En efecto la línea de separación es ondulante en los varios tipos, porque no todos ostenten en la misma medida el carácer de publicidad. Por otra parte, no debe olvidarse que la concepción de lo que pertenece al derecho público o privado dice relación a los varios sistemas positivos, no hay unidad ni carácter absoluto, sino deformidad según el desarrollo jurídico y las ideas de un pueblo; lo que por ejemplo es público para el derecho francés, que aún siente la herencia del pasado, puede no serlo para nuestro derecho. Por último, los residuos de las teorías superadas aportan gérmenes de confusión en la investigación". (Ob. cit. pág. 685).

Y que al referirse a esta misma cuestión de la distinción entre personas jurídicas de una y otra clase, haya dicho el profesor Francesco Messineo en su moderno tratado de derecho que modestamente bautizó "Manual de Derecho Civil y Comercial" (Buenos Aires, 1954): "Hoy en día, se está de acuerdo en que la distinción entre persona ju-

rídica de derecho privado y persona jurídica de derecho público **no es ya tan clara como lo era en otro tiempo** (subrayado del texto); o cuando menos, que es necesario recurrir a varios criterios combinados; criterios sobre la sustancia de los cuales distan mucho de estar de acuerdo los puntos de vista de los escritores". (Ob. cit. T. II, pág. 181).

Se sale de los límites de una sentencia, la exposición exhaustiva de las variadas y numerosas doctrinas que se han ideado para distinguir las personas jurídicas de derecho privado de las personas jurídicas de derecho público, pues la misión del juzgador, en lo contencioso administrativo, debe concretarse exclusivamente a la controversia jurídico-positiva en relación con la aplicación e interpretación de los textos legales que invoca el actor en su demanda, como violados y sobre el concepto de violación que expresa y precisamente señala en el mismo libelo. Y sólamente en cuanto las doctrinas de los expositores extranjeros, de derecho, no sean absolutamente extrañas a nuestro sistema positivo, debe el juzgador valerse de ellas, para mejor ilustrar y fundar la decisión.

No obsta esta afirmación, para que la Sala, y en vista de que especialmente esta controversia se ha encaminado a discutir lo que distingue a esas dos clases de personas jurídicas, aluda brevemente a los principales criterios que se han expuesto para establecer tal distinción, siguiendo la autoridad del tratadista Ferrara (págs. 685 a 691).

Según este autor, dos métodos han sido empleados para llegar a un criterio diferencial: un sistema seguido por los jurisconsultos franceses y otro seguido con varia fortuna en Alemania.

El primero, esencialmente práctico, examina las clases más importantes de establecimientos públicos para diseñar el régimen normal que los gobierna y separa, por exclusión a las personas privadas que no están sujetas a las mismas normas. Para los escritores franceses "personas públicas son aquellas que forman parte de la administración pública, desempeñan un servicio público y se distinguen porque sus actos son actos administrativos, con carácter ejecutivo, y sujetos a vías de recurso, sus balances están sujetos a las reglas de contabilidad pública, con la competencia especial del Tribunal de Cuentas, los trabajos ordenados por estos entes son obras públicas que tienen derecho de expropiación por utilidad pública, derechos de subvención del Estado, están sujetos a tutela y fiscalización, los administradores de tales entes tienen la calidad de funcionarios públicos, etc."; pero —se añade— estas reglas no son constantes, no tienen nada de absoluto, es un régimen común, al cual también se sustraen diversos entes. Y entonces, se pregunta Ferrara: "¿Qué valor tiene tal criterio? ¿A qué tanto ruido doctrinal para enseñarnos que los municipios y las provincias

son institutos públicos? Esto lo sabíamos ya sin la lista de caracteres hecha por los escritores franceses". (Ob. cit. págs. 685 y 686).

Por el segundo método se busca un criterio único, un elemento característico que sirva para diferenciar las dos clases de personas jurídicas. El autor hace una reseña rápida de las varias tendencias y las somete a rigurosa crítica. Examina así: 1) Una doctrina de origen francés que se remonta a Ducrocq, que en Alemania ha sido sostenida por Mayer G. y en Italia por Giorgi, Romano, Benas y otros, según la cual "personas jurídicas públicas son aquellas que forman parte integrante de la administración del Estado, que están íntimamente conexas y casi entretejidas en su organización". Según Ferrara "esta teoría descriptiva, deja indeterminado el ámbito y la naturaleza de la organización estatal" y se pregunta: "¿Cuándo podría decirse y de dónde podría justificarse que una institución entre en la osatura del Estado? Sería preciso que nos fuese conocida y circunscrita con precisión la administración estatal, siendo así que hay personas jurídicas que también realizan funciones paralelas y auxiliares a las del Estado y, sin embargo, no se dicen pertenecientes a su constitución. Por eso la dificultad en señalar los confines es la misma". 2) La doctrina que remite "al fin público, de interés general, que persigue el instituto", o "bien al objeto de su actividad que debe ser 'un trozo de la administración pública', una 'parte de las funciones estatales' ". Este criterio es el de O. Mayer, Wolff, Zanobini, etc. y a juicio de Ferrara, "es quizá el criterio más falaz de determinación, porque sabido es que muchas empresas tienen un carácter de utilidad general (empresas ferroviarias, institutos de seguros o de crédito) y, sin embargo, no pueden considerarse públicas en el sentido técnico de la palabra. Porque el concepto de público **es un concepto** técnico-jurídico y es también un concepto histórico; público no es **a priori** todo lo que trasciende al interés de los particulares, sino lo que el Estado en un determinado momento histórico reconoce como perteneciente a su esfera". 3) La doctrina "no fin público, sino obligación del cumplimiento de ese fin", según la cual "son personas jurídicas de derecho público, las que están obligadas frente al Estado al cumplimiento de su fin de vida... están vinculadas, viven no sólo para sí sino para el Estado, a cuyo servicio consagran su vida". Ferrara la critica haciendo notar "que hay empresas con carácter privado que tienen tal posición de obligación para con el Estado, como las sociedades concesionarias de servicios públicos". 4) La doctrina que busca la diferencia "en la estructura interna de la corporación", según la cual sostienen algunos que "en las corporaciones públicas la participación en el cuerpo no es libre, sino que tiene lugar por coacción estatal". A este respecto observa Ferrara que no es cierto "porque hay corporaciones públicas en las cuales se entra por la voluntad del que quiere inscribirse —Colegios de Abogados— y hay personas jurídicas privadas, en las que la incorporación es obligatoria

(consorcios forzosos)". Otros dicen que "en las personas privadas la participación del miembro y su aportación, están motivadas por el lucro, mientras que en las personas jurídicas públicas se da por espíritu de sacrificio, sin perspectiva alguna de ganancia". Para Ferrara esta opinión es errónea, porque "confunde las personas privadas con las que tienen un objeto económico y las personas públicas con las que tienen un fin de alto altruísmo". 5) La que "quiere deducir el carácter de la persona moral de la posición jurídica que disfruta en el Estado, y con diversa dirección, ya del lado de los privilegios y prerrogativas que recibe, ya del lado de las restricciones, vigilancia y tutela a que está sujeta". Ferrara le observa a esta doctrina que esto no basta para darnos una respuesta sobre el carácter público o privado del ente, "pues con frecuencia el Estado, por razones de oportunidad social, para fomentar una industria, etc., puede conceder privilegios o exenciones, pero esta concesión es un hecho equívoco, del que no puede sacarse consecuencia alguna; ni es decisiva la posición de vigilancia o tutela a que está sometida la persona jurídica, ya que en principio casi todos los cuerpos morales están sujetos a una alta vigilancia y limitación de su capacidad jurídica". 6) La doctrina que "quiere encontrar la diferencia en el modo de constitución del ente", así: **"Las personas públicas deben su nacimiento a un acto de creación estatal, mientras que las personas privadas reposan en un acto privado de constitución y fundación".** A esta teoría le anota Ferrara, entre otras cosas, que **"el Estado mismo, como persona jurídica, puede ser fundador de un ente, tanto público como privado,** y es inexacto pensar que todo ente que trae su origen de un acto público, es estatal". (Subraya la Sala). 7) La doctrina sostenida especialmente por Jellinek, "para quien las personas jurídicas públicas tienen esencialmente derechos de potestad pública, no sólo frente a los miembros, sino hacia los terceros, y, por consiguiente, se contraponen a los sujetos privados que están en pie de igualdad". Ferrara considera que esta teoría es la que está bien encaminada a la solución del problema, pero observa que Jellinek modifica su opinión diciendo "que junto a estos sujetos de derecho público hay otros que, aún no disfrutando derecho de soberanía, teniendo en cuenta la íntima relación que hay entre ellos y los fines del Estado, los privilegios de que gozan... se pueden calificar de personas de derecho público", lo que quiere decir que la doctrina no es única, sino que, en parte combina los elementos de teorías diversas, que es según Ferrara "la tendencia predominante entre los autores que tratan de completar los distintos criterios, siguiendo opiniones mixtas", de donde concluye diciendo que "no en vano Gierke había enseñado que estos elementos de diferencia por sí solos no son decisivos, sino que son más bien síntomas más o menos característicos, y del examen de conjunto de la visión complejiva es de donde puede deducirse el carácter de una institución".

El profesor Ferrara, por su parte, después de hacer la reseña y

crítica que de las distintas teorías se deja resumida, procede a exponer sus propias ideas sobre la cuestión, pero antes de hacerlo advierte:

"... La distinción debe ser conducida exclusivamente sobre una base jurídico positiva, en relación con los textos y la condición jurídica que disfrutan actualmente las varias asociaciones o instituciones. Por otro lado, la distinción entre personas de derecho público y privado, y, por consiguiente, la concepción de aquella antítesis influye y se refleja en el criterio de diferencia buscado. Ahora bien: la distinción entre **ius publicum y privatum** reposa en la diversa posición de los sujetos en la relación jurídica, habiendo relación pública cuando el sujeto interviene como portador de potestades supremas, investido de **imperium,** mientras que en la relación privada los sujetos se contraponen en condiciones de paridad, en pie de igualdad. Por consiguiente, tendremos sujetos o personas de derecho público cuando los entes se presentan dotados de **imperium,** en posición eminente y desarrollando una potestad de mandato. Se tratará, en cambio, de personas de derecho privado cuando los entes se presentan sobre la base de la cooperación o del acuerdo, pero sin investidura de imperio.

"Ya muchos han puesto de manifiesto que público quiere decir estatal: por consiguiente, personas jurídicas (públicas) son aquellas que participan de los caracteres estatales, de cualidades y prerrogativas que son exclusivas y esenciales del Estado, de modo que puedan inmediatamente reconocerse los entes que hayan recibido estas **marques de la souveraineté,** como se decía en otro tiempo. Ahora bien, el elemento específico del Estado no es ya la población que hace frente a la colectividad de las otras corporaciones, ni tampoco el territorio, que es medio de determinación geográfica del círculo de los asociados, y que falta en los estados nómadas sino que es únicamente la potestad del imperio, la organización de la coacción social, en servicio y en ejecución de los mandatos estatales..."

"Pero el Estado, para la consecución de sus fines, separa parte de sus poderes públicos, invistiendo con ellos a los entes que viven en su seno o que él mismo llama a la vida, haciéndolos sus cooperadores o auxiliares, descentralizando su actividad en favor suyo. Estos entes estatales, a veces desmembramientos de su administración, otras, colectividades e instituciones libremente constituídas, **que reciben, aunque sea en una esfera limitada, poderes y atribuciones de naturaleza igual a la del Estado, que disfrutan, como el Estado, del ius imperii, son las personas de derecho público.**

"No importa después la amplitud ni la medida de la potestad pública atribuída. Como en todas partes, también aquí reina la variedad y la desigualdad. Se parte de algunas organizaciones poderosas que

están dotadas en gran medida de derechos estatales, que se discute hasta sus criterios diferenciales del Estado mismo, y gradualmente se llega a personas públicas investidas de poderes sólo en un campo de relaciones o para ciertos fines especiales, hasta llegar a un mínimo en el que los entes de fines privados patrimoniales reciben una misión pública y el **imperium** para ejercitarla. No se trata, pues, de diferencias cuantitativas sino cualitativas. No se trata de funciones o fines públicos a cumplir, **sino de los medios y poderes para cumplirlos.** Muchas veces hay entidades que ejercen una actividad de interés general, en cuyo funcionamiento se interesa el Estado como supremo ordenador y custodio del bien público, y para el cual desarrolla, como es consiguiente, una ingerencia y una tutela y garantías jurisdiccionales, y, sin embargo, siguen siendo entes privados, porque en el ejercicio de tal actividad se encuentran en condiciones de igualdad con los demás sujetos: no tienen fuerza de mando, privilegios oficiales. Porque la cantidad de público deriva de la capacidad de derecho público; entre las dos categorías de entes no hay una antítesis sustancial de estructura, sino una antítesis de capacidad. El que solo tiene la capacidad de derecho privado es ente privado; apenas y en cuanto recibe un limbo de capacidad pública surge una persona de derecho público..."

"Por consiguiente, la **dificultad teórica** se resuelve en una dificultad práctica, esto es, en el reconocimiento de **cuáles deben ser reconocidos por derechos de potestad pública, y cuándo han sido conferidos estos derechos concretamente. El segundo análisis es puramente de derecho positivo**". (Subrayados de la Sala). (Ob. cit. págs. 692-694).

De lo anterior, concluye la Sala que la cuestión de la diferencia entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado, no puede resolverse con una fórmula general, sino que a la luz del derecho positivo se debe examinar caso por caso, para constatar si el ente examinado es o no de derecho público o de derecho privado, debiendo reservarse la calificación de persona pública a aquella a quien se le hayan conferido "aunque sea en una esfera limitada, poderes y atribuciones de naturaleza igual a la del Estado, que disfrutan como el Estado, del **ius imperii**, no importa la amplitud ni la medida de la potestad pública atribuída", y tenerse como persona privada a la que sólo tiene la capacidad de derecho común para cumplir sus fines.

No existe en la legislación colombiana ninguna disposición que defina qué se entiende por persona jurídica de derecho público, como tampoco texto alguno que establezca la diferencia entre esta clase de personas y las de derecho privado.

El artículo 633 del Código Civil define la persona jurídica como

"una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente".

El artículo 80 de la Ley 153 de 1887 dice que "la Nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, son personas jurídicas".

Como puede observarse ni aquella definición ni esta enunciación que engloba a personas jurídicas públicas y privadas, contienen alguna nota que sirva para diferenciarlas.

El artículo 635 del Código Civil excluye de las disposiciones del título 36, a las personas jurídicas resultantes de las sociedades civiles y comerciales con fines de lucro, como también "a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como los establecimientos que se costean con fondos del tesoro nacional".

Como lo advierte Alessandri Rodríguez, en sus comentarios al artículo 547 del Código de Chile que es idéntico al 635 del Código colombiano, "de este precepto no puede deducirse que todo establecimiento que se costea con fondos del erario es un establecimiento público. La razón para pens r así está en que el inciso 2º del artículo no confiere personalidad a ningún ente; se limita a indicar, por vía de ejemplo, algunas personas jurídicas de derecho público que presupone de este carácter. Para determinar si en realidad son tales, habrá que recurrir a las leyes y reglamentos especiales que rigen su org nización y administración".

De lo antes expuesto se deduce que, además de la Nación, los Departamentos y los Municipios cuya calidad de personas jurídicas de derecho público es obvia de por sí, existen "corporaciones o fundaciones de derecho público, como los establecimientos que se costean con fondos del tesoro público", pero que no todo establecimiento costeado con fondos oficiales, es siempre un establecimiento público o persona jurídica de derecho público, porque bien puede darse el caso de establecimientos privados sostenidos por el teso o público.

Además, aún prescindiendo de la debatida cuestión de la doble person lidad del Estado, es un hecho que nadie discute que éste, en su acepción genérica que comprende a la Nación, los Departamentos y los Municipios, tiene y ejerce derechos privados al igual que las personas naturales y las demás personas jurídicas. Por consiguiente, bien puede afirmarse sin temor que el Estado, como persona jurídica puede fundar o crear personas jurídicas de derecho privado. Basta la men-

ción de sociedades anónimas constituídas por la Nación, los Departamentos y municipios como únicos socios o con la participación de personas naturales o de personas jurídicas de carácter privado. El derecho de asociarse que consagra el artículo 44 de la Constitución Nacional es un derecho civil del que como el de propiedad, gozan no sólo las personas naturales, sino también las personas jurídicas, entre las cuales se encuentra la Nación, los departamentos y los municipios por mandato del legislador (artículo 80 de la Ley 153 de 1887).

Ahora bien, el concepto de establecimiento público lo ha reservado la doctrina que no la ley colombiana, para aquellas instituciones de origen estatal cuya finalidad es la prestación de un servicio público.

La noción de servicio público ha sido y sigue siendo muy controvertida por la doctrina. Para el caso de autos no es necesario que la Sala se adentre en su estudio doctrinario, porque lejos de ser cuestión controvertida, hay unánime acuerdo entre las partes contendientes que la asistencia pública es en Colombia un servicio público, porque el artículo 19 de la Constitución Nacional la ha consagrado como función del Estado, y "el servicio público actualiza y materializa la función del Estado", según el decir de Bielsa.

Mas, sí es pertinente advertir que si todos los servicios oficiales que el Estado presta, son servicios públicos, no todos los servicios públicos son oficiales, porque la prestación de éstos puede estar a cargo de personas privadas. Y como entre estas últimas existen algunas como las llamadas instituciones de utilidad pública o común cuyo fin es satisfacer necesidades colectivas, surge la dificultad de distinguirlas de los establecimientos públicos.

Así se explica que aunque Jéze señala "como punto capital que marca la diferencia entre el establecimiento público y el establecimiento de utilidad pública, el de que aquél es una modalidad del procedimiento del servicio público, mientras que éste es una modalidad del servicio privado", haya agregado:

"A veces esta distinción es de una labor muy delicada, no sólo porque en ambos casos (establecimiento público y establecimiento de utilidad pública), existe un patrimonio afecto al servicio, sino porque el establecimiento de utilidad pública en razón del fin de interés general que persigue debe ser objeto de formal reconocimiento por parte de la autoridad pública. Es esta circunstancia la que lo distingue claramente de los otros establecimientos privados. Por consiguiente, se explica perfectamente la vacilación que experimenta el ánimo en presencia de ciertos casos en que parecen darse las dos condiciones del establecimiento público: servicio público y patrimonio propio. Una nueva causa de confusión estriba en que las leyes y reglamentos toman

en consideración la circunstancia de que los establecimientos de utilidad pública que satisfacen intereses sociales son auxiliares de los servicios públicos. En consecuencia, dichas leyes y reglamentos organizan un régimen de control administrativo que da a los establecimientos de utilidad pública una fisonomía parecida a la de los establecimientos públicos y que parece poner de manifiesto la intención del legislador de organizar un establecimiento público" (Cita, sent. agosto 10 de 1937, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, G.J. Nº 1925, pág. 213).

Sobre la misma cuestión expresa Ferrara que las instituciones de utilidad pública "se aproximan más a las personas de derecho público, porque desarrollan una actividad en el interés social que coincide o es auxiliar de la acción estatal" (Ob. cit. pág. 702).

El profesor Carlos H. Pareja va más allá, pues atribuye a las instituciones de utilidad común el carácter de organismos de derecho público, cuando dice:

"Bajo el nombre de instituciones de utilidad común se agrupan numerosos servicios, los principales de ellos derivados del de asistencia pública que habían venido funcionando sin control alguno del Estado, no obstante que tanto el Código Civil como la Constitución de 1886, contienen mandatos en el sentido de que fueran vigilados e inspeccionados por el Presidente de la República, a fin de que las rentas con que dichos servicios se sostienen se aplicaran debidamente y en su funcionamiento se respetara la voluntad de quienes crearon o dotaron esas instituciones. Con un criterio equivocado de su carácter, se les había venido considerando como organismos de derecho privado, pero su innegable carácter de servicios públicos impuso al gobierno la necesidad de controlarlas y reglamentarlas... Entre nosotros, en virtud de la influencia en cierto modo nefasta del criterio civilista en la administración pública, se venía considerando esas instituciones como de derecho privado, sujetas únicamente a lo establecido por el Código Civil sobre las personas jurídicas de ese carácter, pero afortunadamente se ha reaccionado en el sentido que hemos indicado, y no solamente para aquellas de carácter semioficial, sino también para las que en apariencia son absolutamente privadas, pero cuyos objetivos sociales **las hacen organismos de derecho público**" (subraya la Sala) (Derecho Administrativo, 1ª edición, págs. 138 y 139).

La legislación colombiana no define ni reglamenta la figura jurídica denominada establecimiento público y menos aún, señala la forma de su constitución. Su creación y estructuración han venido determinándose por lo dispuesto por el legislador para cada caso particular. No existe por consiguiente, una forma predeterminada de estable-

cimientos públicos. Por ello es posible que en algunos casos el legislador haya llegado hasta darles estructura semejante a la de las instituciones privadas. Ahí está el caso notable del Banco de la República sobre el cual, el doctor Antonio Rocha en concepto traído a los autos por el señor apoderado de la Beneficencia de Antioquia, cuando ya se habían surtido los alegatos de las partes, pero que la Sala puede citar por vía de ilustración, expresa lo siguiente: "Muchos casos de renovación del derecho público se han citado a lo largo del expediente que ha ido al estudio del Consejo de Estado. Pero vale la pena de agregar uno, muy audaz en la época en que el paso se dio. Me refiero a la autorización que por la Ley 25 de 1923 se le dio al Gobierno para crear una sociedad **de derecho privado** (subrayado en el texto), el Banco de la República, y confiarle o delegarle el más delicado de los servicios públicos: las operaciones de emisión y redescuento, función que de por sí es capitalmente reservada al Estado. Se constituyó una persona jurídica de derecho privado para cumplir mediante ella un servicio público, con lo cual se quiso armonizar el sistema de explotación del servicio exclusivamente por el Estado, lo que tiene el inconveniente de la reconocida inferioridad de la burocracia oficial para ciertas gestiones y el de la prestación de tal servicio por entidades totalmente privadas. Allí está la persona de derecho privado prestándole eficazmente, sin que se pudiera declarar que por ello la fundación del Banco sea inconstitucional" (G. J. Nº 1834, pág. 257)".

Ahora bien, si la Constitución Nacional en su artículo 19 estableció que "la asistencia pública es función del Estado" y que "la ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado", no estando como no está aún determinada en la legislación, la forma como deben estructurarse los establecimientos públicos para la prestación del servicio de asistencia pública, bien pudo el legislador de 1938, mediante la Ley 93, tener como instituciones de utilidad común no sólo las que hayan tenido origen en un acto de voluntad de los particulares, sino las organizadas en virtud de un acto del Poder Público (ley, ordenanza, acuerdo o decreto de autoridad), aunque éstas en pura doctrina deban considerarse como establecimientos públicos.

Mirado este aspecto de la cuestión controvertida, no resulta acertada la tesis sobre inaplicabilidad de la Ley 93 de 1938 en cuanto a que puedan existir instituciones de utilidad común organizadas por acto del Poder Público, por ser esto contrario al precepto constitucional que atribuye al Presidente de la República la facultad de inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común, "por haberse desnaturalizado la función encomendada, convirtiéndola en un poder de creación no autorizado por el precepto constitucional", según el decir de la sentencia proferida en el presente juicio por el Tribunal de

Antioquia. Porque, aún en el caso de aceptarse que el Poder Público no pueda hacer fundaciones de derecho privado o instituciones de utilidad común, para lo cual no debe olvidarse también que el Estado tiene y ejercita algunos derechos privados de los que consagra el Título Tercero de la Constitución, entre ellos el de "formar compañías, asociaciones y fundaciones" a que se refiere el artículo 44 de la Constitución, es indiscutible que puede fundar establecimientos públicos para la prestación de la asistencia pública en todas sus modalidades y que bien puede darles estructura semejante a la de las fundaciones o instituciones privadas, porque para ello no existe forma predeterminada en la Constitución o en la ley, y someter tales establecimientos a la misma vigilancia e inspección a que por mandato constitucional están sometidas las instituciones de utilidad común propiamente dichas.

Cierto es que la inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común que atribuye al Presidente de la República el ordinal 19 del artículo 120 de la Constitución Nacional quisieron referirlas los constituyentes —como lo dice don José María Samper— "a ciertas instituciones que, teniendo un origen privado o de corporaciones particulares, por razón de sus fundadores, prestan a la sociedad un servicio que, sin ser oficial y de la Nación, es de notoria utilidad pública". Pero, como el constituyente de 1936 erigió la asistencia social en servicio público, al reglamentar el legislador de 1938 esa inspección y vigilancia tenía que hacerla extensiva a todas las instituciones de origen privado o de origen oficial para velar por el eficaz cumplimiento de sus fines de servicio público para que fueron creadas.

Por otra parte, como bien lo observa el doctor Rocha en el concepto ya citado anteriormente, "entre la Ley 93 de 1938 y el numeral 19 del artículo 120 de la Constitución Nacional no existe oposición alguna. Al contrario, lo que aquélla dice es cómo se ejerce el derecho del Presidente sobre las instituciones de utilidad común, incluso aquellas creadas u organizadas en virtud de un acto administrativo del Poder Público (ley, ordenanza, acuerdo o decreto de autoridad). Y el Tribunal Administrativo no se fijó en que el Congreso Nacional puede, por medio de ley, conforme al artículo 187, numeral 6º de la Constitución, darle otras atribuciones a las Asambleas, para que éstas llenen **"las demás funciones** que les señalen la Constitución y **las leyes"** (subrayado en el texto), y que entonces éstas, además de la función 'reglamentaria' del ordinal 1º del artículo 187, para establecimientos de beneficencia 'cuando fueren costeados con fondos del Departamento', pueden organizar las mismas instituciones, ahora de utilidad común, que la Ley 93 de 1938 autorizó para que fueran organizadas directamente por ordenanza, como acto creador de ellas. Ningún precepto constitucional se opone a que el Congreso Nacional diera esas facultades a las Asambleas".

Mas, bien puede prescindirse de la Ley 93 de 1938 que aún sin ella, cabe admitir que las Asambleas Departamentales sí pueden fundar instituciones o establecimientos de asistencia pública.

En efecto:

De acuerdo con el ordinal 1º del artículo 187 de la Constitución Nacional, corresponde a las Asambleas "reglamentar, por medio de ordenanzas y de acuerdo con los preceptos constitucionales y legales, los establecimientos... de beneficencia, cuando fueren costeados con fondos del Departamento".

Y según el ordinal 10º del artículo 97 de la Ley 4ª de 1913, es función de las Asambleas "el arreglo, fomento y administración de las obras y establecimientos públicos que interesen exclusivamente al Departamento".

Ahora bien, como los Departamentos tienen independencia para la administración de los asuntos seccionales (art. 182 C. N.) y sus bienes y rentas son de su propiedad exclusiva "y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares" (art. 183 ibidem), bien pueden las Asambleas como corporaciones administrativas, porque no existe limitación constitucional o legal al respecto, crear establecimientos para la asistencia pública, reglamentarlos y dotarlos de patrimonio destinado a la realización de sus fines.

Pero es más. La jurisprudencia ha reconocido que las Asambleas pueden crear establecimientos para la prestación de otros servicios distintos al de asistencia pública.

Así, por ejemplo, el Consejo de Estado en el juicio de nulidad de la Ordenanza número 12 de 1943, expedida por la Asamblea Departam ntal de Antioquia, por la cual se confió la administración del Ferrocarril del Departamento a una Junta y un Superintendente, dijo en sentencia de fecha 28 de mayo de 1946, de la cual fue Consejero ponente el doctor Gonzalo Gaitán:

"Se ha dicho y repetido, no sin razón, que el Estado es un mal administrador. Las variadas y complejas cuestiones en que debe intervenir no le permiten fijar la atención en forma detenida, como fuera deseable, para cada caso particular, y por ello se ha aceptado en las costumbres administrativas del país y con base en la ley, lo que los modernos autores llaman la 'desconcentración' de los servicios. Así, en ocasiones se confía la administración de determinado o determinados servicios a juntas especiales con relativa autonomía; en otras, las entidades de derecho público se constituyen en accionistas principales de sociedades anónimas cuyo fin es la organización y explotación de un

servicio, no con el propósito especial de especular, porque ello conduciría al 'Estado negociante' o 'Estado empresario', sino buscando un servicio más eficiente y sin despreciar la justa fuente de ingresos que la inversión hecha autoriza legítimamente. Múltiples ejemplos de este proceder administrativo pudieran citarse, pero basta recordar la actual organización de los Ferrocarriles Nacionales, y en lo municipal, las Empresas Unidas de Energía Eléctrica. La experiencia ha demostrado que estos patrimonios desconcentrados cumplen mejor con su misión y dan mayores rendimientos cuando no son directamente dirigidos por el Estado, entendiendo por Estado la Nación, los Departamentos y los Municipios que lo integran, y de los cuales es su personificación jurídica. Y que este proceder tiene innegable apoyo en la ley, no cabe duda. Ya en lo municipal el artículo 169 de la Ley 4ª de 1913 había dicho: 'Son atribuciones de los Concejos... 19. Crear Juntas para la administración de determinados ramos del servicio público cuando lo juzgue conveniente, y reglamentar sus atribuciones...' No tan explícito fue el legislador al otorgar la facultad de crear juntas para la administración de determinados servicios a las Asambleas, como lo fue respecto de los Concejos. Sin embargo, donde hay la misma razón debe haber la misma disposición, y si los Concejos pueden crear estas Juntas, **a fortiori** podrán hacerlo las Asambleas. Pero no se necesita acudir al argumento de analogía, cuando el artículo 331 del Código de Régimen Político y Municipal dice: 'La administración nacional, y las de departamento, provincia o municipio pueden auxiliar sus trabajos con el concurso de juntas patrióticas, en ramos especiales, y en su caso pueden dotar los empleados subalternos que dichas juntas o comisiones necesiten'. Es, pues, clarísima la facultad de la Asamblea Departamental de Antioquia para crear la Junta Administradora del Ferrocarril del Departamento". (Anales del Consejo de Estado, Tomo LVII, págs. 115 y 116).

Todo lo que se ha dicho hasta aquí, lo ha sido con referencia a las disposiciones constitucionales y legales que regían hasta la expedición del Acto Legislativo Nº 5 de 1954 que quiso reglar la creación de los establecimientos públicos, sin dar de éstos una definición, mas, no porque hasta entonces la creación de esta clase de entes careciera de todo fundamento constitucional, sino porque para crear corporaciones o establecimientos regionales que prestaran sus servicios públicos sin sujeción a los límites de los departamentos y municipios, se oponía lo dispuesto por el artículo 7º de la Constitución Nacional en cuanto a que sólo "las divisiones relativas a lo fiscal, lo militar y la instrucción pública podrán no coincidir con la división general" que del territorio nacional establece el artículo 5º de la misma Carta.

Con razón y autoridad, pues fue constituyente en dicho año, dijo el señor Fiscal doctor del Hierro en su vista de fondo que "es bien sabido que este Acto Legislativo se dictó para salvar los escollos constitucionales que se oponían a la organización de la C. V. C., organiza-

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ción de carácter económico-regional que constituye una modalidad nueva en el país".

Pero, la existencia de muchos establecimientos públicos nacionales, departamentales y municipales con anterioridad a tal reforma constitucional, el hecho de que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado se pronunciaran favorablemente sobre su constitucionalidad y legalidad, son evidencia inequívoca de que su creación tenía base en la organización estatal colombiana y que la referida reforma de 1954 no era estrictamente necesaria para que los establecimientos públicos pudieran surgir a la vida jurídica.

Esa organización estatal, anterior al año de 1954, es la misma que hoy se encuentra vigente, porque por virtud de la Reforma Constitucional Plebiscitaria del 1º de diciembre de 1957 "la Constitución Política de Colombia es la de 1886, con las reformas de carácter permanente, introducidas hasta el Acto Legislativo número 1 de 1947 inclusive" y las reformas introducidas en el mismo Plebiscito. De modo que la legalidad de la Ordenanza demandada en el presente juicio, debe estudiarse confrontando el acto acusado con el régimen jurídico imperante y no con un Acto Legislativo que si tuvo vigencia, no fue ni ha sido necesario para fundar establecimientos públicos y que hoy no forma parte de la Constitución Política de Colombia según la reforma constitucional aprobada por el plebiscito de 1º de diciembre de 1957.

No está por demás observar que el escollo constitucional que para la creación de organismos regionales, como la C. V. C., quiso salvarse con el Acto Legislativo número 5 de 1954, hoy ha desaparecido, pues el artículo 7º de la Constitución Nacional fue modificado por el Acto Legislativo número 3 de 1959, así:

"Fuera de la división general del territorio, habrá otras dentro de los límites de cada Departamento, para arreglar el servicio público.

"Las divisiones relativas a lo fiscal, lo militar, la instrucción pública y el fomento de la economía podrán no coincidir con la división general".

De modo que en la actualidad pueden crearse y ya el Gobierno Nacional lo ha hecho con respecto al Valle del Magdalena, corporaciones de fomento económico y de servicio público, similares a la Corporación Autónoma del Valle del Cauca (C.V.C.), sin sujetarse a los límites departamentales.

Y por razón de la reforma últimamente citada, el vicio de inconstitucionalidad que podía sobrevenir respecto a esta clase de establecimientos regionales, creados con fundamento en el Acto Legislativo de

1954, por haber dejado éste de existir, desapareció totalmente, pues quedó salvado el único escollo que existía en la Ley Fundamental de la República para la creación de instituciones de servicio público para fomento de la economía con jurisdicción en varios departamentos o municipios.

De lo antes dicho, la Sala sienta las siguientes conclusiones:

Primera. La creación de establecimientos públicos nacionales, departamentales y municipales tenía fundamento constitucional y legal, desde mucho tiempo anterior al Acto Legislativo número 5 de 1954;

Segunda. El Acto Legislativo citado no era necesario en la organización estatal del país para crear establecimientos públicos, sino únicamente en cuanto a los que no se sometían a la división general del territorio de la República;

Tercera. La legalidad de la creación de un establecimiento público, desaparecido el Acto Legislativo mencionado, no puede juzgarse con posterioridad a la reforma constitucional plebiscitaria, frente a tal acto legislativo de 1954, sino en relación con las normas constitucionales vigentes en la actualidad que son, salvo las disposiciones introducidas después del plebiscito, las que regían con carácter permanente hasta el Acto Legislativo Nº 1 de 1947 inclusive.

La tutela legal atribuída a la jurisdicción contencioso-administrativa se ejerce para restablecer el imperio de la juridicidad vigente a la fecha de la sentencia, porque este es el orden jurídico cuya conservación incumbe a esta jurisdicción. Absurdo sería el restablecimiento de un orden jurídico inexistente, pues lo que no existe no se puede conservar. Por consiguiente, la vigencia de la norma que se dice violada, es presupuesto necesario para fallar la acción de nulidad que se ejercita contra el acto administrativo violador de dicha no ma.

En guarda del orden institucional, la legislación colombiana permite demandar ante la Corte Suprema de Justicia la inexequibilidad de las leyes y decretos extraordinarios acusados de inconstitucionalidad (Art. 214 C.N.) y ante la jurisdicción contencioso-administrativa la nulidad de los Decretos del Gobierno, las Ordenanzas, los Decretos de los Gobernadores, los acuerdos municipales, los decretos de los alcaldes, etc., cuando violan la Constitución, la ley o normas que rigen según su jerarquía o prelación (Art. 216 C.N., 62 y s.s. del C.C.A.). Una y otra acción tienen la misma finalidad: la conservación del orden jurídico institucional. Por eso, así como la Corte Suprema de Justicia ha entendido que la misión de la guarda de la Constitución que esta misma le ha confiado "se refiere naturalmente a aquellos cánones vigentes a la fecha en que la guarda de estos haya de ejercerse" y que

la función no puede ejercitarse sobre disposiciones que no forman parte de la Carta Fundamental, por haber sido derogadas (Corte Plena, sentencia de 29 de mayo de 1933, G. J. Nº 1879, página 2), con igual razón la jurisdicción contencioso-administrativa no puede anular actos administrativos por ser contrarios a normas superiores que han dejado de regir en el momento del fallo.

Por demás está decir que esta doctrina sólo es aplicable cuando la acción que se ejercita es la de simple nulidad que consagra el artículo 66 del C.C.A., pero que no lo es cuando se trata de la acción de plena jurisdicción a que se refiere el artículo 67 del mismo Código, porque en ésta se debaten principal y directamente los derechos subjetivos del demandante que éste considera lesionados por el acto administrativo acusado, y lo que se busca con la acción no es concretamente la restauración del orden jurídico general, sino el restablecimiento de los derechos particulares conculcados por el acto. (V. Código Administrativo, Carlos H. Pareja, página 224).

Debe descartarse, por tanto, el acto legislativo de 1954 por encontrarse derogado o inexistente, en el estudio de la validez de la Ordenanza demandada. La decisión del juicio se limita, consecuencialmente, a la confrontación del acto acusado con las demás disposiciones constitucionales y legales, que el actor cita como violadas por las razones o motivos que alega el libelo.

Se ha visto ya que es indiscutible que las Asambleas pueden fundar instituciones o establecimientos de asistencia social y que, aún más, la jurisprudencia ha admitido que pueden crear establecimientos para la prestación de otros servicios públicos distintos del de asistencia. También se ha dejado dicho que el Estado, en su acepción genérica que comprende Nación, Departamentos y Municipios, puede crear establecimientos o instituciones de asistencia pública, dándoles estructura semejante a la de las instituciones privadas, porque la Constitución y la ley no predeterminan la forma de fundación.

Pues bien, el Consejo Administrativo de Antioquia, mediante la Ordenanza 23 de 1954, estableció "una fundación denominada 'Beneficencia de Antioquia', y destinada a conseguir, recaudar y administrar bienes y rentas para el sostenimiento de establecimientos de beneficencia y caridad en el Departamento", facultando al Gobernador "para solicitar para la fundación de utilidad común que se crea, la personería jurídica correspondiente" (art. 1º).

Dispuso en su artículo 2º que "el Gobierno y administración de la Institución... y de las empresas y establecimientos que de ella depen-

dan, corresponden a una Junta Directiva" integrada por el Gobernador, por tres miembros designados por la Asamblea Departamental, por el Director Departamental de Higiene en representación del Gobierno Nacional de acuerdo con el artículo 8º de la Ley 93 de 1938, por un miembro designado por el Arzobispo de Medellín, y por un miembro como representante de la banca, la industria y el comercio, designado por el Gobernador de terna que le pasen las instituciones que representen estas actividades.

Señaló como funciones de la Junta Directiva, entre otras: expedir y modificar los estatutos de la entidad; administrar todos los bienes que adquiera la institución, como las rentas que se le cedan y los auxilios que se le otorguen; distribuir las rentas entre las entidades de beneficencia; "asumir, cuando lo estime conveniente, la dirección y administración de establecimientos de beneficencia ya creados o que en lo sucesivo se creen por iniciativa oficial o particular y celebrar al efecto los contratos respectivos"; aprobar el presupuesto de rentas y gastos de la entidad; "crear los empleos, señalarles funciones y nombrar y remover los empleados que han de desempeñarlos" y fijarles la correspondiente remuneración; autorizar al Gerente "para celebrar todos los contratos que sean necesarios para lograr los fines que se propone la fundación y que se refieran a la adquisición, enajenación, gravamen o limitación al dominio de bienes raíces, o cuya cuantía sea superior a cinco mil pesos"; y administrar la Lotería de Medellín (art. 5º).

Determinó en el artículo 7º que "las decisiones de la Junta Directiva serán adoptadas, al menos por mayoría absoluta", salvo los acuerdos sobre reformas de estatutos y las resoluciones para crear y administrar establecimientos y contratar la administración de establecimientos oficiales o privados ya creados o que se creen en lo sucesivo.

Por el artículo 8º se señaló, como representante legal de la institución, al Gerente nombrado por el Gobernador de terna pasada por la Junta Directiva y que en el ejercicio del cargo "con previa aprobación de la Junta y del Gobierno Nacional cuando ello sea necesario y mediante el cumplimiento de los requisitos que exijan la Constitución, la ley y los estatutos de la entidad, puede adquirir y enajenar bienes raíces o muebles", gravarlos, mudar la forma de los inmuebles por su naturaleza o destino, representar la entidad ante cualesquiera autoridades, abrir cuentas bancarias y moverlas, negociar en cualquier forma instrumentos negociables, transigir, arbitrar, conferir poderes especiales, etc. etc.

Por el artículo 10º se dispuso que la institución tendría un Auditor de libre nombramiento y remoción del Contralor General del Departamento "sin perjuicio del control que corresponda conforme a la ley y

a las Ordenanzas a funcionarios nacionales o departamentales".

Por los artículos 11 y 13 cedió a la institución "la empresa y la renta de la Lotería de Medellín... y el impuesto a las loterías foráneas", "el inmueble donde hoy funciona el actual manicomio departamental y la finca 'La Paula' ubicada en el Municipio de Bello".

Por el artículo 14 dispuso que la institución no podía "destinar los bienes y rentas que reciba por donación, herencia o legado a fines distintos de los especialmente previstos por los donantes o testadores".

Por el artículo 15 eximió la institución de toda clase de impuestos departamentales.

Y por el artículo 17 dispuso que "al liquidarse la 'Beneficencia de Antioquia', todos sus bienes, muebles e inmuebles, rentas y en general todo su patrimonio, pasará a ser propiedad del Departamento de Antioquia, quien a su vez asumirá las obligaciones que afectaren a la fundación extinguida. Dichos bienes serán destinados exclusivamente a la asistencia social y beneficencia del Departamento".

En concepto del actor, la Ordenanza creó un establecimiento autónomo con violación de "los artículos 19, 63, 187 y 194 de la Constitución Nacional; 97, 98, 123, 126, 127 y 237 del Código de Régimen Político y Municipal; la Ley 64 de 1923 y los artículos 2º y 3º del Decreto 604 de 1933", porque en su concepto, "priva al Consejo Adminitsrativo de su atribución de crear empleos y fijar las asignaciones de los empleados; de su atribución de fijar normas para la administración de establecimientos, bienes y rentas departamentales; despoja al Gobernador de su atribución de dirigir la acción administrativa en el Departamento, de su facultad de nombrar empleados y crea una junta en que el Gobernador queda en vergonzante minoría". Estos son en síntesis, los motivos por los cuales en "las razones de derecho" acusa la Ordenanza como violatoria de los preceptos mencionados.

Si se tiene en cuenta que por medio del establecimiento público lo que se busca es la descentralización del servicio que se le confía, para que éste se cumpla de modo regular y continuo, sin la interefrencia de intereses políticos del momento y se eviten las consecuencias que suele traer consigo el cambio de los gobernantes, todo lo cual altera la normalidad de la administración, necesariamente tiene que sustraerse el funcionamiento del establecimiento de ciertas normas generales que rigen la administración pública comúnmente.

Cuando el legislador del orden nacional, departamental o municipal crea un establecimiento público para la prestación de un servicio, lo dota de un patrimonio para que realice sus fines y le da un regla-

mento que rige su funcionamiento, no prescinde de sus atribuciones de legislador sino que precisamente las ejerce delegando en un ente de su propia creación algunas de sus funciones para hacer más expedita y eficiente la administración. El legislador no renuncia a las atribuciones, las ejerce por medio de una institución que es obra suya, que le sigue sometida, porque es una dependencia de la administración pública, y que así como la pudo crear la puede suprimir en cualquier momento.

Este es el punto en que quizá se acusa una diferencia esencial entre el establecimiento público y el establecimiento de utilidad común de origen privado, pues mientras en éste el fundador queda extraño a la fundación y su voluntad sólo permanece en los fines de ella o en los estatutos que él mismo le hubiere dictado, los establecimientos públicos, en cambio, quedan siempre dependientes de su fundador (Estado, Departamento o Municipio) que así como los pudo crear los puede suprimir en cualquier momento.

Esa vinculación no desaparece, por más que se le haya dado al establecimiento la estructura de persona privada, porque el establecimiento pertenece a la persona de derecho público que lo creó, la que siempre podrá no simplemente vigilarlo en el cumplimiento de sus fines, sino también modificar su reglamentación y hasta prescindir de ella, para asumir directamente la prestación del servicio que le había confiado.

El demandante de la Ordenanza se alarma de la autonomía que el estatuto da a la institución, porque cree que ella es absoluta. Mas si se estudian con algún cuidado las atribuciones de la Junta Directiva y del Gerente y el origen de sus nombramientos se observa:

a) Que los cargos de los miembros de la Junta, Gerente y Auditor de la Contraloría Departamental son creados por la Asamblea en la misma Ordenanza;

b) Que la Junta se compone de siete miembros: el Gobernador del Departamento quien la preside, tres miembros nombrados por la Asamblea Departamental, el Director Departamental de Salud Pública quien es subalterno del Gobernador y dos miembros más, uno designado por el Arzobispo de Medellín y el otro nombrado por el mismo Gobernador de terna que le pasan las instituciones que representan la banca, la industria y el comercio, lo cual quiere decir en realidad que la institución está administrada por una Junta en la cual la Asamblea, corporación administrativa del Departamento (art. 181 C. N.) y el Gobernador, Jefe de la administración seccional (art. 185 C. N.) tienen una preponderante mayoría en el Gobierno y administración de la institución;

c) Que la Junta Directiva y el Gerente en ejercicio de sus funciones de contratar y ejecutar los actos que sean necesarios para los fines de la institución no están sometidos únicamente a lo que disponen los estatutos sino al Gobierno Nacional, a lo que dispone la ley y al control que corresponda conforme a las Ordenanzas del Departamento;

d) Que el Gerente lo nombra el Gobernador del Departamento de terna pasada por la Junta Directiva, de la cual el Gobernador forma parte, lo mismo que su Secretario de Salud Pública y por tanto, interviene en la formación de la terna;

e) Que los bienes y rentas de la institución no dejan de ser propiedad del Departamento de Antioquia, pues al liquidarse aquélla vuelven a quedar sometidos a la administración directa de éste, con destino sí a la asistencia pública para respetar lo que dispone el legislador sobre la Lotería Departamental y los impuestos sobre loterías foráneas (leyes 64 de 1923 y 133 de 1936), como la voluntad de quienes hubieren hecho donaciones o asignaciones testamentarias a la extinguida institución que la Constitución Nacional garantiza en su artículo 36, y

f) Que la institución se puede extinguir por medio de Ordenanza, lo que expresamente reconoce el artículo 35 de los estatutos.

Con sobrada autoridad ha podido expresar el doctor Rocha en su concepto sobre la pretendida autonomía de la institución, lo siguiente:

"Las atribuciones que el artículo 5º de la Ordenanza confía a dicha Junta Directiva, más estatal que la misma Constitución, leyes y ordenanzas, son las que una Asamblea y el Gobernador tendrían si administrasen directamente la Beneficencia, pero que ahora ejercen por medio de la Junta oficial que dirige la corporación. Pueden resumirse esas atribuciones así:

"**La homologación** por parte del Gobierno Nacional debe refrendar cualquier reglamentación estatutaria de la entidad; esta tutela le da iniciativa y le resta totalmente la supuesta autonomía;

"**La administración** de los bienes y rentas, materia u objeto de la desconcentración del patrimonio, recae sobre los que el Departamento tiene al servicio de la asistencia pública de la beneficencia, es decir, se trata, como era obvio, de una administración delegada; si asumiere la institución descentralizada la administración de algunos establecimientos de beneficencia privados, lo haría por medio de contratos con éstos;

"Al Gerente que es escogido por el Gobernador de terna que haga la Junta Directiva, Junta que, como vimos, es el mismo gobierno, no se le autoriza para actos y contratos dispositivos de bienes en cuanto **sean necesarios para lograr los fines que se propone la fundación,**

previsión sin la cual no sería posible la dministración de la beneficencia y que concurre en todo organismo que tenga algo para hacer, así sea oficial o de derecho privado. Aún tratándose de sociedades privadas, se entiende, por norma interpretativa que les da el artículo 2103 del Código Civil, complementario del 1853, que un gerente, en el silencio de los estatutos, puede contraer **obligaciones**, y hacer **adquisiciones** o **enajenaciones** si estos tres actos jurídicos están comprendidos en el **giro ordinario** de la sociedad. Si el Gobernador mismo, con sus respectivos secretarios, administra directamente la Beneficencia departamental, tendría por la índole de la función legal, esas mismas facultades, o sea obligarse, adquirir y enajenar bienes que el giro ordinario de la función de asistencia social requiera...". "Resulta, pues, por la integración de la Junta administradora y por el control y vigilancia de los asuntos administrados, que ha habido una delegación de la administración en forma que ésta no ha salido de manos de los funcionarios a quienes directamente la ley les confía el mismo encargo...". "Las facultades dispositivas y las atribuciones para gravar la propiedad de los bienes —ordinal i) del artículo 5º— le permiten a la Junta autorizar al Gerente para celebrar actos de aquella índole 'que sean necesarios para lograr los fines que se propone la fundación', lo cual está de acuerdo con la exigencia y permisión del artículo 1853 del Código Civil para los 'administradores de establecimientos públicos'; el Gerente por sí no tiene esas facultades, como lo cree la demanda, sino con dos requisitos que lo inhiben prácticamente, como se lee en el artículo 8º de los Estatutos, o sea el permiso mismo de la Junta y del Gobierno Nacional, 'mediante el cumplimiento de los requisitos que exijan la Constitución, la ley y los Estatutos'; todo lo cual significa que no hay la autonomía de que se acusa a los estatutos en la d manda de nulidad, sino que tal autonomía es la misma que tolera, y hasta donde la tolera, el artículo 1853 del Código Civil, expresamente dictado para 'establecimientos públicos' ".

Para el profesor Rocha la institución creada por la Ordenanza es un establecimiento público y al efecto, después de destacar sus rasgos esenciales, resume su concepto en los siguientes términos:

"Si pues: a) los objetivos que se persiguen con la organización que se le dio a la Beneficencia de Antioquia consiste en la prestación de la asistencia social, que es actividad del Estado; b) si su administración se confía a los mismos funcionarios públicos, organizados en Junta Directiva con el concurso de personas naturales, aquéllos en mayoría, éstos en minoría estatutaria, que es una protección de las atribuciones normales de administración de la cosa pública; más la circunstancia de que la vigilancia y control los conserva la Contraloría General del Departamento; c) si las facultades dispositivas de los bienes no exceden de las previstas para los establecimientos públicos por el artículo 1853 del Código Civil, con lo que se mantienen los funcionarios

públicos dentro del marco normal de sus atribuciones de derecho público; y d) si los bienes afectos a la organización quedan en vida de ésta y se mantienen después con la misma destinación, lo que no implica enajenación de ellos, sino la perpetua afectación que la tendrían sin la organización o con ella, para el servicio público; si, pues, en síntesis, **apenas ha habido una descentralización o desconcen ación de bienes para un servicio que por definición corresponde al Estado,** parece conducente y hasta quizá exacto concluir que la Ordenanza número 23 de 1954 ha creado un establecimiento público y no, como por error conceptual lo calificó el legislador departamental, una 'fundación', o 'institución de utilidad común', concepto erróneo adjetivo si se observa el fondo característico de la organización".

Coincide el concepto del ilustre jurista con la tesis ya sostenida por esta misma Sala en la sentencia de fecha 30 de julio último, dictada en el juicio sobre nulidad de unas providencias de la Junta de Beneficencia de Cundinamarca y de la cual fue ponente el H. Consejero doctor Pedro Gómez Valderrama:

"Las instituciones públicas, que prestan la asistencia social, que son emanación del Estado, que atiende por medio de ellas el servicio en forma descentralizada, caen, por todas sus características, dentro del régimen del establecimiento público, no importa que el legislador haya querido darles estructura semejante a la de las instituciones privadas, lo cual puede hacer, no habiendo forma predeterminada por la Carta o la ley, y sin que la forma que les dé destruya el vínculo esencial de derecho público". (1).

Ahora bien: si como tantas veces se ha repetido, las Asambleas Departamentales pueden crear establecimientos públicos para prestar el servicio de asistencia social, si a los establecimientos públicos puede dárseles estructura semejante a la de las instituciones privadas y si en el caso de la Beneficencia de Antioquia que creó la Ordenanza acusada, la llamada Junta Directiva está formada por una mayoría constituída prácticamente por el mismo gobierno departamental, no ve la Sala que la Ordenanza sea violatoria de las disposiciones citadas en la demanda, en el concepto que esta misma expresa, cuando en realidad armoniza las atribuciones constitucionales y legales conferidas a la Asamblea Departamental y al Gobernador, para procurar la prestación eficiente del servicio de asistencia social que el Departamento está obligado a suministrar a sus habitantes.

---

(1) NOTA DEL RELATOR. La sentencia aludida aparece publicada en el Tomo LXII —Segunda Parte— de los "Anales del Consejo de Estado", pág. 555.

La Sala deliberadamente no se ha referido al Decreto 604 de 1933, citado entre las disposiciones violadas, porque ha tenido en cuenta lo que respecto a este estatuto dijo el Consejo en la sentencia de 28 de mayo de 1946, con las firmas de los Consejeros Tulio Enrique Tascón, Gonzalo Gaitán, Carlos Rivadeneira, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Hernández Rodríguez, Jorge Lamus Girón y Gustavo A. Valbuena, o sea que "conforme a la Constitución el Gobierno sólo puede dictar los siguientes Decretos: a) Los llamados decretos extraordinarios cuando el Presidente está revestido **pro tempore** de precisas facultades extraordinarias por el Congreso, en conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Carta; b) Los decretos de carácter especial, cuando el Congreso le concede las autorizaciones del numeral 11, ibídem; c) Los decretos reglamentarios, en ejercicio de la potestad conferida por el ordinal 3º del artículo 120 de la Carta; y d) Los decretos dictados en estado de sitio, que autoriza el artículo 121 ibídem". Pues bien: el Decreto 604 no encaja dentro de ninguna de estas categorías, vale decir que el Gobierno excedió sus facultades al dictarlo, aunque se le haya dado el nombre de reglamentario, que no le corresponde, y en estas condiciones el Consejo no lo tendrá en cuenta. En efecto, claro se ve del texto y del contexto del aludido decreto que él no reglamenta el ordinal 2º del artículo 127 del Código Político y Municipal, ni el 331 de la misma obra, que nada había que reglamentárseles. El Gobierno lo que hizo mediante el Decreto 604 fue interpretar estas dos disposiciones, y es bien sabido que la interpretación auténtica sólo corresponde al legislador, y a los jueces por vía de doctrina. El Gobierno no tiene facultad de interpretar las leyes con carácter general. Por eso dice el doctor Tulio Enrique Tascón en su obra de Derecho Constitucional, pág. 350, al referirse a este Decreto: "En realidad este Decreto no es reglamentario, pues su contenido es interpretativo de la ley".

"Los reglamentos —lo ha dicho el Consejo muchas veces siguiendo las doctrinas de Jéze— tienen por fin dar vida práctica a la ley al ponerla en ejecución, para llenar aquellos vacíos que el legislador no podía prever, y por eso sólo son reglamentables las leyes de carácter administrativo de (sic) que **ejecutan,** no las que se aplican por los jueces, porque éstos tienen la facultad de interpretarlas en cada caso particular, y el ejecutivo no puede interferir por medio de reglamentos atribuciones que pertenecen a otro órgano del poder público".

De todas las consideraciones que se dejan expuestas, concluye la Sala que no es nula la Ordenanza número 23 de 1954, dictada por el Consejo Administrativo Departamental de Antioquia, pues no viola las disposiciones constitucionales y legales citadas en la demanda, en el concepto que esta misma expresa. En consecuencia, la sentencia apelada debe ser revocada, para en su lugar, negar las peticiones del actor.

Por lo antes dicho, el Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del señor Fiscal Primero, REVOCA la sentencia de fecha catorce (14) de julio de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), proferida en el presente juicio por el Tribunal Administrativo de Antioquia, y en su lugar, NIEGA la demanda de nulidad de la Ordenanza número 23 de 1954, expedida por el Consejo Administrativo Departamental de Antioquia.

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

Alejandro Domínguez Molina. — Carlos Gustavo Arrieta. — Andrés Augusto Fernández. — Francisco Eladio Gómez Gómez. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez D. — Luis Fernando Sánchez, Secretario.

* * *

ORDEN DEPARTAMENTAL

ORDENANZAS DEPARTAMENTALES

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES: I. No son cuerpos legislativos sino corporaciones administrativas seccionales.

II. Competencia de estas corporaciones para expedir Códigos Fiscales seccionales.
III. Indelegabilidad de sus atribuciones en los Gobernadores.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., 26 de marzo de 1963.

(Consejero Ponente: Dr. CARLOS GUSTAVO ARRIETA)

REF: Expediente Nº 807 - Actos de las Asambleas.
ACTOR: Eustorgio Sarria.

El doctor Eustorgio Sarria demandó del Tribunal Administrativo del Magdalena la declaratoria de nulidad de los artículos 6º y 7º de la Ordenanza número 12 de 9 de diciembre de 1954 y del Decreto 178 de 25 de febrero de 1958, expedidos por el Consejo Administrativo y por el Gobernador del Departamento, respectivamente, por considerar que tales actos violan los artículos 185 y 187 de la Constitución Nacional, y 97, atribución 9ª, del Código de Régimen Político y Municipal.

Las disposiciones acusadas de la ordenanza dicen así:

"Autorízase al Gobernador del Departamento para revisar y expedir un nuevo Código de Policía y para elaborar y expedir un Código Fiscal del Departamento". "Esta ordenanza regirá desde su promulgación".

En uso de sus facultades legales y, en especial, de las conferidas por aquel ordenamiento, el Gobernador del Magdalena dictó el decreto enjuiciado, en el cual aparece el nuevo Código Fiscal del departamento.

Estima el demandante que se violaron los preceptos constitucionales y legales en cita, porque las atribuciones conferidas a las Asambleas seccionales por aquellas normas no se pueden traspasar a otras entidades o funcionarios públicos; porque la facultad de expedir el Código Fiscal es atribución sustantiva de la respectiva Asamblea, como quiera que ese estatuto contiene las disposiciones "legales" que rigen "la constitución, conservación y disposición del patrimonio seccional"; porque las Asambleas no disponen de los poderes necesarios en orden

a autorizar a los gobernadores para expedir "actos de carácter legislativo, como sí puede hacerlo el Congreso en relación con el Presidente de la República".

Apoya sus razonamientos en la doctrina sentada por el Consejo de Estado en su sentencia de 21 de septiembre de 1938, en la cual se dice que las atribuciones constitucionales y legales de las Asambleas son indelegables y tienen carácter sustantivo, y que si ellas pudieran traspasarlas a los gobernadores, aquellas corporaciones "perderían su razón de ser como cuerpos legislativos departamentales, socavando así la base misma de la Constitución y de la ley, porque esta tesis tiene su fundamento en la separación de funciones de los diversos poderes públicos". Funda igualmente sus argumentos en el fallo de 21 de abril de 1941, proferido por la Corte Suprema de Justicia, en el cual se estima que en el caso del numeral 12 del artículo 76 de la Carta, el Congreso no delega, sino que amplía las funciones del órgano ejecutivo, "mediante expresa autorización constitucional".

El Tribunal negó las súplicas de la demanda con apoyo en los siguientes razonamientos: De acuerdo con el artículo 4º del Código Civil, la ley "es una declaración de la voluntad soberana, manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter de ley es mandar, prohibir, permitir o castigar". No obstante, en el artículo 97 del Código de Régimen Político y Municipal no se prohibe a las Asambleas delegar sus funciones, ni en el estatuto fundamental tampoco. Por consiguiente, no hay obstáculo legal ni constitucional para que las corporaciones departamentales puedan obrar en esa forma máxime si se considera que los gobernadores son agentes del Presidente de la República y en esa calidad lo representan en las secciones.

La decisión anterior fue apelada por el demandante y los autos han llegado al Consejo de Estado. En la tramitación de la segunda instancia, el señor Fiscal Primero de la corporación solicitó la revocatoria de la sentencia recurrida e igualmente pidió que se accediera a las súplicas del libelo, por considerar que los funcionarios de las corporaciones públicas sólo pueden hacer aquello que les está expresamente permitido, y que las funciones administrativas son, por regla general, indelegables, salvo texto expreso en contrario. Lo mismo ocurre con las funciones legislativas, las cuales sólo se pueden delegar en virtud del mandato que autoriza al Congreso para revestir al Presidente de la República de facultades extraordinarias. Como esa facultad no se le ha conferido a las Asambleas Departamentales, debe prevalecer la regla general de que sus atribuciones no se pueden transferir a los gobernadores.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En la Carta Política de 1886 se establecieron las Asambleas Departamentales como corporaciones administrativas, e idéntico criterio se adoptó en el Acto Legislativo número 2 de 1907, en la reforma de 1910 y en la enmienda constitucional de 1945, actualmente en vigencia. Por lo tanto, desde que se expidió el primitivo estatuto, hasta la fecha, no ha habido solución alguna de continuidad en el sistema. De consiguiente, aquellas entidades jamás **han tenido carácter legislativo.** Por otra parte, los artículos 62 y siguientes de la Ley 167 de 1941 estructuran la noción de acto administrativo desde el punto de vista formal y organicista y, en consecuencia, dan a las ordenanzas esa categoría jurídica. Por esa razón, precisamente, se les somete al control de la jurisdicción especial. De allí que no sea admisible la tesis de que las Asambleas sean cuerpos legislativos departamentales, ni la de que la delegación de sus funciones en los gobernadores sea contraria al principio de la separación de los órganos del poder público. Si aquellas corporaciones y éstos funcionarios forman parte integrante de la rama administrativa, no se ve cómo pueda incidir, en sus relaciones recíprocas, la idea consagrada en el artículo 55 de la Constitución.

No obstante, es preciso aceptar que las Asambleas seccionales gozan de cierta autonomía en el desempeño de sus funciones administrativas, como que no están sujetas al poder jerárquico del Presidente de la República o de sus agentes, ni al control de tutela que se ejerce sobre los establecimientos públicos. Ese régimen jurídico especial es apenas la consecuencia lógica del principio de la descentralización administrativa adoptado por los reformadores del 86 y conservado, en sus lineamientos generales, hasta el momento. Pero esa forma de independencia no se puede confundir con el sistema de la separación funcional de los órganos del poder, en razón de que el funcionamiento autónomo de las Asambleas sólo opera en el interior de la administración, en tanto que aquel principio se manifiesta en las relaciones de las tres ramas entre sí.

Así, pues, la controversia planteada hay que estudiarla, principalmente, desde el punto de vista del funcionamiento interno del órgano administrativo. La Constitución Nacional señala a las Asambleas su propia esfera de competencia, de la misma manera que fija la que corresponde a los gobernadores. Aquéllas y éstos tienen la obligación de actuar dentro de tales límites y de ejercitar la totalidad de sus atribuciones, sin rehuír la responsabilidad que generen sus actos y omisiones. De allí que sea necesario determinar cuáles son las funciones constitucionales de unas y de otros, y cómo opera el sistema de la delegación, en el evento de que sea aplicable.

Después de hacer una enumeración de las atribuciones propias de las Asambleas, en el artículo 187 de la Carta se establece, a manera de cláusula general de competencia, que a ellas corresponde dirigir y fomentar "cuanto se refiera a los intereses seccionales y al adelantamiento interno", y desempeñar las demás funciones que les señalen las leyes. En armonía con el ordenamiento constitucional en cita, el artículo 97 del Código de Régimen Político les confiere algunas facultades relacionadas directamente con las actividades fiscales y con la competencia para regularlas, como ocurre con los numerales 9º y 37 de aquella norma y con otras disposiciones posteriores. Ciertamente que no hay un precepto que de manera explícita les otorgue la atribución concreta de expedir el código de la materia, pero del espíritu general de las reglas constitucionales y legales se infiere que a las Asambleas corresponde dictar esa clase de estatutos. Esta apreciación cobra mayor fuerza si se considera que no existe ordenamiento alguno que directa o indirectamente conceda p deres similares a los gobernadores o a cualquier otra persona administrativa del orden departamental. Por consiguiente, es forzoso aceptar que la función de expedir los reglamentos fiscales pertenece a las asambleas seccionales.

Cabe anotar, además, que en la Constitución y en las leyes vigentes no aparece disposición alguna que regule la delegación de atribuciones de unos rganismos administrativos en otros en forma tal que pudiera aplicarse como principio general dominante para todas las esferas de la administración. La única regla que existe en el Estatuto Fundamental es la contenida en el artículo 32 del Acto Legislativo de 1936, correspondiente al 135 de la actual codificación constitucional, en la cual se autoriza al Presidente de la República para delegar en los ministros, en los jefes de departamentos administrativos y en los gobernadores, es decir, en funcionarios sometidos al poder jerárquico del Jefe del Gobierno, aquellas facultades que la ley indique. Pero como ese precepto tiene alcances limitados y sólo juega en relación con las entidades allí citadas, no admite la aplicación analógica al caso controvertido en razón de que las situaciones jurídicas contempladas en la norma y en el juicio son manifiestamente disímiles.

Pudiera argüírse, como lo hace el Tribunal en el fallo revisado, que si no hay mandato alguno que autorice la delegación, tampoco existe un ordenamiento constitucional o legal que la prohiba. Pero el razonamiento carecería de fuerza jurídica, ya que las corporaciones y funcionarios públicos sólo pueden hacer aquello que explícita o implícitamente les está permitido, a diferencia de los particulares que pueden realizar todo lo que no esté vedado por el derecho. Y como no existe una sola disposición que faculte a las Asambleas departamentales para delegar sus atribuciones de expedir los reglamentos fiscales de sus respectivas secciones, no es admisible la autorización otorga-

da en la ordenanza que se impugna. De consiguiente, ese acto administrativo, de idéntica manera que el decreto del Gobernador que en él se apoyó, violan las reglas constitucionales y legales que cita el actor.

La doctrina que aparece expuesta en el aparte anterior de esta sentencia es la misma que fue sentada por el Consejo de Estado en sus decisiones de 19 de septiembre de 1935 y de 28 de enero de 1944 (Anales, T. XXIX, número 235 a 238, y T. LIII, números 341 a 346), y que fue acogida y ratificada en la sentencia de 31 de agosto de 1959, dictada con la ponencia del Consejero Alejandro Domínguez Molina.

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

F A L L A :

1º—Revócase la sentencia de 4 de septiembre de 1959, dictada en este juicio por el Tribunal Administrativo del Magdalena;

2º—Son nulos los artículos 6º y 7º de la ordenanza número 12 de 9 de diciembre de 1954, dictada por el Consejo Administrativo del Magdalena;

3º—Es nulo el decreto número 178 de 25 de febrero de 1958, expedido por el Gobernador del Departamento del Magdalena.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez D. — Alvaro Cajiao Bolaños, Secretario.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO II — ORDEN DEPARTAMENTAL

Capítulo Segundo: a) **Decretos y Resoluciones de los Gobernadores.**

b) **Actos de otras autoridades departamentales.**

ORDEN DEPARTAMENTAL

RESOLUCIONES DE LOS GOBERNADORES

PROVIDENCIAS APELABLES. — Si la decisión por la cual se rechaza una demanda fundada en la incompetencia jurisdiccional del Tribunal Administrativo para conocer de ella es susceptible del recurso de apelación en los juicios que puedan tener dos instancias (art. 88, Ley 167 de 1941), no se ve la razón suficiente para que no sea susceptible del mismo recurso el que, fundándose en la misma causa, anula lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, pues ambas providencias tienen como consecuencia la de cerrar al demandante las puertas del juicio. En la práctica es excepcional, pero se presenta el caso de admitir una demanda y posteriormente advertir que se cometió un error al hacerlo porque se carecía de competencia de jurisdicción.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, treinta y uno de enero de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. RICARDO BONILLA GUTIERREZ)

REF: Exp. Nº 2257. Recurso de hecho contra auto de fecha Septiembre 3, 1962. Tribunal Administrativo del Valle. Actor: Alberto Palau. Nul. Resolución 2290 Agosto 4, 1959, Gobernador, y Junio 10, 1960, Ministerio de Fomento.

El doctor Alberto Palau promovió demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca para que declarara nulas las Resoluciones números 2290 de 4 de agosto de 1959 del señor Gobernador de ese Departamento y la de 10 de junio de 1960 originaria del Ministerio de Fomento, en virtud de las cuales se le impuso la obligación de reembolsar al señor Arnulfo Chalá, inquilino que fue de una casa de su propiedad, el valor del aumento del precio del arrendamiento que tenían contratado. El Tribunal dio curso a la demanda y agotado el procedimiento, por medio de su proveído de tres de septiembre de 1962 proferido de acuerdo con el concepto emitido por su Fiscal, declaró "nulo todo lo actuado en este juicio, a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive".

Para dictar este proveído se fundó en que, a su entender, las resoluciones acusadas no eran susceptibles de recurso contencioso-administrativo al tenor del artículo 73, ordinal 2º de la Ley 167 de 1941, por haberlas dictado "el Gobernador del Valle y el Ministerio de Fo-

mento en ejercicio de una función jurisdiccional, en juicio de policía penal"; y que, por haber avocado el Tribunal el conocimiento del negocio en esas circunstancias, había incurrido en la causal 1ª de nulidad establecida por el artículo 113 de la ley citada .

El actor apeló de ese proveído y el Tribunal le denegó el recurso en el auto de 14 de septiembre próximo pasado, con la consideración de que "conforme a esta ley (la 167 de 1941), el recurso de apelación procede únicamente contra las siguientes decisiones de carácter interlocutorio: la que rechaza la demanda por incompetencia de jurisdicción o por caducidad de la acción, cuando el negocio es de dos instancias (art. 88, ordinal 4º, Ley 167 de 1941); la que resuelve la suspensión provisional, también cuando el asunto tiene dos instancias (art. 96, ibidem); y la que no admite la demanda, en todos los negocios electorales (art. 216, ibidem).

De donde concluye:

"Así, el auto que decide sobre la nulidad de la actuación o juicio no es apelable. Contra tal providencia sólo cabe recurso de súplica, si la dicta el magistrado ponente, como juzgador a **quo;** o el de reposición, si es dictada por la sala plena del Tribunal (arts. 282, Ley 167 de 1941; 488, 511, C.J.).

"Por consiguiente, el auto de 3 de septiembre en curso, por medio del cual el Tribunal anuló el presente juicio, no es apelable; y en consecuencia, se niega el recurso de apelación interpuesto contra él por el demandante, doctor Alberto Palau".

Solicitó éste reposición de la negativa del Tribunal a concederle la apelación y en subsidio pidió que se le expidieran las copias pertinentes para recurrir de hecho ante esta Corporación.

Por auto de 26 del mismo septiembre, el Tribunal denegó la reposición y accedió a la petición subsidiaria.

Se recibió en tiempo el anterior escrito del doctor Alberto Palau, por medio del cual manifiesta que recurre de hecho o en los términos del artículo 513 del C.J. para que la Sala le conceda la apelación.

El doctor Palau fundamenta el recurso en los siguientes términos:

"Puede ser verdad que sólo sea procedente en materia de procedimiento contencioso administrativo la apelación en tres autos interlocuotorios:

"A) Del que sostiene la inadmisibilidad de la demanda por incompetencia de jurisdicción o por caducidad de la acción instaurada;

"B) Del auto que resuelve sobre la suspensión provisional de la providencia acusada;

"C) Del auto que niega la admisión de la demanda en los juicios electorales.

"En todos estos casos se requiere que el negocio tenga dos instancias.

"El art. 88 del Código de lo Contencioso Administrativo dispone que en aquellos juicios que tienen dos instancias el auto sobre inadmisión de la demanda debe pronunciarse por el Tribunal en pleno, y **habrá recurso de apelación para ante el Consejo de Estado.** Y es precisamente esta disposición la que no ha tenido en cuenta el Tribunal de primera instancia, interpretándola, como debió, conforme a elemental lógica jurídica y según el pensamiento dominante en el artículo 472 del C.J.

"Bajo la túnica de una nulidad **por incompetencia de jurisdicción** se esconde el rechazo, a las diez de última, y por segunda vez (violando la cosa juzgada y especialmente en relación con lo estatuído en el inciso final del artículo 87 de la Ley 167 de 1941), el rechazo —repito— de mi demanda **por incompetencia de jurisdicción,** con apoyo en el ordinal 2º del artículo 73 del Código de lo Contencioso Administrativo, sosteniendo la absurda tesis consistente en que el juicio llevado por mí en la Gobernación del Valle y en el Ministerio de Fomento bajo el procedimiento gubernativo que reglamenta el Capítulo VIII del Libro Tercero de la ley últimamente citada, no ha sido un juicio típicamente administrativo sino un juicio de policía, como los que se tramitan en las alcaldías, porque dizque los decretos que regulan la congelación de los arrendamientos son medidas de simple policía y no reformatorios de nuestra legislación civil, que se juzgó incompatible con el estado de sitio bajo el gobierno del General Gustavo Rojas Pinilla.

"..... ....

"Ahora bien, el artículo 62 de la Ley 167 de 1941 establece la jurisdicción de los Tribunales Administrativos para conocer de las demandas de los particulares contra las resoluciones dictadas por funcionarios administrativos, como son los Gobernadores de los Departamentos, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, tal como los señalo en mi libelo de demanda. Más claramente establece esta jurisdicción en el artículo 63 ibidem. De manera que el auto que declara

la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción del Tribunal, contradice terminantemente estas normas, y como la pretendida nulidad está basada en la carencia de jurisdicción del fallador, es potísima la razón que me asiste para solicitar la aplicación del citado artículo 88 del Código de lo Contencioso Administrativo que me concede recurso de apelación ante vosotros en caso especial de procedimiento, como así respetuosamente os lo pido, honorables Consejeros de Estado, me lo otorgueis".

Para resolver la Sala considera:

El auto dictado por el Tribunal Administrativo, por el cual declara nulo el juicio desde el auto admisorio de la demanda, inclusive, tiene la consecuencia de cerrar al demandante las puertas del juicio.

Cuando ese auto se funda, como en el caso presente, en que no tiene el Tribunal competencia de jurisdicción para conocer del asunto que se pretende someter a su decisión, equivale a un rechazo tardío, pero definitivo, de la demanda presentada, como lo sostiene el recurrente. Por tanto, si la decisión por la cual se rechaza una demanda fundándose en incompetencia jurisdiccional es susceptible del recurso de apelación en los juicios que puedan tener dos instancias, como lo establece el artículo 88 del C.C.A., no se ve razón suficiente para que no sea susceptible del mismo recurso el que, fundándose en incompetencia de jurisdicción, anula lo actuado desde el auto admisorio. En la práctica es excepcional, pero se presenta el caso de admitir una demanda y posteriormente advertir que se cometió un error al hacerlo porque se carecía de competencia de jurisdicción.

Procede entonces declarar la nulidad de lo actuado, como lo hizo el Tribunal del Valle del Cauca. Pero cabe preguntar ¿si el Tribunal hubiera advertido desde el primer momento que la demanda debía ser rechazada por incompetencia de jurisdicción, así lo habría hecho y el demandante hubiera podido apelar del auto respectivo? En el caso en estudio, sí, porque el negocio puede tener segunda instancia. Entonces, ¿si el Tribunal advierte posteriormente lo que considera un error suyo, o sea la admisión de la demanda y consiguiente tramitación del juicio, ¿por qué ha de negarse el recurso de apelación que hubiera sido admisible según la voluntad de la ley manifestada en el artículo 88, si con las mismas razones hubiera rechazado la demanda? Es un principio de hermenéutica que donde hay la misma razón debe existir la misma disposición. Y, además, tiene también razón el actor del recurso de hecho cuando trae a cuento el sabio artículo 472 del C.J.

Bastan las breves consideraciones anteriores para que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

R E S U E L V A :

CONCEDESE, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto en tiempo contra el auto de fecha tres de septiembre de mil novecientos sesenta y dos, por el cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró nulo todo lo actuado en el juicio de la referencia, a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive. En consecuencia ofíciese al Presidente del citado Tribunal para que disponga la remisión del expediente original, previa citación de las partes.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez D. — Alvaro León Cajiao B., Secretario.

* * *

ORDEN DEPARTAMENTAL

RESOLUCIONES DE LOS GOBERNADORES

MAESTROS DEL TOLIMA. REAJUSTE DE PENSIONES JUBILATORIAS POR REINGRESO AL SERVICIO DOCENTE DEPARTAMENTAL. Ordenanzas números 52 de 1960 y 68 de 1961 de la Asamblea del Departamento del Tolima. Con fundamento en el articulo 183 de la Constitución, los Departamentos tienen la facultad de jubilar a sus servidores en la forma que lo estimen conveniente, exigiendo las condiciones que juzguen adecuadas, ajustándose a las exigencias nínimas señaladas por las leyes sociales. Las Ordenanzas citadas imponen como requisito necesario que el maestro jubilado se vincule por cuatro años o más, continuos o discontinuos, a establecimientos educativos de propiedad del Departamento para obtener el reajuste de sus pensiones de jubilación que dichas normas conceden.

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., abril veintiseis de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. JORGE URBANO MUNERA)

El señor Camilo R. Polanco, por medio de apoderado, demandó ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Tolima, la nulidad de las Resoluciones números 86 y 126 de los días 6 y 27 de mayo de 1961 expedidas por el señor Secretario de Educación Pública del Tolima, aprobadas por el señor Gobernador de este Departamento y por las cuales se denegó al citado señor Polanco el reajuste de su pensión vitalicia de jubilación como maestro de Enseñanza Primaria, y que como consecuencia de tal declaración, se ordene al Departamento del Tolima el reajuste de la pensión vitalicia de jubilación a la que cosidera tener derecho conforme al artículo 26 de la Ordenanza número 52 de 1960, pensión que le fue reconocida por Resolución Nº 105 de 1º de Octubre de 1949 expedida por la Secretaría de Educación Pública del Tolima.

Al presente juicio fue acumulado en esta instancia una demanda igual contra el Departamento expresado establecida por el señor Juan Francisco Ruiz A., también maestro jubilado y quien en su acción solicita igual reajuste al pedido por el señor Polanco y se funda en la misma disposición ordenanzal.

A uno y otro demandante les fueron adversas las sentencias proferi-

das en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Tolima, y ambos apelaron de ellas para ante esta Corporación.

El primero de los actores, señor Polanco P., invoca los siguientes hechos:

Haber prestado sus servicios en el ramo docente del Departamento del Tolima por más de 20 años, lo que le mereció ser jubilado; que posteriormente la Secretaría de Educación Pública citada lo nombró en comisión como profesor del Instituto Jorge Isaac en el año de 1956, y para el Colegio Jiménez de Cisneros en el año de 1957 y que después fue designado profesor en el Colegio San Simón de Ibagué, cargo que desempeñó desde el 1º de febrero de 1959 hasta el 19 de enero de 1961, con una asignación mensual promedia de $ 1.118.24; que la Asamblea del Tolima expidió la Ordenanza 52 de 1960 en cuyo artículo 26 dispuso: "Los servidores del ramo docente pensionados con arreglo a las disposiciones ordenanzales, que hayan vuelto a ocupar cargos en el ramo educativo, tendrán derecho a un reajuste de sus pensiones por una sola vez, después de cuatro años de servicios en forma continua o discontinua"; que con base en esta disposición solicitó a la Dirección de Educación Pública del Tolima el reajuste consiguiente el cual le fue negado, "por la circunstancia —dice— de que no se hallaba afiliado a la Caja de Previsión Social del Tolima".

Como disposiciones violadas cita el artículo 30 de la Carta y luego el artículo 26 que acaba de transcribirse de la citada Ordenanza número 52.

Afirma el actor que las resoluciones acusadas se fundaron en un concepto de la Asesoría Jurídica del Departamento dicho que no está conforme a la letra y al espíritu de la norma ordenanzal pues considera "que con tal interpretación se ha violado la norma superior pues si bien dice el artículo 5º de la misma Ordenanza que 'para tener derecho a reclamar de la Caja de Previsión Social del Tolima cualquiera de las prestaciones sociales se requiere ser afiliado a la Caja, no sólo por disposición legal sino por haber aportado desde su posesión, la cuota de afiliación y aportes mensuales correspondientes que fijen las disposiciones pertinentes, con las excepciones legales', también es cierto que la norma es clara cuando habla de excepciones, y entre ellas está el ramo docente, como bien lo afirma el artículo 24 de la Ordenanza a que nos venimos refiriendo que establece la excepción a la regla general del artículo 5º, pues aquel dispone: 'Los maestros que hayan servido en el ramo docente del Tolima durante 15 años y hasta otros cinco en establecimientos privados, dando enseñanza primaria o secundaria tendrán derecho a la pensión de jubilación'. "Entonces, esta disposición constituye una excepción a la regla general. Y digo ello, porque acepta

o reconoce el servicio prestado a los establecimientos privados, que por razones obvias, no están afiliados a la Caja de Previsión Social del Tolima. La exigencia es pues, la de que el servicio docente sea prestado en el Tolima y nada más", y termina aseverando que por las resoluciones acusadas se han violado las disposiciones citadas como transgredidas puesto que han desconocido derechos consagrados y adquiridos por las normas superiores de derecho.

El apoderado del Departamento, a su turno, anota que los Departamentos tienen autonomía para organizar Cajas de Previsión Social para atender al pago de las prestaciones sociales de sus empleados y que el reajuste ordenado por la Ordenanza 52 de 1960 se refiere exclusivamente a los empleados departamentales que han vuelto a servir al Departamento, y a afiliarse a la Caja pues las prestaciones sociales de los empleados oficiales no son gratuitas sino en razón de los servicios prestados y de las contribuciones que de sus sueldos hacen a las Cajas a que están afiliados y que como el señor Polanco no ha vuelto a servir en cargos oficiales sino por el término de dos años, no reune las condiciones legales para el reajuste.

El señor Fiscal del Tribunal, por su parte, anota que existen dos hechos de importancia que se interponen para pedir la nulidad de los resoluciones de que se trata y son el haber desempeñado el señor Polanco el último año de servicio en el Colegio de San Simón, establecimiento que no es propiamente de carácter oficial y haber cobrado la pensión que le concedió el Gobierno Departamental con anterioridad a la petición sobre su reajuste.

Según el fallador **a quo**, el señor Polanco no tiene todavía el derecho para reclamar a la Secretaría de Educación del Tolima el reajuste de su pensión pues su reingreso a la enseñanza departamental sólo cuenta con dos años, o sean los servidos en los Colegios Jiménez de Cisneros y el Instituto Jorge Isaac, faltándole de consiguiente dos años de enseñanza en tales condiciones para tener derecho al reajuste de que se trata.

El Tribunal Administrativo del Tolima para no acceder a lo demandado por el señor Polanco P. se ciñe a estas dos disposiciones:

Artículo 26 de la Ordenanza 52 de 1960 que reza así: "Los servidores del ramo docente pensionados con arreglo de las disposiciones ordenanzales, que hayan vuelto a ocupar cargos en el ramo educativo, tendrán derecho a un reajuste de sus pensiones por una sola vez, después de cuatro años de servicios en forma continua o discontinua", y en el artículo 2º de la Ordenanza 68 de 1961 que dispone: "A lárase el artículo 26 de la Ordenanza 52 de 1960 en el sentido de que única-

mente tendrá derecho al reajuste de la pensión de jubilación el personal del ramo docente que preste los cuatro años de servicios continuos o discontinuos, de que trata dicho artículo en establecimientos educativos de propiedad del Departamento".

El señor Fiscal 2º del Consejo es de parecer que deben confirmarse las sentencias recurridas después de hacer un análisis del alcance de las dos disposiciones ordenanzales que acaban de transcribirse. Afirma él que según las constancias que obran en los expedientes el señor Polanco, después del reconocimiento de la pensión de jubilación, sólo sirvió al Departamento del Tolima durante los años de 1956 y 1957 y el resto lo ha trabajado en el Colegio de San Simón que es un establecimiento fundado por el Gobierno Nacional, y respecto al demandante señor Ruiz A. observa, que posteriormente al reconocimiento de su pensión, únicamente ha servido a la educación oficial del Departamento del Tolima en el Colegio de San Simón que no es sostenido con fondos del Departamento sino de la Nación.

Al juicio se le ha dado la tramitación legal, y por lo mismo, se procede a decidirlo previas las siguientes consideraciones:

Conforme al artículo 183 de la Carta "los bienes y rentas de los Departamentos, así como los de los Municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares". Es con fundamento en este principio que los Departamentos tienen la facultad de jubilar a sus servidores en la forma que lo estimen conveniente, exigiendo las condiciones que juzguen adecuadas. En cuanto a esta prestación social y a las demás establecidas por las leyes, sólo tienen el deber de ajustarse a las exigencias mínimas señaladas por ellas. De consiguiente, cuando la Asamblea del Departamento del Tolima por medio de la Ordenanza atrás citada de 1960 ordenó para los servidores de la rama docente el reajuste allí previsto, podía incluir la condición, como lo hizo, de exigir a los servidores de tal ramo el tiempo por el cual debían reincorporarse al servicio de la enseñanza para tener derecho al reajuste de que se viene hablando. De suerte que si el actor no ha cumplido el tiempo de tal reincorporación, como lo demuestran los autos, no tiene derecho a reclamar, hoy por hoy, el reajuste que está persiguiendo. Complete el tiempo mínimo de esa vinculación, como lo anota el fallo apelado, y tendrá derecho a que sean colmadas sus aspiraciones.

Sobre el alcance del artículo 26 de la Ordenanza 52 de 1960 que creó el derecho al reajuste dicho, en el caso de no ser claro, quedó perfectamente definido por el artículo 2º de la Ordenanza 68 de 1961 el cual dice de manera irrefragable que para tener derecho al reajuste

de la Ordenanza 52 de 1960 es necesario, de necesidad absoluta, que el maestro jubilado se vincule por cuatro años o más, continua o discontinuamente, pero en todo caso en establecimientos educativos de propiedad del Departamento.

Ahora bien, si el demandante no ha demostrado haber cumplido con esta condición como ampliamente aparece comprobado en los autos, es claro que carece del derecho reclamado.

El juicio instaurado por el señor Juan Francisco Ruiz A., que fue materia de acumulación, se fundamenta en los mismos argumentos de derecho y en hechos semejantes a los invocados por el señor Polanco P. También el señor Ruiz es un maestro jubilado por el Departamento del Tolima y sólo ha demostrado, para efectos de obtener lo demandado, que ha desempeñado el cargo de profesor en el Colegio de San Simón ya nombrado desde el 1º de marzo de 1953 hasta el 25 de enero del año de 1961, y por lo mismo, no ha comprobado que se vinculó de nuevo, después de ser jubilado, a establecimientos educativos de propiedad del Departamento del Tolima por un tiempo mínimo de cuatro años tal como lo exigen las disposiciones ordenanzales, sobre el particular, transcritas atrás.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

Confírmanse las sentencias materia de apelación proferidas por el Tribunal Administrativo del Tolima fechadas el 17 de mayo de 1962 en los juicios promovidos por los señores Camilo R. Polanco P. y Juan Francisco Ruiz A., fallos recurridos ante esta Corporación y los cuales fueron materia de acumulación.

Cópiese, notifíquese y devuélvanse los citados expedientes.

Jorge de Velasco Alvarez. — José Urbano Múnera. — Guillermo González Charry. — Alfonso Meluk. — Marco A. Martínez Bernal, Secretario.

* * *

ORDEN DEPARTAMENTAL

ACTOS DE LA COOPERATIVA DE MUNICIPALIDADES DE ANTIOQUIA

I. Naturaleza del vínculo de trabajo existente entre los establecimientos públicos u organismos descentralizados encargados de la prestación de un servicio público y sus trabajadores.

II. Incompetencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de controversias suscitadas entre dichas personas y sus trabajadores.

III. Salvamento de voto del Conjuez doctor Carlos Didacio Alvarez.

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Conjueces. — Bogotá, D. E., seis de junio de mil novecientos sesenta y tres.

(Conjuez Ponente: Dr. BLAS HERRERA ANZOATEGUI)

nte el Tribunal Administrativo de ntioquia presentó el señor Delio de J. Paniagua, por medio de apoderado especial, demanda para que mediante los trámites del juicio regulado en el Capítulo XV del Código Contencioso Administrativo fueran hechas las siguientes declaraciones:

"**Primero.** Son NULAS las Resoluciones números 41 de julio 1º de 1948 y sin número de julio 14 de 1958, ambas dictadas por el señor Gerente de la Cooperativa de Municipalidades de ntioquia Limitada, representada por su gerente doctor Homero Santander, quien las dictó, por medio de las cuales se desconoció derecho al señor Delio de J. Paniagua, mayor de edad y vecino de Medellín, a percibir una pensión de jubilación por servicios prestados primero al Municipio de Medellín y luego a la mencionada Cooperativa;

"**Segundo.** SON NUL S las mismas Resoluciones expresadas en el ordinal anterior, de fecha y procedencia indicadas, en cuanto negaron derecho al señor Delio de J. Paniagua a percibir un auxilio de cesantía por los cuatrocientos nueve (409) días que trabajó de tiempo excedente a los siete mil trescientos días necesarios para optar a la pensión de jubilación;

"**Tercero.** Como consecuencia de las declaraciones contenidas en los puntos segundo y tercero que preceden, la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia Limitada está en la obligación de restablecer el derecho violado con las resoluciones anuladas, en favor de Delio

de J. Paniagua, dentro del término que se le señale, reconociendo en favor de él el derecho a percibir:

"a) Una pensión de jubilación equivalente a las dos terceras partes del sueldo promedio mensual devengado en el último año de servicios, cuyo monto total será pagado por la Cooperativa, con derecho a repetir contra el Municipio de Medellín, pensión exigible desde el día diez y ocho (18) de julio de mil novecientos cincuenta y tres (1953), fecha en que a más del tiempo de servicio completó Paniagua el requisito de los cincuenta (50) años de edad; y

"b) El auxilio de cesantía por los cuatrocientos nueve (409) días que trabajó excedentes a los veinte años requeridos por la ley para optar a la jubilación".

Como hechos fundamentales de la acción el apoderado del demandante expuso los siguientes:

"1º—El señor Delio de J. Paniagua, mi poderdante, prestó servicios sin interrupción al Municipio de Medellín desde el 11 de septiembre de 1927 hasta el 11 de julio de 1941, y a la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia Limitada desde el 15 de julio de ese mismo año de 1941 hasta el 1º de noviembre de 1948, o sea a ambas entidades un total de 7.709 días, es decir que le sobraron 409 días del tiempo mínimo necesario pa a optar a la pensión de jubilación;

"2º—El requisito de la edad lo llenó el 18 de julio de 1953, fecha desde la cual es exigible la pensión;

"3º—Con cita de las disposiciones legales en que se basa el derecho de mi poderdante, demandé ante la última entidad a que prestó sus servicios, la Cooperativa de Municipalidades, que hiciera el correspondiente reconocimiento, pero lo negó por medio de la Resolución número 41 de 1º de julio del año en curso, sin otro argumento que haber resuelto el H. Consejo de Administración de dicha entidad "... que en lo sucesivo la Cooperativa se abstenga del reconocimiento de jubilación cuando pa a el efecto haya de computarse el tiempo servido en entidades de derecho público, porque el actual Consejo de Administración estima que la Cooperativa no es entidad de derecho público";

"4º—En memorial de 4 de julio pasado interpuse el recurso de reposición para que se revocara la Resolución número 41 y en su lugar se hiciera el reconocimiento del derecho impetrado, pero nuevamente fue desatado el pedimento en forma desfavorable a los intereses del actor;

"5º—Con esta última providencia de la Cooperativa quedó agotada la vía gubernativa, en virtud del artículo 6º del D. L. 1722 de julio 19 de 1956 y expedita, por tanto, la vía contencioso-administrativa".

En cuanto a las normas violadas y el concepto de violación se afirmó en la demanda lo siguiente:

"La Cooperativa de municipalidades al negar el derecho a la pensión de jubilación impetrada por el señor Paniagua ha violado las siguientes disposiciones: literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, en armonía con el artículo 3º de la Ley 65 de 1946, porque dichas disposiciones reconocen para los empleados y obreros nacionales el derecho a percibir una pensión de jubilación equivalente a las dos terceras partes del sueldo promedio mensual devengado en el último año de servicio; ha violado el artículo 21 de la Ley 72 de 1947, en armonía con el artículo 1º del Decreto 2921 de 1948, porque es ella la obligada a reconocer y pagar la pensión; ha violado el artículo 9º de la Ley 64 de 1946, porque está obligada a pagar a más de la pensión, la cesantía excedente al tiempo servido después de veinte (20) años".

Admitida la demanda y sometido el negocio a la tramitación propia de un juicio de esta índole, fue fallado por el Tribunal del conocimiento en sentencia del 10 de marzo de 1959, por medio de la cual se declaran nulas las resoluciones número 41 del 1º de julio de 1958 y la sin número del 14 de julio del mismo año, proferidas por el Gerente de la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia y se ordenó, en consecuencia, que dicha Cooperativa elaborara un proyecto de resolución reconociendo al señor Delio de J. Paniagua el derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del sueldo devengado en el último año de servicio, desde la fecha en que el demandante cumplió los cincuenta años de edad, pudiendo la Cooperativa repetir contra el Municipio de Medellín por la cuota proporcional correspondiente a los servicios prestados por el señor Paniagua a dicha entidad. Igualmente, se dispuso en el fallo que el beneficiario de la pensión quedaba con la obligación de reintegrar la cesantía recibida en cuotas equivalentes al diez por ciento de la pensión.

Contra esa decisión interpuso recurso de apelación el señor apoderado de la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia y habiéndosele concedido se ha surtido la segunda instancia ante el Consejo de Estado, en la forma regulada por las disposiciones pertinentes.

En virtud de impedimento de todos y cada uno de los señores Consejeros de Estado, el presente negocio debe ser decidido por la Sala de Negocios Generales integrada, en su totalidad, por los suscritos Conjueces.

Proviene el aludido impedimento de la circunstancia de haber expresado en ocasión anterior los señores Magistrados un dictamen para resolver la consulta formulada por el señor Ministro del Trabajo sobre el hecho de si la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia Ltda. debe considerarse como entidad de derecho público o de derecho privado. Ese dictamen, emitido en desarrollo de la atribución que al Consejo de Estado señala el artículo 141 de la Constitución Nacional y el 24 del Código Contencioso Administrativo, aparece en autos y fue expuesto en el sentido de considerar que la citada Cooperativa es entidad de derecho privado.

Historiados los antecedentes de la cuestión que corresponde decidir a la Sala así integrada, se procede a ello mediante las siguientes consideraciones: En primer lugar, resulta pertinente resumir las dos tesis jurídicas que se confrontan en el presente litigio.

La parte demandante ha sostenido insistentemente que la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia Ltda. es un establecimiento público cuyas características encajan perfectamente dentro del criterio que, en términos generales, sentó el propio Consejo de Estado al decir:

"PERSONAS ADMINISTRATIVAS. Son entidades investidas de personería jurídica que realizan funciones normalmente atribuidas al Estado. Obedecen al sistema de la descentralización por servicios y la razón esencial de su existencia es la independencia de la técnica.

"Se caracterizan por la continuidad administrativa, independencia de la Administración General y patrimonio propio. En teoría se conocen con el nombre de **establecimientos públicos** (Subrayas no del texto); los elementos que fijan su vinculación con la Administración son los siguientes:

"1º—Son organismos que realizan funciones normalmente atribuídas al Estado, pero que éste delega por razones técnicas;

2º—Tienen personalidad jurídica por privilegio legal, es decir porque han sido creadas o reconocidas por la ley (art. 169, Ley 4ª de 1913 y 331 ibidem);

3º—Se extinguen por acto que también emana del Estado; y

"4º—Están sometidos a la vigilancia del poder central, que ejerce un control permanente, salvando así el principio de la unidad de la soberanía". (Anales, Nº 362, página 115).

El Consejo de Estado, en cambio, según ya lo hemos visto, sostuvo que la mencionada Cooperativa es entidad de derecho privado.

En efecto, en el concepto anteriormente aludido, el Consejo comenzó por recordar cómo las Cooperativas surgieron por primera vez en la legislación colombiana por virtud de la Ley 134 de 1938, en cuyo artículo 12 se autorizó a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales para fomentar su establecimiento con sujeción a las normas de la misma ley.

Luego, se destaca en aquel dictamen el hecho de que la Asamblea de Antioquia, en desarrollo de la ley citada, expidió la Ordenanza número 45 de 1939, por medio de la cual se autorizó al Gobernador para que, en representación del Departamento y de acuerdo con los Municipios que así lo quisieran, fundara una Cooperativa que atendiera en forma adecuada a las distintas necesidades de las entidades que ingresaran a ella. Se agrega allí que la intención de la Asamblea antioqueña aparece claramente definida en la Ordenanza y ella era la de fundar una Cooperativa de responsabilidad limitada entre el Departamento y los Municipios que quisieran ser sus socios con el derecho, para las demás personas jurídicas y laborales, de asociarse también como adherentes. Refuerza su dictamen el Consejo relievando el hecho de que para que esta clase de sociedades pudiera estimarse como de utilidad y conveniencia públicas fue preciso que el Gobierno Nacional dictara el Decreto Ley Nº 874 de 1932, que así lo dispuso expresamente en su artículo 1º, lo que no hubiera sido necesario si las Cooperativas hubieran ostentado originalmente el carácter de entidades de derecho público. Recuerda igualmente el Consejo cómo ni en la Constitución Nacional ni en ninguna ley de la República se halla definido lo que debe entenderse por establecimiento público, ya que apenas en el Acto Legislativo número 5 de 1954, derogado por la reforma plebiscitaria de 1957, se autorizó al Legislador para crear establecimientos públicos dotados de personería jurídica autónoma para prestación de uno o más servicios especialmente determinados. Abunda el Consejo en otras consideraciones de profundo contenido y alcance jurídico, ilustrando su exposición con la cita de tratadistas y doctrinantes de la materia tan autorizados como Hauriou, Waline, Pleiner y Jéze, para corroborar su conclusión, cuya parte final quedó concebida en los siguientes términos:

"Finalmente y por vía de ilustración de los antecedentes del problema que se estudia, debe anotarse que sometido él a la consideración de la Superintendencia Nacional de Cooperativas, a raíz de su fundación en el año de 1942, fue de parecer que la sociedad de que se trata tiene el carácter de una entidad de derecho privado. Más tarde, en el año de 1955, la misma Superintendencia conceptuó que "la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia es en verdad un establecimiento público considerado como una especie dentro del género cooperativo y por lo tanto queda sometida primordialmente a este sistema

y en lo que no lo viole se rige por sus estatutos que en mi concepto tienen el carácter de un auténtico acto administrativo originado en la voluntad del Departamento y de los Municipios asociados". Como es obvio esta tesis es notoriamente deleznable ante la sola consideración de que la ley que creó el sistema de cooperativas no contempló en parte alguna que pudiera haber sociedades de esta clase de distinta especie o de una fisonomía jurídica diferente las unas de las otras. Por el contrario, cuando en su artículo 12 autorizó a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales para fomentar el establecimiento de sociedades cooperativas dentro de su jurisdicción no les concedió prerrogativa de excepción ninguna y por tanto las dejó enmarcadas dentro del régimen jurídico de todas las otras cooperativas que no tuviesen aportes de entidades oficiales.

"El Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, en reciente fallo, fue de parecer que la citada Cooperativa antioqueña tiene el carácter de sociedad de derecho privado.

"Por todo lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, conceptúa que la "Cooperativa de Municipalidades de Antioquia, Limitada" es una entidad de derecho privado, y por tanto dispone transcribirle al señor Ministro del Trabajo el precedente estudio como respuesta a su consulta de fecha ya anotada. (1).

Ahora bien:

No obstante tratarse, como se trata, de dos tesis jurídicas que han tenido amplia resonancia dentro de los estados judiciales del país, cree la Sala que en el presente caso resultaría improcedente entrar al fondo de esta parte del problema sometido a su decisión, como consecuencia de las razones que pasan a exponerse:

Conforme al artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, las relaciones entre los empleados públicos y la Administración Nacional, Departamental y Municipal, no constituyen contrato 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.

---

(1) Nota de la Relatoría. - El concepto transcrito puede verse en el Tomo LXII de los "Anales", pág. 246 y sigs.

Deriva de allí el convencimiento de que dos son las formas en que el particular puede vincularse al servicio público o a las entidades que lo integran: la forma tradicional o sea la de la relación de derecho administrativo aludida en la primera parte del citado artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, y la forma contemplada en la parte final de la misma disposición, es decir, la vinculación de naturaleza contractual cuando el trabajo se presta en las obras, instituciones o servicios allí indicados.

Ha discrepado también nuestra jurisprudencia laboral lo mismo que la administrativa sobre si para los fines de determinar el carácter de la vinculación debe tenerse en cuenta el aspecto formal de ella o la naturaleza misma de las funciones que hayan de cumplirse.

Este mismo Consejo, en su sentencia de 30 de julio de 1960, examinó las distintas tesis sostenidas en torno a esta cuestión jurídica, con base en el análisis expuesto por el ilustrado tratadista doctor Guillermo González Charry en su obra Derecho del Trabajo, sintetizando las diversas posiciones adoptadas por la jurisprudencia en torno al problema, a saber:

"a) No es la naturaleza de la entidad sino la índole de su actividad lo que define la relación con sus empleados... La índole de esa actividad se refleja, como es claro, en la actividad de los empleados".

"b) El Estado puede obrar como persona de derecho público o como persona de derecho privado, y si obra en esta última condición, puede dar origen a contratos de trabajo. Al respecto, se sostuvo la opinión de que siempre que hubiese de por medio un establecimiento público o un servicio descentralizado, las relaciones de los empleados con la entidad son regidas por el Derecho Público. El doctor González Charry encuentra extrema esta tesis, "porque —dice— es precisamente en tales entidades, por la naturaleza del servicio que prestan a la comunidad, donde con más frecuencia se dan los postulados o requisitos para determinar la existencia del contrato de trabajo, no obstante las normas que de ordinario se prescriben para el ingreso a ellas. Si se aceptara como valedera la tesis de que en todo servicio descentralizado por el sólo hecho de serlo queda fuera de discusión la existencia de contratos, se cerrarían en su totalidad los caminos para dar aplicación a la ley, porque es sabido que el Estado moderno se inclina cada vez con mayor fuerza a prestar los servicios públicos mediante el sistema de la descentralización, en sus diversas formas, y es en las entidades a que da origen esa forma de prestación de servicios, donde se tipifica, por la naturaleza del trabajo que prestan quienes cooperan a su funcionamiento, la existencia del contrato de trabajo". (P. 173, Tomo I).

"c) Las relaciones de la Administración con sus trabajadores no se gobiernan por contratos de trabajo, sino por las normas del derecho público, aún en el caso de los establecimientos públicos.

"d) Es "la naturaleza jurídica del vínculo entre la administración y su servidor", la que determina si hay o no contrato de trabajo. Esta tesis hace depender tal determinación de la "forma de establecimiento de la relación de servicio". O sea, si se realiza contrato o el ingreso se produce en razón de un estatuto reglamentario, que ha creado el cargo y provisto a su desempeño, mediante nombramiento y posesión".

"e) "Todo empleado público es empleado oficial, pero no todo empleado oficial es empleado público. Empleado público es la especie. La noción de empleado del servicio oficial se opone a la de trabajador particular".

Las entidades de derecho público y las personas administrativas autónomas tienen la posibilidad de celebrar contratos de trabajo". ("Anales", T. LXII, págs. 588 y 589).

Por su parte, a vuelta de hacer todas estas consideraciones, el Consejo llegó en aquella ocasión a las siguientes conclusiones:

"1º—En los órdenes Nacional, Departamental y Municipal de la Administración Pública, incluídos los establecimientos públicos y demás personas administrativas, rige para los relaciones del empleado con el Estado, el Derecho Público, y el estatuto del servidor público parte de la "situación legal reglamentaria", con las siguientes excepciones:

a) Trabajadores a jornal de las obras públicas.

b) Personas vinculadas a la Administración, por contratos de carácter especial, de acuerdo con las leyes.

c) Sociedades de economía mixta, salvo mandato expreso de la ley.

d) Establecimientos públicos, en los casos de trabajadores cuya actividad no sea base esencial del servicio público, ni tengan funciones directivas o técnicas (simples oficiales, obreros, etc.). En los establecimientos públicos, como en la Administración en general, el principio es la situación legal y reglamentaria, siendo la excepción la relación contractual, excepción que es determinada por la ley.

"2º—En relación con las convenciones colectivas de trabajo, de acuerdo con el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, éstas se celebran "para fijar las condiciones que regulan LOS CONTRATOS DE TRABAJO durante su vigencia". Estas disposiciones es aplican a los trabajadores públicos que estén vinculados a la Administración por medio de un contrato de trabajo, o sean los comprendidos en las excepciones señaladas en el punto 1º.

"3º—En los servicios públicos, la administración puede tener trabajadores a contrato, siempre que no sean de aquellos que, por la naturaleza de su cargo, deben responder no solamente por sus hechos, sino por sus omisiones, es decir que tienen funciones detalladas en ley o reglamento. Cuando son de esta última categoría, la situación legal y reglamentaria prevalece.

"4º—La competencia para conocer de los litigios de esta clase, la fija la naturaleza del vínculo —de derecho público o contractual— que existe entre la Administración y el trabajador. Y, para fijar la naturaleza de ese vínculo es necesario estudiar las funciones del trabajador, y su situación dentro del servicio público". ("Anales", T. LXII, páginas 596-597).

Finalmente, el Consejo acogió en ese mismo fallo la tesis de que cuando las funciones son de carácter técnico y científico los empleados són los responsables del servicio público respectivo, cualquiera que sea la forma de su vinculación, y, por consiguiente, no puede suponerse en tales casos la existencia de una relación de carácter contractual sino de índole administrativa. (Ob. cit., pág. 598).

Aun en la hipótesis de que esa conclusión fuera la acertada, que a juicio de esta Sala no lo es, no resultaría ella aplicable o pertinente para el caso de autos, ya que las funciones que tuvo el señor Delio de J. Paniagua en la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia no fueron de las especificadas, es decir, no fueron de naturaleza técnica, científica o directiva.

Por otra parte, conviene recordar también que el mismo Consejo, en nueva decisión de fecha 16 de mayo de 1961, sentó la tesis contraria y acogió el criterio de que quienes presten servicio a un establecimiento público u organismo descentralizado están vinculados por relación de índole contractual y, por consiguiente, sus acciones sólo pueden ventilarse ante la justicia especial del trabajo. A la citada decisión corresponden los siguientes apartes:

"La regla general es la de que las relaciones entre la persona administrativa o de derecho público y los agentes y empleados suyos se

rigen por el estatuto legal aplicable al empleado respectivo y no por contrato de trabajo.

"Pero existen excepciones a esa regla y ellas están contenidas en disposiciones legales. En el artículo 14 del Decreto Legislativo 2350 de 1944 (reproducido en lo esencial por el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 y por el 3º de la Ley 90 de 1946), se estableció que "la Nación, los Departamentos, Intendencias, 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.** (Se subraya).

"Y en el artículo 3º de la Ley 90 de 1946, la excepción o asimilación a trabajadores particulares de las Personas Administrativas, se extendió en forma muy clara y explícita a quienes sirvieran 'en las empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos y forestales que aquellas entidades exploten directa o indirectamente o de las cuales sean accionistas o copartícipes'.

"Ya por ese tiempo existía un buen número de establecimientos públicos u organismos administrativos descentralizados para atender a diferentes servicios útiles a las comunidad y la tendencia a la descentralización funcional de servicios y aun a la creación de servicios nuevos por ese sistema, se ha venido acentuando. De ahí la importancia creciente de definir la naturaleza de las relaciones jurídicas de esos establecimientos con su personal.

"Sobre la base de los principios contenidos en las disposiciones legales que acaban de citarse se ha considerado en el caso de cada establecimiento público u organismo descentralizado (para el efecto de aplicarle la regla general o la excepción de que se viene hablando y en ausencia de una disposición legal especial que defina el punto), cuál es la naturaleza de la función u objeto a que se destina. Cuando se trata de establecimientos públicos que atienden a la prestación de servicios lucrativos de aquellos que pudieran ser ofrecidos también por personas particulares, aun cuando el lucro no sea ni pueda ser su verdadera finalidad, parece indudable que están asimilados a patronos de derecho privado y por eso acuerdan o pueden acordar con sus dependientes contratos de trabajo y puede presumirse que tal es el vínculo que los une a éstos. Precisamente el patrimonio que se les adscribe y la personería jurídica de que gozan, les permite moverse en los negocios o actividades que comprenden su objeto, de la misma manera que obraría una persona de derecho privado. Emanciparlos de las múlti-

ples formalidades y dilatados trámites que para su actuación requiere la administración oficial ordinaria y facilitarles su movimientos en mira de una más oportuna y expedita prestación del servicio son, precisamente, las razones que determinan la creación de estas personas ficticias. De otro lado, sus funciones y, por tanto, las que ejerce el personal a su servicio, no son de aquellas que se consideran exclusivas del poder público, o, más claro, no pueden clasificarse como ejercicio de la autoridad estatal puesto que se supone que a personas particulares les sería permitido ejercerlas. Finalmente, si el Estado ha querido que esos establecimientos u organismos tengan una personería diferente a la suya para todos los efectos de sus relaciones jurídicas y los desvincula así del régimen ordinario de la Administración Pública, es con la intención de que en lo posible se asimilen a personas privadas en sus actividades en frente de cualesquiera otras personas, con las solas excepciones expresas que aparecen de los mismos actos que las crean u organizan, y, como es obvio, de las disposiciones que pueda expedir para modificar su régimen". (Véase Diario Jurídico Nº 563, 24 de marzo de 1962") (2).

Lo que hasta aquí se ha expuesto, lleva a la Sala a la conclusión, anteriormente anunciada, de que lo atinente a la competencia para el conocimiento de este negocio se llega al mismo resultado tanto en el caso de que la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia Ltda. sea una persona jurídica de derecho privado (como lo sostuvo el Consejo en el dictamen citado) como en el caso de que ella sea un establecimiento público descentralizado o una entidad pública, conforme a la tesis del demandante. Porque en uno u otro supuesto la competencia para conocer de las pretensiones del demandante radica en la justicia especial del trabajo y no en la contencioso-administrativa.

Para convencerse de ello, basta tener en cuenta, además del precepto contenido en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, los artículos 6º y 10º del Código de Procedimiento del Trabajo, que dicen:

"Artículo 6º. **Acciones contra entidades de derecho público, administrativas o sociales.**

"Las acciones contra una entidad de derecho público, una persona administrativa autónoma o una institución o entidad de derecho social podrán iniciarse sólo cuando se haya agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente.

---

(2) Nota del Relator: La providencia transcrita puede verse en el Tomo LXIII de los "Anales", páginas 373 y sgs.

"Artículo 10º. **Competencia en los juicios contra los establecimientos públicos.**

"En los juicios que se sigan contra un establecimiento público o una entidad o empresa oficial será juez competente el del lugar del domicilio del demandado, o el del lugar en donde se haya prestado el servicio, a elección del actor".

Analizado el caso que ha motivado esta demanda a la luz de estos preceptos legales, se robustece la convicción de la Sala sobre la incompetencia del fuero contencioso administrativo para ventilar y decidir esta cuestión, que se resume en el siguiente planteamiento dilemático:

O la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia es una persona jurídica de derecho privado y entonces los servicios prestados por el actor desde el 15 de julio de 1941 hasta el 1º de noviembre de 1948 quedan configurados dentro de un contrato de trabajo cuyas consecuencias no pueden ser evaluadas a través de una acción de la índole propuesta, o tales servicios fueron prestados a un establecimiento público y descentralizado o persona autónoma a través de la ficción de orden contractual consagrada por el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, y entonces también es competente la justicia especial del Trabajo, según los artículos 6º y 10º del Código del Procedimiento Laboral, anteriormente transcritos. En uno y otro caso, pues, es resaltante la incompetencia del Consejo de Estado, para decidir sobre el problema de la jubilación que ante ella se ha planteado.

Por si algo faltara para complementar este planteamiento, cabría recordar que la tesis de que el fuero contencioso-administrativo carece de competencia cuando se trata de cuestiones que directa o indirectamente tienen que ver con relaciones de índole contractual no sólo encuentran sólido respaldo en el propio artículo 73 del Código (Ley 167 de 1941) sino también en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, dicha Corporación, en sentencia del 31 de agosto de 1943, al declarar inexequible el artículo 258 del mismo Código, demostró cómo ni siquiera para lo referente a las resoluciones administrativas sobre caducidad de contratos administrativos puede admitirse la competencia de dicho fuero. (Véase Gaceta Judicial Nº 2.001, página 3).

Se explica así cómo, organizada la Justicia especial del trabajo, los artículos 6º y 10º, anteriormente transcritos, dentro del mismo entendimiento institucional, asignaron a sus órganos el conocimiento de estas controversias en los términos que se han expuesto.

Por lo demás, no podría la Sala optar por la determinación de reconocer sólo la pensión a base de los servicios prestados directamente

al Municipio de Medellín por el señor Delio de J. Paniagua desde el 11 de septiembre de 1927 hasta el 11 de junio de 1941, porque su cómputo sólo daría un total de trece años y diez meses, insuficiente para configurar tal derecho al tenor de la Ley 6ª de 1945 y 65 de 1946.

Ahora bien:

De conformidad con los artículos 109 y 111 del Código Contencioso Administrativo, en los juicios de esta índole son pertinentes las excepciones que se oponen a lo substancial de la acción y ellas pueden ser declaradas en la sentencia definitiva sin instancia de parte, cuando se encuentren justificados hechos u omisiones que las constituyen.

En el presente caso se ha configurado la excepción de la incompetencia de este fuero para decidir sobre la materia sub-judice, luego así debe reconocerse.

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 la sentencia apelada, y, en su lugar, declara probada en el presente juicio la excepción de incompetencia de jurisdicción, por lo que se abstiene de hacer las declaraciones solicitadas en la demanda que se falla.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Blas Herrera Anzoátegui (Conjuez). — **Carlos Didacio Alvarez** (Conjuez), con salvamento de voto. — **Herminsul Cortés Quiñones** (Conjuez). — **Arturo Tapias Pilonieta** (Conjuez). — **Marco A. Martínez Bernal**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR CARLOS DIDACIO ALVAREZ

Disiento de la totalidad de la sentencia, por las razones que, a continuación, expongo:

I

A) **Las excepciones dilatorias no existen dentro del procedimiento administrativo.** Dentro del procedimiento administrativo no son admisibles sino las excepciones que se oponen a lo sustancial de la acción (ofr. art. 109 del C.C.A.). La sentencia declara probada la excep-

ción de incompetencia de jurisdicción y, por consiguiente, se abstiene de hacer las declaraciones solicitadas en la demanda. Esta excepción, como no es de fondo, sino que difiere el ejercicio del derecho, no puede decirse que se oponga a lo sustancial de la acción; y, por ende, no es admisible en esta clase de juicios.

Dentro del procedimiento contencioso administrativo, las causales de excepciones dilatorias consagradas en el procedimiento ordinario se convierten en causales de **nulidad** (cfr. art. 113 del C.C.A.). De donde se deduce que, en el caso de que los argumentos aducidos en la parte motiva de la sentencia hubieran tenido validez, lo procedente habría sido decretar la nulidad de lo actuado, previa la tramitación legal correspondiente.

B) **La declaración de una nulidad dentro de los juicios que se siguen ante el contencioso administrativo está sometida a un trámite especial.** Este trámite lo señala el artículo 118 del C.C.A. Allí se prescribe que cuando en **cualquier estado del juicio** se observe una causal de nulidad, se ordenará ponerla en conocimiento de las partes, por medio de un auto que se notifica en la forma común. A la parte que tiene derecho a pedir la reposición le queda abierto el camino para ratificar lo actuado, si así lo considera oportuno y a ambas para alegar las razones que tengan en su defensa. Y, en el mismo artículo, en su segundo inciso, añade: "Cuando el expediente haya pasado al Tribunal o al Consejo de Estado para la decisión definitiva, corresponde a estas entidades mandar poner en conocimiento de las partes las causales de nulidad que se observan y resolver sobre ellas". Trámite que se omitió con el procedimiento adoptado, en el presente caso. Con lo cual se ha abierto la puerta para una nulidad de orden constitucional.

II

A) **Persona de derecho público.** Para mí no cabe la menor duda que la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia Limitada es una persona de derecho público. Por su origen, como que surge de la Ordenanza número 45 de 1939 expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia. Por su finalidad, cual es la de conseguir el desarrollo de los municipios asociados y el incremento de sus actividades mediante la construcción de acueductos, plantas eléctricas, obras de ornato y fomento de la pequeña industria; en fin, empresas públicas, sin ánimo de lucro, todas ellas. Por la misma naturaleza de las personas que constituyen la sociedad cooperativa, a saber, el Departamento y los Municipios de Antioquia. Por la sujeción al control oficial y dependencia del Estado. Y, en fin, por el patrimonio, ya que éste está formado por aportes del Departamento y los Municipios, aportes consistentes en una parte de las participaciones municipales en las rentas de Antioquia y

un porcentaje de rentas también señalado, por el Departamento. Dineros que proceden de fondos públicos y que por ser aportados a la Cooperativa no pierden su naturaleza.

....B)..¿Vínculo estatutario o vínculo contractual?

La argumentación de la sentencia está montada sobre una ficción legal. Aún aceptando, como lo acepta en gracia de discusión el ponente, que los servicios fueron prestados por el demandante a una entidad de derecho público, él supone que el vínculo es contractual, en virtud del artículo cuarto del decreto reglamentario 2127 de 1945. Pero esto no es así. Para mayor claridad transcribo, a continuación, el texto completo de la norma. "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".

De conformidad con el artículo transcrito, si se va a encajar la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia dentro de las "empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro", no es posible hacerlo. Porque la sociedad cooperativa, por su misma naturaleza legal, es ajena a los fines lucrativos (cfr. art. 23, Ley 134 de 1931). Si lo que se pretende es incluirla dentro de las "instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma", tampoco es posible. Porque la finalidad que persigue la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia Limitada no puede ser desempeñada por particulares ni los fondos que maneja están al alcance de éstos.

Por otra parte, al no estar establecida la naturaleza del vínculo dentro del proceso, si partimos del supuesto que la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia Limitada es una persona de derecho público, como no cabe la duda que lo es, lo que se impone es la necesidad de presumir la existencia de un vínculo estatutario y no de uno contractual.

De todo lo cual se concluye que el vínculo existente entre el demandante y la Cooperativa era un vínculo puramente estatutario y, por ende, que el asunto cae bajo la jurisdicción contencioso administrativa.

C) **El fallo que llegara a proferir la jurisdicción ordinaria abarcaría al Municipio de Medellín.**

El demandante, según aparece de autos, prestó servicios sin interrupción al Municipio de Medellín desde el 11 de septiembre de 1927 hasta el 11 de julio de 1941 y a la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia desde el 15 de julio del mismo año de 1941 hasta el 1º de noviembre de 1948. Nos encontramos, pues, ante uno de los casos contemplados en el artículo 29 de la Ley 6ª de 1945. Como, de conformidad con esta norma legal, los servicios prestados sucesivamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo en relación con la jubilación y el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengados en cada una de ellas, tenemos que el fallo que se llegara a proferir por la jurisdicción ordinaria, en el presente caso, abarcaría al Municipio de Medellín. Y, en consecuencia, tendríamos, entonces, que la jurisdicción ordinaria, ante la vigencia del capítulo XVIII, título IV del C.C.A., se vería obligada a declarar probada la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción, en el caso de que fuere alegada oportunamente. Y, al no ser propuesta oportunamente tendría que declarar la nulidad. Con lo cual se habría llegado al absurdo de dejar al actor sin juez ante quien recurrir.

Carlos Didacio Alvarez
Conjuez".

* * *

ORDEN DEPARTAMENTAL

DECRETOS DE LOS GOBERNADORES

INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS. I.—NATURALEZA DE LA RELACION DE TRABAJO EXISTENTE ENTRE ELLA Y SUS TRABAJADORES. Salvo la circunstancia de que por medio de este organismo descentralizado ejerce el Departamento de Caldas un monopolio para explotar la industria de licores, puede decirse que ella corresponde en un todo al concepto de actividad particular encaminada a obtener rendimientos pecuniarios. De ahí que los trabajadores de ese organismo, descentralizado o no, estén sujetos a un régimen legal de prestaciones sociales idéntico al previsto para los asalariados bajo dependencia de un patrono de derecho común. II.—PRIMAS DE SERVICIO Y NAVIDAD DE SUS SERVIDORES. Legalidad del artículo 5º del Decreto Nº 1079 de 1960 dictado por el Gobernador de Caldas, que declaró oficialmente, por parte del Gobierno Departamental, no estar obligado a hacer extensivo a los trabajadores de la Industria Licorera de Caldas el pago de la Prima de Navidad decretada en favor del personal de la administración seccional, pues ellos gozan de una prima de servicios que la involucra, de acuerdo con la convención colectiva de trabajo celebrada entre dicha empresa y el sindicato de sus trabajadores el 18 de marzo de 1960.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, veintisiete de junio de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. RICARDO BONILLA GUTIERREZ)

REF: Exp. Nº 1657. Actos de los Gobernadores. Actor: Sindicato de Trabajadores Industria Licorera de Caldas. Nul. Art. 5º Dec. 1079, Dic. 9, 1960. Gobernación Depart. Caldas. Apel. Sent. Trib. Adm. Caldas de Ago. 30, 1961.

En virtud de apelación interpuesta por el apoderado de la entidad demandante contra la sentencia proferida por el correspondiente Tribunal Administrativo, conoce esta Sala del juicio promovido por el Sindicato de Trabajadores de la Industria Licorera de Caldas, en acción de plena jurisdicción, para que

"se decrete la nulidad del artículo 5º del Decreto 1079 de diciembre 9 de 1960"

proferido por el Gobernador de ese departamento,

"y en su lugar se declare que los empleados y obreros de la Industria Licorera de Caldas tienen derecho a la prima de Navidad reconocida por la Ordenan a 21 de noviembre de 1958, vale decir que se les restablezca su derecho a cobrar dicha prima".

La sentencia recurrida denegó las peticiones de la demanda.

Habiéndose cumplido las ritualidades de la segunda instancia sin que se observe causal de nulidad, se procede a dictar el fallo, teniendo en cuenta lo siguiente:

ANTECEDENTES

Los hechos de la demanda pueden sintetizarse así:

1º—La Asamblea de Caldas expidió la Ordenanza Nº 21 del 18 de noviembre de 1958. Esta dispuso que se pagara a los empleados y obreros al servicio del Departamento una prima anual de Navidad equivalente al cincuenta por ciento de la remuneración mensual que devenguen y con base en la asignación señalada al respectivo cargo el 30 de noviembre de cada año. El artículo 3º dispone que la prima se pague a quienes hayan servido al Departamento un tiempo menor en proporción a una doceava parte de la prima por cada mes completo servido durante el año, tomando como base la remuneración devengada en el último mes trabajado.

2º—El 26 de noviembre de 1958 el Gobernador dictó el Decreto 1.125 reglamentario de la Ordenanza arriba citada, que se dice fue demandado en acción de nulidad por contravenir aquélla.

3º—El 9 de diciembre de 1960 la Gobernación expidió el Decreto 1079, sobre la forma en que debe pagarse la prima de Navidad decretada por la Ordenanza 21 de 1958. El artículo 5º, cuya nulidad se demanda, dice:

"Se exceptúan del pago de la prima de Navidad los empleados y obreros de la Industria Licorera de Caldas, quienes gozan de la prima de servicios y de acuerdo con lo estipulado en la cláusula décimoctava (18ª) de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre dicha Empresa y el Sindicato de Trabajadores de la misma, el día 18 de marzo del presente año".

4º—La Ordenanza, por su calidad, no necesitaba ser reglamentada en la forma en que se hizo por medio de los decretos citados y ellos sobraban.

5º—Las disposiciones del Decreto 1.079 de 1960, "especialmente el artículo 5º, desvirtúan las contenidas en la Ordenanza, ya que mientras ésta reconoce la prima de Navidad a todos los empleados y obreros que prestan sus servicios al Departamento... sin hacer exclusión

de obreros ni empleados de ninguna dependencia, el Decreto 1.079 excluye al personal que presta sus servicios a la Industria Licorera de Caldas, poniendo como motivo para tal exclusión el que gozan de una prima de servicios pactada en convención celebrada entre el Sindicato y la Empresa".

6º—El Gobernador —se sostiene en la demanda— carecía de atribuciones para modificar y derogar la Ordenanza, como lo hizo en los artículos 5º y 7º del Decreto 1.079, el cual viene a ser una especie de decreto reglamentario.

7º—Se extiende sobre consideraciones doctrinales sobre lo que debe ser un decreto reglamentario.

8º—La Ordenanza 21 de 1958 no excluyó a ningún empleado u obrero al servicio del Departamento "del beneficio de la prima de Navidad, no obstante que para la fecha en que ella fue expedida el personal de la Industria Licorera de Caldas estaba disfrutando también de la prima de servicios que se había pactado en la convención firmada entre el Sindicato y la Empresa el día 31 de julio de 1958". Tampoco contiene la Ordenanza disposición que autorice al Gobernador para reglamentarla.

9º—Se sostiene que "la prima de Navidad es considerada por la ley como salario y éste está amparado por la ley. No se puede vulnerar por ninguna disposición legal y no se puede renunciar". El Gobernador en su Decreto 1.079 vulnera el irrenunciable derecho de los dependientes de la Empresa Licorera.

Como normas superiores violadas menciona la demanda los artículos 16, 20 y 30 de la Constitución Nacional, la propia Ordenanza 21 de 1958, expedida por la Asamblea Departamental, extralimitándose en la potestad reglamentaria, con desviación de poder, y el parágrafo 1º del artículo 6º del Decreto 1.060 de 1947.

Al notificarse la demanda al Gobernador, constituyó apoderado en el juicio. Este se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas, alegando, en síntesis:

1º—Que por virtud de la Ordenanza número 62 del 28 de noviembre de 1958 que constituyó la Industria Licorera de Caldas en organismo descentralizado, con personería jurídica y patrimonio propios, sujeta a la dirección y administración de una Junta Directiva y de un Gerente, etc., "los empleados y obreros (de esa Industria) no son trabajadores al servicio directo de la Entidad de derecho público denomi-

nada 'Departamento de Caldas', sino de dicha "Empresa autónoma, con capital propio, con fines de lucro", etc. (Para demostrar este hecho trajo a los autos la Ordenanza citada).

2º—Sostiene que en **virtud de la misma Ordenanza "los trabajadores** al servicio de la Empresa denominada 'Industria Licorera de Caldas' no tienen el carácter de empleados u obreros al servicio de la Administración Departamental, sino que su vínculo contractual o de relación laboral lo tienen exclusivamente con la nombrada Empresa".

3º—Si se considerara que la Industria Licorera de Caldas, no es una empresa industrial con todas las características antes enunciadas, "sino una simple dependencia del Departamento" y "sus trabajadores estuvieran vinculados por contrato o relación laboral directamente con la entidad 'Departamento de Caldas' entonces **la PRIMA DE NAVIDAD** se confundiría necesariamente con las primas de servicio que vienen recibiendo y continuarán percibiendo como trabajadores de la nombrada Empresa y en virtud de Convenciones Colectivas de Trabajo celebradas al efecto". Cita el artículo 308 del C.S. del T. y agrega: Ahora bien: Con fecha 30 de julio de 1958 se celebró entre la Industria Licorera de Caldas y el Sindicato de Trabajadores de la misma Empresa una convención colectiva de trabajo en cuyo artículo 2º se pactó: 'La Empresa reconocerá y pagará a todos sus trabajadores una prima de servicio, equivalente a quince días de salario por cada año de servicio y proporcionalmente a las fracciones de año. Dicha prima se pagará total el 20 de diciembre de cada año'. En el artículo 3º de esta Convención se estipuló: 'La prima de Navidad que el Gobierno Departamental decrete cada año para los servidores públicos, se hará extensiva a todos los trabajadores que prestan sus servicios a la Industria Licorera de Caldas y será compatible con la prima de servicios de que trata el artículo inmediatamente anterior'. Posteriormente, con fecha 18 de marzo de 1960, se celebró otra Convención Colectiva de Trabajo entre la Industria Licorera de Caldas y el Sindicato de Trabajadores de la misma. En la cláusula Tercera de esta última Convención, se pactó: 'La Empresa pagará a cada uno de sus trabajadores una prima de servicios equivalente al valor de un mes de salario por cada año de trabajo o proporcionalmente al tiempo trabajado, en la siguiente forma: El valor de una quincena de salario el día 20 de julio de cada año; el valor de una quincena de salario el día 20 de diciembre de cada año". Obsérvese que de acuerdo con la cláusula que acaba de transcribirse el valor de la prima de servicio que había sido pactada en el artículo 2º de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 30 de julio de 1958 fue elevada al doble. Pero al mismo tiempo es necesario también poner de presente que en la misma Convención Colectiva, suscrita el 18 de marzo de 1960, bajo el parágrafo único de la Cláusula 18 se pactó expresamente lo siguiente: 'El Sindicato acepta

expresamente retirar del pliego y de la Convención Colectiva anterior suscrita entre la Empresa y el Sindicato el día 30 de julio de 1958, el punto que trata sobre Prima de Navidad'. Ese punto es precisamente el que se había consignado en el artículo 3º de la aludida Convención que disponía que la prima de Navidad sería compatible con la prima de servicios pactada en la misma Convención. Pero como la prima de servicios fue elevada al doble en la última Convención Colectiva, en la misma el Sindicato, en forma expresa, convino en retirar el artículo relacionado con la Prima de Navidad y que había sido pactado en la Convención anterior".

4º—Se sostiene que "el Departamento de Caldas, en la hipótesis de que la Industria Licorera de Caldas no fuera una empresa autónoma, sino una simple dependencia del Gobierno Departamental, no estaría obligada a reconocer y pagar prima de Navidad a los trabajadores de la INDUSTRIA LICORERA independientemente de la prima de servicios que reciben, sino que la prima de Navidad se imputaría a la misma prima de servicios, por tener ésta origen en una Convención Colectiva de Trabajo y por disponerlo así el citado artículo 308 del C. S. del T."

5º—Considera que el artículo 5º del Decreto impugnado es un texto innecesario "porque la materia a que se refiere está regulada por el artículo 308 del C.S. del T. por lo cual no era necesario que una disposición departamental dijera que los empleados y obreros de la Industria Licorera de Caldas, por gozar de primas de servicios no tendrían derecho a prima de Navidad, con mayor razón si se considera que precisamente en Convención Colectiva de Trabajo se convino en que esa prima de servicios sería el equivalente a un mes de salario por cada año de trabajo o proporcionalmente al tiempo trabajado", conviniéndose, además, por acuerdo entre las partes, en que el Sindicato retiraba lo referente al cobro de la prima de Navidad. Termina diciendo el apoderado del Departamento que, aun cuando innecesaria, la norma del artículo 5º del Decreto 1.079 de 1960 no está afectada de nulidad, ya que no viola norma alguna superior, pues se limita a consagrar lo pactado en la última Convención celebrada entre el Sindicato y la Industria Licorera de Caldas, ajustando esa situación dentro de lo que dispone el citado artículo 308 del C.S. del T.

El señor Fiscal del Tribunal conceptuó en forma favorable a los razonamientos de la parte opositoria y, de acuerdo con él, se dijo en la parte motiva del fallo recurrido:

"No se necesita abundamiento jurídico ni transcripción de disposiciones legales para llegar a la conclusión jurídica, lógica y justa de que en verdad el Gobierno de Caldas no infringió ninguna norma superior

de derecho con el artículo 5º del Decreto 1079 de 1960, pues la sola lectura de lo que arriba se transcribió nos está diciendo que el Gobierno Departamental al dictar la norma que se acusa, no hizo sino ajustarse y atemperarse a la Convención Colectiva suscrita entre la Industria Licorera de Caldas y el Sindicato de la misma Empresa el 13 de marzo de 1960.

"Es de esperar que los pactos o convenciones suscritos entre patronos y obreros se cumplan seria y lealmente, porque ellos han sido celebrados con sujeción a las normas legales que informan tales clases de convenios; ellos han sido celebrados de buena fe y cada parte espera, naturalmente que la otra dé cabal aplicación a lo pactado y que si hay envuelta alguna aspiración justa por parte de los obreros o empleados, ella sea resuelta por la vía legal correspondiente ,sin tratar de modificar las estipulaciones pactadas acudiendo a otras vías".

"En el caso sub-judice el Sindicato de Trabajadores de la Industria Licorera de Caldas, pactó solemnemente con la Empresa que retiraba sus aspiraciones —ellas pueden ser justas— a que se les pagara la prima de Navidad, seguramente en virtud de que por medio de la cláusula tercera de la Convención celebrada el 18 de marzo de 1960, la Empresa les reconocía una prima de servicios equivalente al valor de un mes de salario por cada año de trabajo o proporcionalmente al tiempo trabajado. Y ahora quieren que se les pague no sólo la prima de servicios, sino también la de Navidad; es decir, aspiran a dos primas en el año, cosa que no está consagrada en nuestra legislación, ni en la Ley 6ª de 1945 que regula las prestaciones sociales entre el Estado y sus servidores, ni en el Código Sustantivo del Trabajo que regula esas mismas prestaciones entre particulares.

"Por consiguiente, el Gobierno de Caldas no ha violado al dictar el acto que se acusa de nulidad, ninguna de las disposiciones constitucionales y legales que se citan en la demanda".

Después entró el Tribunal a refutar cada una de las tesis de la demanda.

En su oportunidad, el señor Fiscal Primero del Consejo de Estado, doctor Francisco José Camacho Amaya, en breve concepto sintetiza las razones expresadas por la parte opositora y admitidas por el Tribunal, para terminar declarándose en el sentido de que debe confirmarse la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Uno de los puntos que se han controvertido en esta litis es el de

si el Departamento de Caldas, como persona de derecho público, estaba o no obligado a seguir reconociendo y pagando a los trabajadores de la Industria Licorera de Caldas —convertida en organismo autónomo con personería y patrimonio propios en virtud de la Ordenanza Nº 62 de 1958— la prima de Navidad que para los empleados y obreros al servicio del Departamento había dispuesto pagar por medio de la Ordenanza Nº 21 del mismo año, sancionada diez días antes que aquélla.

A este propósito conviene recordar que las personas de derecho público —es decir, la Nación, los Departamentos, las Intendencias y Comisarías y los Municipios— se considerarán patronos para el efecto de aplicarles la legislación del trabajo en sus relaciones con el personal dedicado a construcción y sostenimiento de las obras públicas y con el de las empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que dichas entidades exploten con ánimo de lucro. Así quedó establecido por el artículo 14 del Decreto Legislativo 2.350 de 1944, reproducido en lo esencial por el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 y por el artículo 3º de la Ley 19 de 1946. El artículo 3º de la Ley 90 de 1946 extendió la asimilación a trabajadores particulares de quienes sirvieran "en las empresas o institutos comerciales, industriales y forestales" pertenecientes a las personas de derecho público o en que éstas sea naccionistas o copartícipes. A la luz de las disposiciones citadas la Industria Licorera de Caldas, en sus relaciones con sus trabajadores debe mirarse como un patrono particular, ya como dependencia administrativa sin personería ni patrimonio propio —como parece que lo era antes de convertirse en empresa autónoma—, o ya como empresa descentralizada, dotada con patrimonio especial y personería jurídica por el Departamento para el objeto que determina el artículo 6º de la Ordenanza número 62 de 1958. Dicho objeto es el que la caracteriza como patrono común en el plano del derecho laboral. Dice el artículo: "La Industria Licorera de Caldas tendrá a su cargo la fabricación, distribución y venta de alcohol y de los licores sujetos al monopolio departamental, así como la de cualesquiera otros productos derivados del alcohol y subproductos. Podrá también dedicarse a la importación y venta de licores extranjeros y nacionales". Salvo la circunstancia de que por medio de este organismo descentralizado ejerce el Departamento un monopolio oficial para explotar tal industria, puede decirse que ella corresponde en un todo al concepto de actividad particular encaminada a obtener rendimientos pecuniarios. De ahí que a los trabajadores de ese organismo, descentralizado o no, les corresponda un régimen legal de prestaciones idéntico al previsto para los asalariados bajo la dependencia de un patrono de derecho común.

Por eso se explica que por medio de una Convención Colectiva de Trabajo entre la Industria Licorera de Caldas y el Sindicato de Trabajadores se hubiera pactado el 18 de julio de 1958 (antes de la total des-

centralización de aquélla) el pago de una prima de servicios, equivalente a quince días de sueldo por año de trabajo y proporcionalmente a las fracciones de año. Y se explica también que en aquella Convención se hubiera dicho que la prima de Navidad que el Gobierno del Departamento decretara cada año para sus servidores se haría extensiva a quienes dependieran de la Industria Licorera y sería compatible con la prima de servicios. Como puede observarse de las cláusulas de la Convención, la prima de servicios consistente en el equivalente de quince días de salario por año de trabajo o su proporción por racciones de año, era una obligación contractual del Departamento por conducto de la Industria Licorera. En cambio, la llamada prima de Navidad quedaba subordinada a que el Gobierno Departamental la decretara para sus trabajadores anualmente. Pero si la decretaba, ella se haría extensiva al personal de la citada Industria sin perjuicio de la prima de servicios pactada.

Al expedirse la Ordenanza número 21 de 1958 todo el personal de empleados y obreros al servicio del Departamento de Caldas quedó incluído en ese bene icio, es decir, en esa prestación voluntaria de la entidad departamental para sus trabajadores. Automáticamente, en razón de la voluntad manifestada por la corporación administrativa con acultades para tomar esa decisión, y como consecuencia del pacto colectivo vigente, los servidores departamentales adscritos a la Industria Licorera de Caldas adquirieron el derecho a la prima anual de Navidad. Al organizarse ésta como empresa con personalidad jurídica propia no dejaba de estar vinculada al pacto que ella misma había suscrito y que por su conducto obligaba también a la entidad jurídica Departamento de Caldas. La icción de la personalidad jurídica propia de la Industria Licorera es un procedimiento desde muchos puntos de vista conveniente para administrar el patrimonio que el Departamento le ha entregado y realizar mejor su objeto, como si se tratara de una persona particular que posee un establecimiento industrial para explotarlo en la orma más e iciente. Pero el Departamento, —por medio de quienes legalmente administran su patrimonio y pueden disponer de él con las consabidas limitaciones— sigue siendo en realidad el propietairo exclusivo de su Industria Licorera y del mismo modo que le dio un patrimonio y la invistió de una personería autónoma con prescindencia del régimen administrativo común para que cumpliera el objeto que le determinó, está acultado para disponer, cuando lo juzgue conveniente, que vuelva dicho establecimiento a depender de su administración y que sus bienes se sumen de nuevo al patrimonio ordinario. El día que tal evento ocurriera el activo y pasivo de la persona jurídica elimnada por quien la creó volverían a ser parte del activo y pasivo departamental, con todas sus consecuencias.

Por las razones expresadas no puede aceptarse la tesis de que la

organización de la Industria Licorera de Caldas como persona jurídica con patrimonio propio desvinculara al Departamento de las obligaciones ya contraídas por él ante el personal de trabajadores de dicha empresa.

Funcionando ya la Industria Licorera como empresa dotada de personalidad jurídica independiente, celebró con el Sindicato de sus trabajadores una nueva Convención Colectiva con fecha 18 de marzo de 1960. Se pactaron varias de las mejores condiciones a que los trabajadores sindicalizados aspiraban y, en materia de prima de servicios, se convino en la cláusula tercera:

"La Empresa pagará a cada uno de sus trabajadores una prima de servicios equivalente al valor de un mes de salario por cada año de trabajo o proporcionalmente al tiempo trabajado, en la siguiente forma: el valor de una quincena de salario el día 20 de julio de cada año; el valor de una quincena de salario el día 20 de diciembre de cada año".

Quedaron así reunidos en la prima de servicios el valor de la antigua prestación pactada con ese nombre y otro tanto, equivalente al valor de la prima de Navidad que los trabajadores de la Industria Licorera podrían cobrar cuando el Gobierno Departamental la decretara para todo el personal de su servicio. Podría decirse que el contenido de esa cláusula solamente significaba una justa alza de la prima de servicios que venía rigiendo. Pero en la décima-octava se dijo que continuaban vigentes las estipulaciones de la Convención de 1958 que no fueran contrarias a la actual y se agregó este parágrafo:

"El Sindicato acepta expresamente retirar del pliego y de la convención colectiva anterior suscrita entre la Empresa y el Sindicato el día 30 de julio de 1958, el punto que trata sobre prima de Navidad".

Esto expresa de la manera más clara que el Sindicato se daba por satisfecho con la nueva prima de servicios pactada y, a cambio de esta conquista permanente, obtenida en el campo contractual y no sujeta, por tanto, a cambios debidos a decisiones unilaterales del Departamento —como ocurre con la prima de Navidad para trabajadores oficiales— renunciaba a lo convenido en el Artículo Tercero de la Convención que en el parágrafo se cita. La Convención de marzo de 1960 representa, así considerada, un avance y no un retroceso en la situación de los trabajadores de la Industria Licorera en cuanto hace a la prestación de que se trata.

Con la Convención Colectiva de marzo de 1960 quedaron los trabajadores de la Industria Licorera de Caldas simplemente en las condiciones previstas por el artículo 306 del C.S. del T., si es que el capital de la empresa es de $ 200.000.00 o más, como es presumible. Y estas condiciones son superiores a las de los trabajadores oficiales, pues la prima de Navidad para ellos es un simple beneficio unilateral que puede serles otorgado o no, según las circunstancias. En cambio, la empresa industrial departamental con fines lucrativos se considera como un patrono particular, como arriba se explicó, y por obligación legal, sumada ahora a la contractual, debe pagar a sus trabajadores la prima de servicios de que trata el artículo 306, ya citado. Por lo demás, esta prima no es salario, ni se computará como factor del salario, según lo establece el artículo 307. Es atinente al caso —como lo ha sostenido el apoderado del Departamento— el artículo 308 del mismo Código Sustantivo del Trabajo, que dice:

"Las empresas que por pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales o reglamentos de trabajo estén obligadas a reconocer a sus trabajadores primas anuales o primas de Navidad, tendrán derecho a que el valor de estas primas se impute a la obligación de que trata el presente capítulo, pero si la prima de servicios fuere mayor deberán pagar el complemento".

En conclusión de lo razonado el artículo 5º del Decreto 1.079 de 1960, dictado por el señor Gobernador de Caldas no viola ninguna de las disposiciones legales citadas en la demanda. Se limitó a hacer oficialmente, por parte del Gobierno Departamental, la declaración de que no estaba obligada esa entidad a hacer extensivo a los trabajadores de la Industria Licorera de Caldas el pago de la prima de Navidad Decretada en favor del personal de la administración, por las razones que allí se expresan. Y estas razones, como se ha demostrado, están ajustadas a la legalidad.

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

F A L L A :

Confírmase la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, revalídese el papel común, y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez D. — Alvaro León Cajiao B., Secretario.

ORDEN DEPARTAMENTAL

RESOLUCIONES DE LOS GOBERNADORES

CONTROL DE ARRENDAMIENTOS. No es válido el argumento según el cual los Decretos 1070 de 1956, 699 de 1957 y 210 de 1958 definieron una verdadera contravención; que la materia sobre que versan es de naturaleza policiva penal y que, por ende, las providencias que en su virtud profieran los Gobernadores Departamentales y el Alcalde Distrital de Bogotá están sustraídas del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, según el numeral 2º del artículo 73 del C.C.A., porque por ministerio de la ley, el conocimiento de tales contenciones quedó definido como un asunto puramente administrativo, y, en consecuencia, los actos proferidos en estos casos por autoridades administrativas tienen que entenderse comprendidos en la regla general de que son susceptibles de acciones ante la correspondiente jurisdicción.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, cuatro de julio de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. RICARDO BONILLA GUTIERREZ)

REF: Exp. Nº 2514. Apelación de autos interlocutorios. Actor: Alberto Palau. Nul. Resolus. 2290 de Ago. 4, 1959, Gobernación del Valle y de Jun. 10, 1960, Ministerio Fomento. Apel. auto de Sept. 3, 1962, Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Surtido el trámite respectivo, ha llegado la oportunidad de resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por el demandante Dr. Alberto Palau contra el auto dictado por el Tribunal Administrativo del Valle el 3 de septiembre de 1962, por medio del cual declaró nulo todo lo actuado en el presente juicio, a partir del auto admisorio de la demanda.

La razón invocada por el Tribunal para dictar ese proveído es la de que la jurisdicción contencioso administrativa es incompetente para conocer de una demanda como la presentada por el doctor Palau en acción de plena jurisdicción contra las resoluciones del Gobernador del Departamento del Valle y del Ministro de Fomento que ordenaron al demandante devolver al señor Arnulfo Chalá, su antiguo inquilino, una suma de dinero que había recibido de más en relación con el canon de arrendamiento que tenían pactado cuando entró en vigencia el Decreto Legislativo 1.070 del 9 de mayo de 1956.

El proveído recurrido se dictó cuando, emitido el concepto fiscal, había llegado la oportunidad para dictar el fallo de primera instancia.

Existe, además, el antecedente de que por medio del primer auto dictado en este negocio, el personal anterior del Tribunal se abstuvo de admitir la demanda, considerando que aunque la actuación administrativa había comenzado en la Gobernación del Valle, había culminado en el Ministerio de Fomento, en razón de la alzada interpuesta por el propio doctor Palau contra la resolución del Gobernador, y que, por tanto, si el asunto era de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa la demanda hubiera debido presentarse ante el Consejo de Estado, ya que iba enderezada contra el acto ministerial que puso fin a dicha actuación. Pero, recurrido aquel auto, se admitió por fin la demanda. Esta cuestión se estudiará más adelante porque versa también sobre incompetencia de jurisdicción que genera nulidad.

Actuando ya personal distinto, el 21 de julio de 1961, el Tribunal se abstuvo de decretar la suspensión provisional de los actos impugnados y planteó desde entonces la tesis siguiente:

"El Decreto 1.070 de 1956, al prohibir a los arrendadores cobrar cánones de arrendamiento superiores a los que tenían los inmuebles de que allí se habla en 31 de diciembre de 1955, definió una verdadera falta o contravención; y los decretos 699 de 1957 y 210 de 1958, al ordenar la devolución a los arrendatarios de los excedentes de arrendamientos y al indicar la forma, pruebas y funcionarios competentes para imponer la devolución, establecieron una sanción para los contraventores, procedimiento para enjuiciar la contravención, y un fallo para decidir si el sindicado ha incurrido en la contravención y si le es aplicable la penalidad".

"La materia de los decretos mencionados es clara y específicamente de policía penal, una vez que al instituír la prohibición, la sanción, el juicio y el fallo antedichos, regulan el sector de la actividad económica relativo al precio de los arrendamientos, con la finalidad de impedir el encarecimiento, el abuso y la especulación de los arrendadores y las perturbaciones y perjuicios de orden social que estos excesos acarrean".

En el mismo auto, después de explicar que las providencias administrativas impugnadas en la demanda fueron dictadas en aplicación de los Decretos que había citado antes, se agrega:

"No cabe, pues, duda de que las providencias enjuiciadas fueron dictadas por el Gobernador del Valle y el Ministro de Fomento en ejercicio de una función jurisdiccional, en juicio de policía penal".

Y remata su razonamiento así:

"Esta clase de resoluciones, con arreglo al artículo 73, ordinal 2º de la Ley 167 de 1941, están sustraídas del conocimiento de la juris-

dicción de lo contencioso administrativo; por lo cual este Tribunal es incompetente para enjuiciar, por la vía del recurso de anulación o de restablecimiento de derechos violados, los dos actos acusados por el doctor Palau".

Los transcritos razonamientos son los mismos en que se fundó luego el Tribunal en la motivación del auto recurrido para declarar nulo todo lo actuado, a partir del auto admisorio de la demanda.

Para resolver se considera:

De varios juicios ha conocido esta Corporación sobre demandas incoadas contra resoluciones idénticas a las que son objeto del presente. Y hasta ahora no se había manifestado por quienes han intervenido en esos juicios el concepto de que tales actos estén sustraídos del conocimiento de esta jurisdicción por tratarse de decisiones en juicios de policía penal, como se sostiene en el auto que se estudia.

Esta Sala tuvo oportunidad de considerar cuál es el verdadero alcance del ordinal 2º del artículo 73 del C.C.A. en dos ocasiones recientes. Y los resultados de ese estudio están contenidos en los autos de 2 de febrero de 1962, con ponencia de quien ha escrito la presente, y de 2 de marzo del mismo año, con ponencia del H. Consejero Dr. Alejandro Domínguez Molina. Corren publicadas esas providencias en las páginas 262 a 273 del Tomo. LXIV (Nos. 397 y 398) de los Anales del Consejo de Estado.

En los casos considerados se trataba de actos de un Alcalde Municipal apelados para ante la Gobernación del Departamento y de las consiguientes resoluciones del Gobernador con que terminó la ctuación gubernativa. Podía haber motivos de duda sobre si los actos impugnados eran decisiones recaídas en juicios de policía penal o civil, y por tanto no acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa, según lo previsto en el ordinal 2º del artículo 73 del C.C.A.

La duda sobre la naturaleza de los actos por los cuales imponen sanciones tales jefes ordinarios de policía proviene de que en ellos confluyen la competencia jurisdiccional para reprimir delitos y contravenciones asimilables a aquéllos y la administrativa para conocer de infracciones a normas que no son estrictamente de naturaleza penal. Como se dijo en los autos de esta Sala citados arriba, el ordinal 2º del artículo 73 del C.C.A., en cuanto excluye del control jurisdiccional contencioso administrativo las resoluciones en los juicios de policía de naturaleza penal, se refiere tan sólo a aquellas en que los funcionarios comunes de policía juzgan y sancionan delitos definidos como tales en

el Código de la materia o hechos contravencionales definidos y sancionados por normas protectoras del orden público y la seguridad general, aún cuando muchas veces tales hechos no generen un daño directo a persona determmada.

La Sala ha reconocido que en casos concretos puede ofrecer dificultades la diferenciación entre las resoluciones de policía de naturaleza penal enderezadas a reprimir contravenciones propiamente dichas y las puramente administrativas que dictan las autoridades comunes de ese orden para imponer sanciones. Pero como la excepción debe interpretarse estrictamente, sólo cuando sea claro que la resolución de que se trate pone término a un juicio de policía adelantado por delitos o contravenciones penales, debe declararse incompetente la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de la acción instaurada contra ella.

Ahora bien, en el caso que se estudia no se presenta confusión alguna respecto de la naturaleza simplemente administrativa de los actos acusados. En primer lugar, no fueron ellos proferidos por autoridades ordinarias de policía. Esto es así porque los Gobernadores de los Departamentos lo son únicamente cuando deciden en segunda instancia sobre los actos de sus inmediatos agentes, los Alcaldes. Aquí la resolución de primera instancia fue dictada por el Gobernador en virtud de la competencia especial que a estos funcionarios atribuyó el Decreto número 210 de 1958, y fue confirmada, mediante apelación, por el Ministerio de Fomento. Esto bastaría para clasificar los actos demandados como de simple policía administrativa para el efecto de admitir que ellos están sometidos al control jurisdiccional respectivo, conforme a las reglas generales del Código de la materia.

Pero, además, la Sala no encuentra evidente la naturaleza de contra ención penal que en el auto recurrido se le atribuye a la infracción del Decreto Legislativo 1.070 de 1956 y de su reglamentación, contenida en el 699 de 1957. El primero de los ordenamientos citados, "por el cual se congelan los precios de los arrendamientos", impuso a los arrendadores de inmuebles urbanos en ciértas ciudades restricciones al ejercicio del derecho de propiedad sobre estos en materia de contratación para arrendarlos. Y ello se estableció con el ostensible propósito de proteger a los arrendatarios contra posibles abusos en los precios y defenderlos de la voluntad unilateral de los arrendadores que pretendieran desalojarlos a la expiración de los contratos por no someterse a condiciones más onerosas. Al Ministerio de Fomento se le dio competencia para conocer "de oficio o a solicitud de parte" lo relativo al cumplimiento de aquella norma de jerarquía legislativa. El conocimiento oficioso encomendado al Ministerio podría inclinar a creer que la norma tendría que ser cumplida hasta contra la voluntad

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

de los arrendatarios a cuya protección está destinada, pero se advierte muy bien que para éstos es facultativo invocarla en defensa de su interés o no. El Decreto Reglamentario 699 de 1957 pone más de relieve todavía que se quiso consagrar en favor de los arrendatarios un derecho de naturaleza civil y de cuyo ejercicio pueden prescindir. Salta entonces a la vista que no se trata de una norma de naturaleza penal. En efecto, dicho decreto para darle operancia al derecho consagrado en favor de los arrendatarios contra la elevación unilateral de los cánones pactados y vigentes el 31 de diciembre de 1965, estableció para ante el Ministerio de Fomento una especie de acción de los arrendatarios contra los arrendadores que no se allanen a devolverles lo pagado en exceso. La petición del arrendatario promueve una contención con el arrendador y el decreto señala el trámite. Si la decisión favorece al peticionario se le ordena al arrendador reembolsarle lo que le cobró ilegalmente. Y esto no puede entenderse como una pena, sino como el restablecimiento del derecho particular amparado por la norma violada.

Al llegar a este punto no sobra recordar que por sentencia de esta Sala, de fecha 9 de diciembre de 1960, se declararon nulas algunas disposiciones del citado decreto reglamentario, en cuanto infringen normas legales en materia probatoria y en cuanto se establece en su artículo 5º que la resolución por la cual se ordena la devolución de los excesos pagados presta mérito ejecutivo (1). Por lo demás, es evidente que el conocimiento de esta contención sobre derechos civiles entre particulares hubiera debido atribuírse a los respectivos jueces, ajustándose a los principios sobre separación de funciones entre las ramas del poder público. Sin embargo, ya se había establecido en el Decreto Legislativo 1.070 que a una autoridad administrativa, el Ministerio de Fomento, correspondería conocer de las infracciones a sus normas. Y sólo una norma legislativa puede disponer cosa distinta en materia de competencia. El Decreto Legislativo 210 de 1958 no puso fin a esa anomalía jurídica, sino que se limitó a hacer más accesible a los arrendatarios el ejercicio de su facultad, llevando al conocimiento de los Gobernadores de los Departamentos y al del Alcalde Distrital de Bogotá sus peticiones de devolución de excesos cobrados por arriendos, pero dejando siempre al Ministerio de Fomento la decisión definitiva, mediante el recurso de apelación contra lo decidido por aquellos funcionarios. Quedó así el conocimiento de tales contenciones como un asunto administrativo por ministerio de la ley. Y, en consecuencia, los actos proferidos en estos casos por autoridades administrativas tienen que entenderse comprendidos en la regla general de que son susceptibles de acciones ante la correspondiente jurisdicción.

No puede, pues, admitirse como razón para anular este juicio desde el auto admisorio de la demanda, la invocada por el Tribunal en la providencia recurrida.

En cambio, para esta Sala es indudable que el Tribunal es incompetente para conocer de este juicio porque las dos resoluciones impugnadas fueron dictadas dentro de un procedimiento administrativo que culminó, y tenía que culminar necesariamente, con la decisión ministerial que agotó la vía gubernativa. Se trata, por consiguiente, de un acto ministerial que confirmó el del Gobernador y aunque la acción se dirige contra ambos la competencia para conocer de ella se rige por la jerarquía del funcionario del orden nacional cuya decisión puso fin al proceso gubernativo. Y de los recursos o acciones contra decisiones de los Ministerios que pongan fin a una actuación administrativa, conoce el Consejo de Estado, en única instancia según el ordinal 10) del artículo 34 del C.C.A.

Por esta razón es el Tribunal incompetente para conocer de la demanda instaurada por el doctor Palau. Obvios motivos de economía procesal obligan a esta Sala a declarar de una vez que lo actuado en este juicio es nulo por incompetencia de jurisdicción, aunque basándose en consideraciones distintas de las que motivaron el auto recurrido. Así, pues, procede confirmarlo.

En mérito de lo expuesto, y por la razón últimamente expresada, SE CONFIRMA el auto que fue materia del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez D. — Alvaro León Cajiao B., Secretario.

---

(1) No publicada aún. Tomo Copiador Nº 88 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, folio 128: "... el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

"F A L L A :

"1º—Niégase la nulidad solicitada del artículo 1º del Decreto Ejecutivo Nº 699 de 1957, por el cual se reglamenta el Decreto Nº 1070 de 1956.

"2º—Declárase la nulidad de los ordinales b) y c) del artículo 3º del Decreto Ejecutivo Nº 699 de 1957, en cuanto ellos puedan hacer referencia a "contratos" y "recibos de pago" que no reúnan los requisitos exigidos por los artículos 593 y 637 del C. de P. C. para tener el valor de plena prueba, y

"3º—Declárase la nulidad del artículo 5º del Decreto Ejecutivo Nº 699 de 1957, en cuanto a la frase que dice: "que prestará mérito ejecutivo".

ORDEN DEPARTAMENTAL

RESOLUCIONES DE LOS GOBERNADORES

PENSION DE INVALIDEZ. No es ilegal ni viola derecho alguno el acto administrativo que tras reconocer una pensión de invalidez, exige al beneficiario presentarse periódicamente para efectos de cerciorarse de la subsistencia de la invalidez que motivó la pensión.

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., julio cinco (5) de mil novecientos sesenta y tres (1963).

(Consejero Ponente: Dr. JOSE URBANO MUNERA)

Por vía de apelación correspóndele hoy a esta Sala conocer de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 14 de noviembre último, proveído por el cual no se accedió a declarar la nulidad del artículo 3º de la Resolución Nº 58 de 9 de abril de 1962 dictada por la Secretaría de Higiene, Asistencia y Previsión Social del Departamento citado, ni a hacer las demás declaraciones solicitadas por el demandante.

Al señor Baudilio Santamaría Hernández se le concedió por la citada Secretaría una pensión de invalidez por el tiempo que dure su incapacidad por haber perdido sus facultades para laborar eficazmente cuando se encontraba al servicio de dicha entidad. En el artículo 3º del acto cuya nulidad se pide se dispuso que "el señor Santamaría Hernández queda obligado a presentarse cada seis meses al Director del Instituto Psiquiátrico San Camilo para que certifique su invalidez. Los gastos que se causen por este concepto serán por cuenta del interesado".

Sostiene el demandante que esta disposición subordina el goce de la pensión a una condición que la limita, con lo cual se viola un derecho adquirido que ampara la Constitución.

El señor Fiscal 2º es de parecer que se debe confirmar el fallo recurrido fundándose principalmente en que el artículo 17 numeral c) de la Ley 6ª de 1945, reconoce a favor de los empleados y obreros oficiales que hayan perdido su capacidad de trabajo una pensión de invalidez por todo el tiempo que dure la incapacidad.

El juicio se ha ceñido a las ritualidades legales, careciendo de consiguiente de vicios de nulidad y es el caso de proceder a fallarlo.

SE CONSIDERA:

Es obvio que si el Departamento de Santander contrajo la obligación para con el actor de pagarle una pensión mensual de invalidez, tiene a la vez el derecho de cancelar tal obligación cuando quiera que el pensionado recupere su salud y adquiera la aptitud física para trabajar. Y para hacer efectivo este derecho, precisamente en el artículo cuya nulidad se pide, se dispuso que cada seis meses debía presentarse a la oficina allí indicada a fin de que por ella se constatara si continuaba o no padeciendo de la invalidez que motivó la pensión. A todas las personas a quienes se le reconoce una prestación social de esta índole, sea de orden Municipal, Departamental o Nacional, se les exige periódicamente el examen que previó y ordenó la Secretaría de Higiene, Asistencia y Previsión Social del Departamento de Santander en la disposición que se ha acusado, la cual por esto no viola derecho ninguno puesto que si el actor continúa sufriendo la invalidez que causó la pensión tendrá derecho a seguir devengándola. Ahora bien, si para buena fortuna suya, esa invalidez cesare, entonces caducará su derecho a percibirla, pero en cambio, recuperada su salud podrá trabajar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Jorge de Velasco Alvarez. — José Urbano Múnera. — Guillermo González Charry. — Alfonso Meluk. — Marco A. Martínez B., Secretario.

ORDEN NACIONAL

ACUERDOS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES

EMPLEADOS SUBALTERNOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL. No gozan de estatuto alguno que les confiera el fuero de inamovilidad, sino que se encuentran sometidos al régimen jurídico de libre nombramiento y remoción, en virtud del Decreto Extraordinario Nº 1591 de 1954.

DERECHO A LA INAMOVILIDAD. Sólo puede tener origen en la ley; un acto administrativo de nombramiento no puede consagrarlo si no lo ha hecho la ley.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., 12 de julio de 1963.

(Consejero Ponente: Dr. CARLOS GUSTAVO ARRIETA)

REF: Expediente Nº 1.860. Autoridades Nacionales.

Demandante: Enrique Aarón Manjarrés.

Obrando por medio de apoderado especial y en ejercicio del contencioso privado de plena jurisdicción, el señor Enrique Aarón Manjarrés demandó del Consejo de Estado la declaratoria de nulidad del acuerdo número 76 de 13 de diciembre de 1961, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, por medio del cual se destituyó al actor, a partir del 11 de enero de 1962, del cargo de Portero-Escribiente de esa corporación y se designó en su reemplazo al señor Luis Rafael Codina Escallón. Como consecuencia y a manera de restablecimiento, se solicita en el libelo:

a) Que se ordene la restitución del demandante en dicho puesto; b) Que se ordene pagarle los sueldos que dejare de percibir desde la última fecha citada hasta cuando se produzca dicho reintegro; y, c) Que para efecto de prestaciones sociales se declare que no ha habido solución de continuidad en los servicios prestados por el actor.

La Sala sintetiza de la siguiente manera los hechos en que se apoya la acción:

Por medio del acuerdo número 8 de 11 de mayo de 1959, el Tribunal Superior de Santa Marta nombró al señor Enrique Aarón Manja-

rrés como Portero de la Sala Civil y Laboral de esa corporación, "para el período de cuatro (4) años a partir del 1º de los corrientes".

Posteriormente, mediante el acuerdo número 76 de 13 de diciembre de 1961, el demandante fue destituído de tal empleo, acto que, conforme a lo dispuesto en él mismo, surtió efectos desde el 11 de enero de 1962. El Tribunal fundó su decisión en las causales o circunstancias de que el actor desarrollaba actividades que "pugnan con su condición de empleado del Poder Judicial"; que obraba con descuido "en el manejo de los expedientes que pasan a su cuidado, y así dos de ellos estuvieron extraviados durante algún tiempo"; que no distribuía la revista de la corporación, o no lo hacía oportunamente; que en varias ocasiones había suscitado polémicas con los demás funcionarios subalternos, llegando a irrespetar al secretario; y, finalmente, que había tenido un incidente con el oficial mayor porque éste le había observado "que no debía procurar de los Magistrados dos pesos ($ 2.00), como hizo y obtuvo, para las estampillas para la cuenta por la Prima de Navidad, sino un peso ($ 1.00), que es lo señalado por la ley..."

Si bien es cierto que los hechos que se dejan relatados dan lugar a sanciones disciplinarias, conforme al decreto extraordinario número 3665 de 1950, no lo es menos que el Tribunal no puso en conocimiento del actor los actos y omisiones que se le atribuían, como tampoco ninguna prueba relativa a su conducta de empleado público. De esta manera, el demandante fue privado del derecho de defenderse, "porque no se le comunicó, ni se le notificó ningún cargo, ni nada".

Por tales razones, en el libelo se estima que el acuerdo enjuiciado es violatorio de los artículos 1º, 2º, 5º y 6º del decreto antes citado, y 26 y 28 de la Constitución Nacional.

En su concepto de fondo, el señor Fiscal Primero de esta corporación solicita que se acceda a las súplicas de la demanda, con apoyo en el siguiente planteamiento:

"Según consta en el expediente, el señor Aarón Manjarrés fue designado en propiedad para el período de cuatro años 1959 a 1963, como Portero de la Sala Laboral del Tribunal de Santa Marta, y por consiguiente su destitución debía ajustarse a los requisitos exigidos por los artículos 5º y 6º del decreto legislativo número 3665 de 1950, que es hoy ley de la República.

"Es necesario aclarar aquí que no se trata de entrar a desconocer los motivos invocados por el Tribunal para destituír al actor, sino de establecer que el empleado judicial está protegido, dentro de su perío-

do, por un 'status' de inamovilidad y sólo se permite su destitución cuando se haya observado el procedimiento reglamentario previsto para tal efecto en los citados artículos 5º y 6º del Decreto 3665 de 1950, es decir, que el inculpado tiene derecho a presentar sus descargos y pruebas antes de ser sancionado y el superior no puede proceder a destituírlo, así sea que existan graves motivos, violando tal reglamento".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al señor Fiscal colaborador le asistiría la razón en su planteamiento anterior si, en realidad, los empleados subalternos de la rama judicial del poder público se hallaran protegidos por algún estatuto legal que les otorgara el derecho de permanecer en sus puestos mientras no incurrieran en cualquiera de las causales que dan lugar a la destitución. No obstante, la Sala estima que, como en seguida se verá, esos funcionarios se encuentran sometidos al régimen jurídico de libre nombramiento y remoción y, de consiguiente, no gozan de la pretendida inamovilidad de que se habla en la demanda y en la vista fiscal.

La Ley 95 de 1946 dispuso en su artículo 5º que los empleados subalternos del órgano judicial, del ministerio público, de lo contencioso administrativo, de la jurisdicción del trabajo y jueces de instrucción criminal no podían ser destituídos ni trasladados a un cargo de inferior categoría "sino cuando exista causa legal y por medio de resolución motivada", acusable ante los organismos competentes. Esa norma fue interpretada por el Consejo de Estado en el sentido de que la inamovilidad en ella establecida en favor de tales funcionarios sólo comprendía el período para el cual hubiese sido designado el superior respectivo. (Anales, T. LVIII, números 367-371, página 44).

Posteriormente, el decreto extraordinario número 3665 de 1950 dispuso que los magistrados, consejeros de estado, jueces, agentes del ministerio público y los correspondientes empleados subalternos eran responsables de las faltas, omisiones e irregularidades en que incurrieran y, de consiguiente, estaban sujetos a las sanciones disciplinarias del caso, que impondría el superior respectivo. Se señalaron en ese estatuto dichas causales, así como las sanciones para cada evento, y se fijó el procedimiento para hacer efectivas estas últimas. Es oportuno observar que en el decreto analizado no se consagró ningún derecho o prerrogativa, sino que por medio de él se desarrollaron los preceptos superiores relacionados con esa materia.

Pero no obstante lo dispuesto en los dos estatutos comentados anteriormente, y en especial en el primero de ellos, el decreto extraordinario número 1591 de 1954, dijo: "Artículo 5º—Suspéndese el artículo 5º de la Ley 95 de 1946 y demás disposiciones legales que le sean contrarias al presente Decreto, el cual empezará a regir a partir del 1º

de junio de 1954". Esta regla estaba en vigencia en el momento en que se dictó el acuerdo enjuiciado en esta oportunidad, y aún lo está, en razón de los mandatos legales que prorrogaron la observancia de los ordenamientos expedidos con apoyo en el artículo 121 de la Constitución Nacional a partir de 1949.

En consecuencia, si la disposición que les otorgaba inamovilidad a los empleados subalternos del órgano judicial, de lo contencioso administrativo, del ministerio público y de la jurisdicción del trabajo fue suspendida por un estatuto que hoy se halla elevado a la categoría de ley, no puede alegarse con razón valedera alguna que tales funcionarios estén protegidos por ese derecho, desde luego que éste fue abolido en forma indefinida. Por lo tanto, resulta forzoso llegar a la conclusión de que en el caso estudiado, el actor se hallaba sometido al sistema de libre nombramiento y remoción.

Sin embargo, tanto en el libelo como en la vista fiscal se sostiene que el demandante se hallaba protegido en su cargo durante el período para el cual había sido designado y que mientras éste no se venciera, su remoción debía ajustarse al procedimiento consagrado en el decreto extraordinario 3665 de 1950. La Sala no comparte este planteamiento, por las siguientes razones:

Ciertamente que si en el acuerdo número 8 de 11 de mayo de 1959, por medio del cual el Tribunal Superior de Santa Marta nombró al actor como Portero de esa corporación, se dijo que la designación se hacía "en propiedad para el período de cuatro (4) años a partir del 1º de los corrientes, no lo es menos que la ley no ha establecido ese período para dicho puesto y que, por consiguiente, como antes se anotó, el demandante estaba sometido al régimen de libre nombramiento y sustitución. El derecho a la inamovilidad o a permanecer en un cargo público por un tiempo determinado sólo puede tener origen en la ley, pero no en un simple acto administrativo como el que se acaba de citar. Como consecuencia, la fijación del período de cuatro años que se hizo en dicho acuerdo no podía coartar la facultad expresa otorgada al Tribunal por la atribución 6ª del artículo 79 del Código Judicial para remover libremente al empleado.

De otro lado, si los textos analizados le conferían al Tribunal el poder discrecional de sustituír al actor en cualquier tiempo, esa corporación no estaba obligada a seguir un procedimiento especial, como el señalado en el decreto extraordinario número 3665 de 1950, ni a motivar el acto de destitución, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Debe anotarse, finalmente, que a conclusiones idénticas a las que se dejan esbozadas llegó la Sala en sentencia de 20 de septiembre de 1961, dictada con la ponencia del Consejero Alejandro Domínguez Molina en el juicio de Beatriz López Patiño.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de su colaborador fiscal,

F A L L A :

Niéganse las peticiones de la demanda formuladas por el señor Enrique Aarón Manjarrés, por conducto de apoderado especial.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez D. — Alvaro Cajiao Bolaños, Secretario.

* * *

ORDEN DEPARTAMENTAL

DECRETOS DE LOS GOBERNADORES

FUNCIONARIOS INTERINOS. (Reemplazo de ellos por otros de la misma índole). Cuando se presenta la vacancia absoluta de un cargo, la primera autoridad política puede designar el interino que deba reemplazarlo, para evitar que el respectivo servicio sufra interrupciones (art. 249 del C. de R. P. y M.); pero el funcionario interino así designado no puede ser removido por la misma autoridad cuando el cargo está siendo efectivamente desempeñado, aun cuando el período legal haya concluído. Sólo la autoridad competente para hacer el nombramiento en propiedad puede ejercitarla desalojando al funcionario en interinidad.

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

(Consejero Ponente: Dr. RICARDO BONILLA GUTIERREZ)

REF: Exp. Nº 16. Actos de los Gobernadores. Olimpo Cárcamo Bermúdez. Nul. Dec. 570 Sept. 3/57 Gobernador Departamento Córdoba que declaró insubsistente nombramiento Juez Departamental de Garantías Sociales. Apelación sentencia marzo 10/58, Trib. Administrativo de Córdoba.

El doctor Olimpo Cárcamo Bermúdez, mayor y vecino de Montería, abogado titulado, en su propio nombre, y en uso del contencioso de plena jurisdicción, demandó ante el Tribunal Administrativo de Córdoba,

"La nulidad del DECRETO NUMERO 00570 de 3 de septiembre de 1957, emanado de la GOBERNACION DE CORDOBA, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de JUEZ DEPARTAMENTAL DE GARANTIAS SOCIALES que yo venía desempeñando desde octubre de 1955, en virtud de nombramiento en interinidad hecho por la Gobernación de Córdoba, para **llenar la vacante** que se produjo con la renuncia presentada por el doctor Marco García Bustamante del cargo en referencia.

Asímismo pidió al Tribunal que,

"como consecuencia de la anulación del Decreto acusado, se ordene al Gobierno del Departamento el reconocimiento y el pago de los

sueldos que dejé de devengar en virtud del Decreto acusado, y se declare que no hubo solución de continuidad en el desempeño de mi empleo para los efectos de las prestaciones sociales a que tengo derecho".

Y advirtió:

"No pido el restablecimiento del derecho a ser nombrado en el cargo, por la circunstancia de que los Juzgados Departamentales de Garantías Sociales fueron suprimidos en virtud del Decreto N° 0271 de 29 de octubre de 1957 en su artículo 75".

Lo sustancial de los hechos expuestos en la demanda es lo siguiente:

"Por Decreto Nº 751 de 13 de octubre de 1955 el señor Gobernador del Departamento de Córdoba nombró **interinamente** Juez Departamental de Garantías Sociales al doctor Olimpo Cárcamo Bermúdez para llenar la vacante dejada por el doctor Marco García Bustamante, quien renunció. Casi dos años después, por Decreto Nº 570 de 3 de septiembre de 1957, también del Gobernador de Córdoba, fue declarado insubsistente aquel nombramiento, y en reemplazo del demandante se nombró **en interinidad** al doctor Hatuey Milanés Espinosa, quien tomó posesión el 6 de septiembre de 1957. El artículo 33 del Decreto Legislativo Nº 3000 de 13 de octubre de 1954 había dispuesto la creación del cargo de Juez Departamental de Garantías Sociales en cada Departamento, y que la Corte Suprema de Justicia hiciera la designación de las personas que debían desempeñarlo, de ternas que le pasaría el Presidente de la República, para períodos de dos años. Este decreto fue derogado por el 271 de 29 de octubre de 1957 de la Junta Militar de Gobierno, que principió a regir a mediados del mes de diciembre de 1957. Durante la vigencia del Decreto 3000, los Gobernadores como jefes de las Administraciones Departamentales, podían, por virtud de la Ley 4ª de 1913, designar, en interinidad, los nombrados Jueces de Garantías Sociales, cuando se presentaran vacantes; pero esa facultad era exhaustiva, o sea, que llenado el vacío, se agotaba, no pudiendo, por tanto, reemplazar a un interino, por otro interino. Y agrega el actor en su demanda presentada el 15 de septiembre de 1957, o sea, antes de la derogación del Decreto 3000:

"El Decreto número 00570 de la Gobernación del Departamento de Córdoba, por el cual se declaró insubsistente mi nombramiento y designó para reemplazarme en el cargo de Juez Departamental de Garantías Sociales de Córdoba al doctor Hatuey Milanés Espinosa, quien se posesionó y se encargo en virtud de él, es un Decreto cuyo objetivo no está dentro de las atribuciones de la Gobernación, pues el cargo de Juez de Garantías Sociales no estaba vacante el día en que se expidió el Decreto, puesto que me encontraba ya en ejercicio de mi cargo desde hace casi dos años.

'No podía, pues, el Gobierno Departamental reemplazarme con otro interino, pues ningún vacío se produjo, ni se presentaron causales o faltas absolutas de las contempladas en el art. 305 de la Ley 4ª de 1913, ni de las consagradas en el Art. 5º de la Ley 105 de 1931..."

En cuanto a disposiciones violadas por el decreto acusado y concepto de la iolación, el libelo expresa, en síntesis:

"El Decreto número 00570 de la Gobernación de Córdoba que causo, fechado en 3 de septiembre de 1957, viola el principio constitucional y legal de inamovilidad de los empleados de buena conducta y reconocida competencia; viola el Decreto Nº 3000 de 1954; viola el Código de Régimen Político Municipal; y viola el Decreto Extraordinario número 1231 de 1951. Hubo, pues, en la expedición del Decreto de la Gobernación acusado, abuso de poder, porque no está entre las atribuciones del Gobernador remover libremente los jueces y fiscales..."

El Tribunal Administrativo de Córdoba denegó las súplicas de la demanda por medio de su sentencia de fecha 10 de marzo de 1958, porque consideró, como lo estimó el señor Fiscal de aquella Corporación, que el Decreto acusado del Gobernador no viola ninguna disposición legal; ya que —a su juicio— vencido el período de dos años establecido para los Jueces Departamentales de Garantías Sociales —del 14 de octubre de 1954 al 14 de octubre de 1956— para el cual el Gobernador de Córdoba designó al doctor Marco García Bustamante, en interinidad, y en la misma calidad nombró luego al doctor Cárcamo Bermúdez para llenar la vacante del cargo producida por la renuncia del primero, el Gobernador quedó en libertad de nombrar otro interino para el período siguiente que comenzó el 14 de octubre de 1956, como lo hizo en la persona del doctor Hatuey Milanés Espinosa, con fundamento en la tesis de que se puede reemplazar un interino por otro interino cuando se ha vencido el período para el cual aquél fue nombrado. Y el Tribunal agrega, refiriéndose a sucesos muy conocidos de aquella época, que

"confirman su aserto los recientes decretos del Gobierno Central por medio de los cuales acaba de reemplazar a los Magistrados interinos, tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, por otros interinos".

En otro aparte de su sentencia sostiene el Tribunal:

"Mas lo cierto es que no habiéndose hecho el nombramiento de Juez de Garantías Sociales, o mejor dicho, la elección, por la autoridad que designa en primer término la ley: Corte Suprema de Justicia, hubo de hacerse por la autoridad que designa la ley en segundo término: Gobernador del Departamento. Es decir, sin período determinado, y, de

consiguiente, sin la fuerza perentoria que produce el vinculum juris.... Por manera, que la investidura del demandante como Juez de Garantías Sociales fue siempre precaria, fue siempre un cargo vacante, un cargo sin proveer, que se convirtió, no por silencio de la ley, sino por silencio de la Corte Suprema de Justicia, en cargo de libre nombramiento y remoción del señor Gobernador del Departamento".

El señor apoderado del demandante apeló de la sentencia del Tribunal y surtido el correspondiente trámite del recurso ante esta Sala, es la oportunidad de decidirlo, y a ello procede previas estas consideraciones:

El concepto Nº 295 de 12 de diciembre de 1958 emitido para este negocio por el doctor Nicolás Torres Niño, quien en aquella época desempeñaba el cargo de Fiscal 2º de la Corporación, comparte la tesis del Tribunal de primera instancia, y con fundamento en las mismas razones, pide que se confirme la sentencia recurrida.

Para resolver, se considera:

En apoyo de la tesis de la sentencia apelada de que el señor Gobernador de Córdoba bien podía, sin violar ninguna norma legal, nombrar otro interino, como lo hizo en reemplazo del demandante cuando se le venció el período para el cual fue designado, el Tribunal de Córdoba y los señores Agentes del Ministerio Público que intervinieron en este juicio, trajeron a cuento el hecho de que el Gobierno Nacional de aquella época reemplazó los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Consejeros de Estado interinos por otros interinos; y afirmaron, sin respaldo en citas legales pertinentes, que la situación de interinidad en que se hallaba no tenía tutela alguna. Pero en fallos que recayeron a las demandas instauradas por los ex-Consejeros de la Corporación a quienes se refiere el Tribunal, esta Sala declaró nulo el decreto por el cual se les removió designándoseles reemplazo; y estimó que debieron permanecer en desempeño de sus funciones hasta cuando las Cámaras legislativas hubieran hecho la elección en propiedad, que era el sistema legal vigente en ese tiempo.

El Decreto Legislativo Nº 3000 del 13 de octubre de 1954 (artículo 33) creó los Jueces Departamentales de Garantías Sociales y estableció que ellos serían escogidos

"para períodos de dos años, por la Corte Suprema de Justicia, de ternas que le pase el Presidente de la República y cuya remuneración, que será pagada por los Tesoros Departamentales, no podrá ser inferior a la de un Juez Superior".

Luego dice el artículo que tales jueces, además de las especiales funciones que les atribuye el decreto, tendrán todas las correspondientes a los Jefes de la Sección de Justicia de las Gobernaciones.

Quizá por la extraña anomalía de atribuír a esos jueces funciones de subalternos del Gobernador, no se hizo el nombramiento de tal juez en propiedad para el Departamento de Córdoba. El Gobernador, entonces, ejercitando la facultad que le confiere el artículo 249 del C. de R. P. y M., hizo el nombramiento en interinidad. Y habiendo presentado renuncia el juez interino después de algún tiempo de ejercer el cargo, por Decreto 751 de 13 de octubre de 1955 se le aceptó y nombró, también interinamente "para llenar la vacante", al doctor Cárcamo Bermúdez, actor en este juicio. El doctor Cárcamo estuvo desempeñando el empleo hasta cuando el Gobernador, por Decreto 570 de 1957, fechado el 3 de septiembre, declaró insubsistente su nombramiento y nombró "en su reemplazo, **en interinidad**", al doctor Hatuey Milanés Espinosa.

En los considerandos de este último Decreto, contra el cual se endereza la acción, se dice:

"Que el doctor Cárcamo Bermúdez fue nombrado en interinidad para el resto del preíodo que se venció; que siempre que se haya hecho un nombramiento después de principiado un período se entiende que es solo para el resto del mismo; que el cargo de Juez de Garantías Sociales no ha sido provisto en propiedad, según la norma contenida en el artículo 33 del D. L. Nº 3000 de 1954"....

El Gobernador pudo nombrar en interinidad al doctor Cárcamo de acuerdo con el artículo 249 del C. de R. P. y M. porque como primera autoridad política del Departamento le correspondía llenar en esa forma provisional la vacante absoluta dejada por el renunciante. Esta facultad de hacer los nombramientos interinos obedece, como lo ha dicho esta Sala, a la necesidad de que el respectivo servicio no se interrumpa en ningún momento. Para cumplir en su integridad el citado ordenamiento ha debido el señor Gobernador dar cuenta a la Corte Suprema y el Gobierno con el objeto de que el cargo se proveyera en propiedad para el resto del período. Solamente quien tenía competencia para hacer la designación en propiedad hubiera podido ejercitarla desalojando del cargo al interino. Pero no ocurrió así durante el resto del período, que se supone había comenzado el 14 de octubre de 1954, según dice el Fiscal del Tribunal, por haber comenzado a regir en esa fecha el D. L. Nº 3000. Tal período debía terminar el 14 de octubre de 1956. El doctor Cárcamo estaba desempeñando el empleo en interinidad desde el 17 de octubre de 1955.

Por lo visto las autoridades a quienes correspondía presentar la

terna y hacer la elección en propiedad se abstuvieron de hacerlo y comenzó a correr el nuevo período, quedando el doctor Cárcamo en el cargo de Juez de Garantías Sociales en calidad de interino, en virtud del nombramiento que le había hecho el Gobernador.

A falta de la designación de un juez en propiedad, tal estado de cosas tenía que prolongarse mientras no ocurriera uno de los casos de alta absoluta de que habla el artículo 305 del C. de R. P. y M., tales como renuncia admitida, muerte, destitución o declaración de vacancia.

La destitución de aquel uncionario judicial sólo hubiera podido decretarse mediante juicio en los casos previstos en la ley. C. de P. C., artículo 13, ordinal 6º). Y no era el Gobernador autoridad competente para destituír al juez.

La dec aración de vacancia no puede hacerse cuando el cargo está siendo efectivamente desempeñado, aun cuando sea por un juez interino y aun cuando el período haya concluído. Según nuestro sistema legal, la terminación del período de funcionarios públicos como los jueces no produce la desinvestidura de quienes están desempeñando los cargos. Ese hecho no supone la vacancia en los empleos, sino la acultad de nombrar a las mismas o a otras personas para desempeñarlos en el nuevo período. Y esa acultad solo la tiene quien puede proveerlos en propiedad. Pero menos aún puede hacerse el nombramiento de otra persona cuando la declaración de vacancia no se ha hecho por la autoridad competente y en virtud de las causales establecidas. Ni esta declaración hubiera podido hacerla el Gobernador, cuya única acultad para el caso es la de nombrar interino "cuando faltare abso utamente un empleado que no pueda ser reemplazado por suplente o suplentes" como lo dice el artículo 249 del C. de R. P. y M.

Tal es la síntesis de la doctrina fundada en los respectivos textos legales que esta Sala ha sostenido en casos como el de la declaración de vacancia del cargo y consiguiente nombramiento de un nuevo Contralor General de la República y en el de nombramiento de Consejeros de Estado interinos para reemplazar a otros interinos. (Sentencias de echas 18 de ebrero de 1959, Tomo Cop. Nº 69, páginas 160 a 194 y 11 de abril de 1961, Tomo Cop. Nº 89, páginas 490 a 506, respectivamente, de las cuales fue ponente el H. Consejero doctor Carlos Gustavo Arrieta).

En esas condiciones, el decreto acusado es violatorio de las siguientes normas de superior categoría citadas en la demanda: Artículo 33 del Decreto Legislativo Nº 3000 de 1954, artículos 249 y 305 de la Ley 4ª de 1913 y artículo 13 numeral 6º del C. de P. C., por lo cual debe

revocarse la sentencia recurrida del Tribunal Administrativo de Córdoba, para en su lugar acceder a las peticiones de la demanda.

Se ordenará el pago al actor de los sueldos caídos, hasta el día 15 de diciembre de 1957 en que empezó a regir el Decreto Legislativo Nº 271 de 1957, publicado en el Diario Oficial Nº 29550 del 2 de diciembre del mismo año, en virtud del cual fueron suprimidos los jueces Departamentales de Garantías Sociales.

En mérito de lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y en desacuerdo con la vista fiscal,

F A L L A :

1º—Revócase la sentencia de fecha diez de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho, proferida en este negocio por el Tribunal Administrativo de Córdoba, materia de la apelación.

2º—Es nulo el Decreto número 570 de 3 de septiembre de 1957 dictado por la Gobernación de Córdoba, en cuanto por él se declaró insubsistente el nombramiento hecho en la persona del doctor Olimpo Cárcamo Bermúdez para el cargo de Juez de Garantías Sociales del Departamento y se nombró en su reemplazo, en interinidad, al doctor Hatuey Milanés Espinosa.

3º—En consecuencia, el Departamento de Córdoba reconocerá y pagará dentro del término fijado por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, los sueldos dejados de percibir por el doctor Olimpo Cárcamo Bermúdez como Juez de Garantías Sociales del Departamento de Córdoba, desde el día 9 de septiembre de 1957 hasta el 15 de diciembre de 1957, a razón de $ 1.400.00 mensuales, descontándole lo que haya recibido del Tesoro Público o de empresas privadas en que tenga parte la Nación, en los términos del artículo 64 de la Constitución Nacional; y

4º—Para efectos de las prestaciones sociales a que tiene derecho el doctor Olimpo Cárcamo Bermúdez, declárase que no ha habido solución de continuidad en las relaciones de servicio que lo unían con el Departamento durante el lapso comprendido entre el 9 de septiembre y el 15 de diciembre de 1957.

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

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velázquez D. — Alvaro León Cajiao B., Secretario.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO II — ORDEN DEPARTAMENTAL

Capítulo Tercero: Suspensiones provisionales de actos del orden departamental

ORDEN DEPARTAMENTAL

RESOLUCIONES DE LOS CONTRALORES

SUSPENSION PROVISIONAL

FISCALIZACION DE ENTIDADES AUTONOMAS DEPARTAMENTALES. Los Contralores Departamentales carecen de facultad legal para imponer contribuciones a las entidades de beneficencia sobre sus ingresos como cuota para el funcionamiento de la Contraloría, pues los fondos de las loterías de beneficencia no forman parte del patrimonio o acervo común del Departamento que las ha organizado. Se confirma el auto del Tribunal Administrativo del Norte de Santander que ordenó la suspensión provisional de la Resolución Nº 447 de 29 de diciembre de 1962, expedida por el Contralor de dicha sección del país.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., diez de julio de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. JORGE A. VELASQUEZ D.)

Como apoderado de la Beneficencia del Departamento Norte de Santander, el doctor JOSE ANTONIO RUBIO presentó demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo del citado Departamento en la cual solicita se declare la nulidad de la Resolución Nº 447 de 29 de diciembre de 1962, expedida por el Contralor General del mismo Departamento.

En el libelo pidió se decretara la suspensión provisional del acto impugnado.

El Tribunal admitió la demanda y en proveído de 4 de abril último accedió a decretar la medida provisional en estos términos:

"Por lo expuesto, el Tribunal Seccional Administrativo, ORDENA la inmediata 'suspensión provisional' de la Resolución Nº 447 de 1962 emanada de la Contraloría Departamental del Norte de Santander, en cuanto se refiere y afecte a la entidad de Asistencia Social, Beneficencia y Caridad denominada 'Lotería de Cúcuta'.

"NOTIFIQUESE".

Contra este proveído, el apoderado de la Contraloría General del Departamento pidió reposición y, subsidiariamente, interpuso el recurso de apelación. El Tribunal negó la reposición pero concedió el recurso subsidiariamente interpuesto.

Para resolver sobre el mérito de la apelación, se considera:

La Resolución enjuiciada, con fundamento en lo previsto en el artículo 6º de la Ley 6ª de 1958 y con la consideración de que la Contraloría debe fiscalizar a las Empresas o Entidades Autónomas Descentralizadas de propiedad del Departamento, de conformidad con disposiciones del Código Fiscal contenido en la Ordenanza Nº 50 de 1959, dispuso:

"ARTICULO 1º—A partir del primero de enero de mil novecientos sesenta y tres (1963) las Empresas o Entidades Autónomas Descentralizadas con presupuesto propio, de propiedad Departamental, remesarán mensualmente a la Tesorería General del Departamento el dos por ciento (2%) de sus ingresos, como cuota para el funcionamiento de la Contraloría General del Departamento en cumplimiento a lo ordenado por el artículo 6º de la Ley 6ª de 1958.

"ARTICULO 2º—Cuando alguna de las Empresas o Entidades a que se refiere el artículo anterior, reciba de la Tesorería General del Departamento suma alguna como aporte Departamental de Rentas Ordinarias, este ingreso no se tendrá en cuenta para liquidar el dos por ciento (2%) antes mencionado.

"ARTICULO 3º—Mensualmente, los Empleados de Manejo y los Auditores Fiscales de tales Empresas o Entidades con base en los ingresos comprados (sic), harán la liquidación y suministrarán los datos al señor Tesorero General del Departamento para la elaboración y cobro de las cuentas respectivas.

"ARTICULO 4º—Los dineros provenientes del pago del dos por ciento (2%) de que trata la presente Resolución, ingresarán al Presupuesto Departamental por el Capítulo de Ingresos Varios de Rentas Ordinarias, y serán destinados al incremento de los renglones de gastos de Contraloría. COPIESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE".

Entre las disposiciones que enuncia la demanda como violadas se citan los artículos 6º de la Ley 6ª de 1958, 13 de la Ley 93 de 1938 y 17 del Decreto Reglamentario número 1858 del mismo año, dando el concepto de violación.

El Tribunal en el auto recurrido, después de aludir a la Ordenanza número 29 de 1943 que creó la Lotería de Beneficencia de Cúcuta, y a la número 27 de 1958 que le dio a dicha entidad Personería Jurídica, y de transcribir el artículo 1º de la Resolución Nº 150 de 1946 del Ministerio del Trabajo, Higiene y Previsión Social, que dispuso que las Loterías de Beneficencia Departamentales o Municipales, y los productos líquidos de tales empresas, no son bienes ni rentas departamentales o municipales sino bienes y rentas de la Beneficencia de cada departamento o municipio, expresó:

"Todas las disposiciones legales aquí mencionadas y muchas de ellas transcritas, para mayor abundamiento de la cuestión, están contestes, y son unánimes en afirmar cómo las Loterías de Beneficencia, son entidades autónomas, independientes en un todo de los órganos ejecutivos departamentales, si ellas lo son y con personería jurídica, con independencia para el manejo, venta, adquisición de sus bienes propios, independencia que es con respecto al Gobierno Departamental, a la Asamblea a quien deben su creación y funcionamiento, y cuyos fondos no son parte ni pueden serlo ni considerarse como tales, del acervo común del Tesoro y rentas del Departamento, y por lo consiguiente sin dependencia alguna respecto a dichos fondos y bienes suyos, destinados a su objeto concreto, la beneficencia, la caridad, la asistencia social, y por lo consiguiente no pueden ni deben ser destinados, ni en todo ni en parte a objeto, destino o arbitrio diferente a sus fines esenciales, so pena de violar la ley.

"Como ostensiblemente se puede observar, que la Contraloría Departamental del Norte de Santander, al dictar la Resolución Nº 447 de 1962 y enviársela a la Gerencia de la 'Lotería de Cúcuta', que ya está probado es una entidad 'sui géneris', no solamente descentralizada, sino aún más: Por su esencia, por el objeto peculiar, especial a cuyo fin es creada, por la forma como opera, esa Entidad de Asistencia Social, como todas las Loterías, se rigen por legislación propia, diferente a otras entidades que sí pueden o mejor podrían en un momento dado ser objeto de la 'imposición' o 'contribución', que eso es y nada más, creada por la Resolución Nº 447 de 1962 de la Contraloría del Departamento Norte de Santander. Pero la entidad 'Lotería de Cúcuta', creada para Beneficencia, asistencia social y caridad, es una entidad que, se repite, por su misma naturaleza, y sobre todo, en el caso actual, presente por ministerio de la ley, en todas y cada una de las disposiciones citadas, no es ni puede ser objeto de esa 'contribución' creada u ordenada por la Contraloría Departamental por medio de la Resolución Nº 447 de 1962, que es el acto de Contraloría demandado, y cuya 'suspensión provisional' se impetra".

Como lo dice el Tribunal, de acuerdo con la doctrina reiterada del Consejo de Estado, para que la suspensión provisional sea procedente, la violación de la norma superior de derecho debe ser ostensible, que aparezca a primera vista, sin necesidad de adentrarse en razonamientos de fondo.

En el caso de estudio se tiene que el artículo 6º de la Ley 6ª de 1958 en que se basamenta la Resolución acusada, no autoriza o faculta a las Contralorías Departamentales para imponer a las entidades autónomas descentralizadas la obligación de contribuir con el 2% de sus ingresos para el funcionamiento de tales Contralorías. En efecto, el artículo 6º en cita preceptúa:

"Las partidas anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales no podrán exceder, en ningún caso y para cada Departamento, del dos por ciento (2%) de sus respectivos presupuestos..."

De otro lado el artículo 6º de la Ley 93 de 1938 establece:

"Las Juntas de Beneficencia o de Lotería, Cruz Roja, y demás entidades que encaminen actividades a la consecución y administración de fondos para aplicarlos a la asistencia social, estarán bajo la inspección y vigilancia del Gobierno, en la forma que se establezca en los decretos reglamentarios de la presente ley". Y el artículo 13 de la misma ley reza:

"Los fondos provenientes de las loterías de beneficencia deberán manejarse en cuenta especial y no entrarán en ningún caso a formar parte del acervo común de la entidad que las haya organizado".

Y el artículo 17 del Decreto Reglamentario de la Ley 93 de 1938 estatuye que "Las Juntas de Beneficencia, las Juntas Directivas de los hospitales y demás Instituciones destinadas al bien común, elaborarán el proyecto anual de presupuesto de entradas y gastos, el que deberá ser presentado a la aprobación del Departamento de Asistencia Social, a más tardar el 30 de noviembre del año anterior, sin cuya aprobación dicho presupuesto no podrá entrar en las Instituciones de Utilidad Común y los Síndicos de esas Instituciones serán responsables personalmente de todo gasto que se realice sin ajustarse a las disposiciones de este Decreto, o que exceda de lo previsto en el respectivo presupuesto".

El artículo 1º de la Ordenanza Nº 27 de 26 de noviembre de 1958 expedida por la Asamblea Departamental del Norte de Santander, dice:

"La Junta Departamental de Beneficencia del Norte de Santander, creada por la Ordenanza número 29 de 1943, será una entidad autónoma con Personería Jurídica destinada a adquirir, recaudar y administrar bienes y rentas para el sostenimiento de establecimientos de Caridad, Asistencia Social y Beneficencia en el Departamento".

Y en el artículo 12 se estatuyó:

"El patrimonio de la Junta Departamental de Beneficencia del Norte de Santander estará formado por el patrimonio y rentas de la Lotería de Cúcuta; por los auxilios que pueda destinar la Nación, el Departamento, los Municipios y las entidades oficiales, semi-oficiales o privadas con este objeto, así como también por las donaciones o legados de personas naturales o jurídicas y por las rentas que le sean cedidas".

Y el artículo 18 de la citada Ordenanza dispone:

"Al liquidarse la Beneficencia del Norte de Santander todos sus bienes muebles e inmuebles, rentas y en general todo su patrimonio pasará a ser propiedad del Departamento Norte de Santander, quien a su vez asumirá las obligaciones que afectaren la Entidad extinguida previa investigación de las causas de la liquidación para establecer responsabilidades y practicar los respectivos juicios. Dichos bienes y rentas seguirán siendo indefinidamente destinados al servicio de Beneficencia o ASISTENCIA SOCIAL DEL NORTE DE SANTANDER".

Dado el contenido de las disposiciones antes transcritas, no cabe duda que ellas han sido violadas por el acto enjuiciado, como quiera que sin análisis de fondo alguno se descubre a primera vista que la Resolución impugnada las infringe ostensiblemente, pues, en verdad, el Contralor General del Departamento del Norte de Santander no tiene facultad legal para imponer la obligación a las entidades autónomas descentralizadas de propiedad del Departamento a que alude la Resolución 447 de 29 de diciembre de 1962.

Lo anterior es suficiente para que la providencia recurrida deba confirmarse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, CONFIRMA LA PROVIDENCIA que ha sido materia de la alzada dictada por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander y que lleva fecha 4 de abril del año en curso.

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

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Jorge A. Velázquez D. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Alvaro León Cajiao B., Secretario General.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO III — **ORDEN MUNICIPAL**

Capítulo Primero: Acuerdos de los Concejos

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ORDEN MUNICIPAL

ACUERDOS MUNICIPALES

DOMINIO PUBLICO (CALLES Y PLAZAS). En ningún caso los particulares pueden tener la propiedad de las calles y plazas, pues ellas, como bienes de uso público, pertenecen únicamente a la Nación. Si el dueño de la tierra la destina a una urbanización, las zonas correspondientes a calles y plazas pasan automáticamente al dominio de la Nación y al uso de todos los habitantes, sin que para ello sea necesaria cesión alguna y a pesar de la transferencia que se haga en favor de otra persona o institución pública o privada. El régimen jurídico de tales bienes está ampliamente regulado en los textos constitucionales y legales y ese sistema no puede modificarse por simples convenios entre los particulares o entre éstos y entidades de carácter oficial, ni por disposiciones de las Ordenanzas departamentales o de los Acuerdos Municipales.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., abril 4 de 1963.

REF: Expediente Nº 1.056. Asuntos Municipales. Actor: Luis Alejandro Bustos.

(Consejero Ponente: Dr. CARLOS GUSTAVO ARRIETA)

El doctor Luis Alejandro Bustos R. demandó del Tribunal Administrativo de Santander la declaratoria de nulidad del artículo 71 del Acuerdo número 20 de 19 de marzo de 1959, dictado por el Concejo Municipal de Cúcuta, por considerar que infringe las disposiciones siguientes:

El artículo 169 del Código de Régimen Político, porque en esa norma no se confiere a los cabildos la facultad ejercitada; el 1º del Decreto 693 de 1951, porque allí no se autoriza la cesión de terrenos para zonas verdes, ni la incautación de la propiedad privada; el 4º de la Ley 97 de 1918, porque no faculta a los municipios para exigir la transferencia a su favor de zonas urbanizables. máxime si se tiene en cuenta que las calles son bienes que pertenecen a la Nación y que están destinadas al uso público; y los artículos 30 y 34 de la Constitución Nacional, porque la disposición enjuiciada constituye una expropiación contraria a la primera regla, o equivale a una confiscación prohibida por la segunda.

Después de un detenido estudio de la materia controvertida, el Tribunal negó las peticiones de la demanda en su setencia de 25 de

marzo de 1960, por estimar que el artículo 30 de la Carta constituye una excepción al sistema de la tutela rigurosa y absoluta de la propiedad privada, a la cual le asigna una función social, y que el precepto impugnado no es más que el desarrollo de aquel principio constitucional y de las leyes que lo desenvuelven. A la conclusión anterior se llega después de analizar la norma comentada y de estudiar algunos conceptos de autores nacionales y extranjeros.

Apelada la decisión del Tribunal, en la tramitación de la segunda instancia el señor Fiscal Primero del Consejo de Estado pidió la confirmación de esa sentencia con base en las consideraciones que la Sala sintetiza así: La disposición acusada, lo mismo que todo el acuerdo, fue expedida en ejercicio de las facultades constitucionales y legales conferidas a los Concejos Municipales por los preceptos que cita el señor Agente del Ministerio Público. Agrega que no es aplicable el artículo 1º del Decreto 693 de 1951, en razón de que esa norma se refiere a atribuciones otorgadas a los Alcaldes y no a las corporaciones municipales; que no se puede entrar a estudiar la supuesta infracción del artículo 674 del Código Civil, ya que es circunstancial la referencia que se hace a ese precepto; y que la pretendida violación del artículo 34 de la Constitución sólo debe "admitirse como licencia literaria del actor", porque tal ordenamiento juega únicamente en relación con los asuntos delictuosos. Estima también que las leyes 89 y 195 de 1936, en armonía con el artículo 30 de la Carta, autorizan a algunos cabildos para dictar las medidas conducentes a fin de determinar el perímetro urbano y de "señalar las obligaciones tanto de los propietarios particulares, como de las empresas urbanizadoras", razón por la cual no se presenta la alegada violación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Por medio del Acuerdo número 20 de 19 de marzo de 1959, el Concejo Municipal de Cúcuta organizó la Oficina del Plan Regulador e igualmente expidió una completa reglamentación sobre urbanismo, sistema vial, edificaciones, servicios, impuestos, sanciones, procedimientos, etc. En el artículo 71 del mismo estatuto dispuso lo siguiente:

"En cada urbanización se exigirá la cesión gratuita al Municipio del área necesaria para vías y zonas verdes en porcentaje igual o mayor al 40% de la superficie total del terreno por urbanizar".

Para efectos de analizar la legalidad o ilegalidad del ordenamiento transcrito es indispensable tomar en consideración que los bienes relacionados en la disposición acusada del Acuerdo número 20 están sometidos a un régimen jurídico especial que se puede concretar así:

1º—De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 4º de la Constitución Nacional, el territorio, con los bienes públicos que de él for-

man parte, sólo pertenece a la Nación. La misma idea se desarrolla en la disposición 674 del Código Civil, cuando prescribe que son bienes de la Unión aquellos cuyo dominio corresponde a la República. Si están destinados al uso de todos los habitantes, como las calles, plazas, puentes y caminos, se les llama bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio. Sobre ellos no ejerce el Estado un derecho de propiedad privada, a la manera que los particulares lo tienen sobre los suyos, sino un dominio eminente, en el cual se conjuga el derecho político del Estado con el derecho de todos a usarlos;

2º—La administración de tales bienes corresponde a la Nación. La tesis está ampliamente desarrollada en la sentencia de 18 de octubre de 1962, dictada por el Consejo de Estado con la ponencia del Consejero Francisco Eladio Gómez, en el negocio seguido por Néstor Echeverry y otros contra un decreto de la Alcaldía de Manizales. Allí se dice, con apoyo en lo expresado por el artículo 10 de la Ley 113 de 1928, que compete a la Nación conceder licencias para utilizar las calles, plazas, vías públicas y demás bienes de uso público, a fin de tender sobre ellas redes de canalización o para otros usos industriales o domésticos, y que el gobierno nacional sólo otorgará tales licencias por períodos no mayores de cincuenta años y mediante el lleno de las condiciones que señale el reglamento de la ley. Se agrega en el fallo comentado que de conformidad con el artículo 1º del Decreto número 60 de 1931, al antiguo Ministerio de Industrias se le asignó competencia para conocer de las solicitudes de ocupación de aquellos bienes con redes eléctricas, y que en el literal f) del artículo 1º del Decreto número 2703 de 1959 se delegaron esas funciones en los gobernadores de los departamentos;

3º—Con arreglo a lo dispuesto por la primera parte del artículo 4º de la Ley 97 de 1913, corresponde a los Concejos Municipales disponer lo conveniente sobre trazado, apertura, ensanche y arreglo de las calles de las poblaciones y caseríos, y conceder permisos para ocuparlas con canalizaciones subterráneas y postes para alambres y cables eléctricos, rieles para ferrocarriles y tranvías, torres y otros aparatos para cables aéreos, y en general, con accesorios de empresas de interés municipal. La última parte, o sea la relacionada con la concesión de licencias, está implícitamente derogada por las disposiciones posteriores que se analizaron en el punto precedente, pero no ocurre igual cosa con la primera regla del artículo estudiado. Esta observación se infiere del contenido de las normas 1ª y 2ª de la Ley 195 de 1936, y del hecho de no haber incompatibilidad entre la atribución de reglamentar el trazado, apertura y ensanche de las calles, con la de conceder permisos para ocuparlas una vez construídas.

Así, pues, las calles y plazas, como bienes de uso público, perte-

necen únicamente a la Nación y sobre ellas se ejerce por el Estado dominio eminente. Su administración, para efectos de la concesión de licencias de ocupación, corresponde en principio al Gobierno Nacional, pero éste la delegó en los Gobernadores de los departamentos; y para efectos de reglamentar su apertura, trazado, ensanche, etc., corresponde a los Concejos Municipales. De estas premisas se deduce, como conclusión ineludible, que en ningún caso los particulares pueden tener la propiedad de tales bienes, ni siquiera en el evento de que el terreno en que se construyen sea de dominio privado. Si el dueño de la tierra la destina a una urbanización, las zonas correspondientes a las calles y plazas pasan automáticamente al dominio de la Nación y al uso de todos los habitantes, sin que para ello sea necesario cesión alguna y a pesar de la transferencia que se haga en favor de otra persona o institución pública o privada. El régimen jurídico de los bienes mencionados está ampliamente regulado en los textos constitucionales y legales, y ese sistema no puede modificarse en manera alguna por simples convenios entre particulares o entre éstos y otras entidades de carácter oficial, ni por disposiciones de las ordenanzas departamentales o de los acuerdos municipales. Ni la atribución otorgada a los cabildos para disponer lo necesario a la apertura y ensanche de las vías públicas, ni la concedida por delegación a los gobernadores para dar licencias de ocupación, los faculta para alterar en forma alguna el sistema jurídico referido.

Si en la disposición acusada se hubiese exigido la cesión gratuita a favor de la Nación de las áreas indispensables para vías y zonas verdes, el ordenamiento sería inobjetable, aunque superfluo, ya que no se hubiera hecho otra cosa que ratificar lo que ya estaba dispuesto por la Constitución Nacional y las leyes y señalar la parte del terreno que debía destinarse al uso público de los habitantes, pero como la transferencia se ordenó a favor del Municipio, el artículo 71 viene a infringir el precepto 674 del Código Civil. De consiguiente, debe decretarse la nulidad del artículo citado.

Ciertamente que la disposición impugnada podría interpretarse en el sentido de que ella persigue sustraer esos terrenos del dominio privado de sus antiguos dueños para incorporarlos, no al patrimonio distrital, sino al dominio eminente del Estado, pero infortunadamente la letra del precepto no permite llegar a esa conclusión, no obstante que el espíritu que lo anima pudiera ser el indicado. En vista de esa oposición entre el tenor literal del artículo enjuiciado y la hipotética interpretación a que se ha aludido, y teniendo en cuenta que las cesiones que se hicieran de acuerdo con ese ordenamiento pudieran oscurecer la situación jurídica de las tierras transferidas, la Sala estima que debe pronunciarse en favor de la petición de la demanda, a fin de que quede perfectamente claro que sólo a la Nación pertenecen tales bienes, sin que el Municipio o los particulares puedan alegar de-

recho alguno sobre la propiedad de ellos.

Por las razones enunciadas debe anularse la norma impugnada, a efecto de que se entienda que las cesiones, en caso de que se hagan, deben ser en favor de la Nación, de acuerdo con el régimen jurídico especial a que están sometidos tales bienes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de su colaborador fiscal,

F A L L A :

1º—Revócase la sentencia de 25 de marzo de 1960, dictada en este juicio por el Tribunal Administrativo de Santander del Norte;

2º—En su lugar, ES NULO el artículo 71 del Acuerdo número 20 de 19 de marzo de 1959, dictado por el Concejo Municipal de Cúcuta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez D. — Alvaro Cajiao Bolaños, Secretario.

ORDEN MUNICIPAL

ACUERDOS MUNICIPALES

ATRIBUCIONES DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES PARA OBTENER EL PAGO OPORTUNO DE LOS IMPUESTOS. SANCIONES. No existe disposición alguna, de la Constitución o de la ley, que directa o indirectamente autorice a los Concejos Municipales para decretar, a manera de sanción, la clausura temporal o definitiva de los establecimientos comerciales o industriales. Una atribución de esta naturaleza, en cuanto se refiere a impuestos, no encaja dentro del espíritu general de nuestra legislación, pues las corporaciones y funcionarios públicos sólo pueden hacer aquello que les está permitido por las leyes.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., 10 de junio de 1963.

(Consejero Ponente: Dr. CARLOS GUSTAVO ARRIETA)

REF: Expediente Nº 1.403. Asuntos Municipales. Demandante: Cafetería Almendra Tropical Limitada.

Por medio del Acuerdo número 12 de 9 de mayo de 1955, el Concejo de Barranquilla dispuso, entre otras cosas, lo siguiente:

"ARTICULO SEGUNDO.—Los contribuyentes de Industria y Comercio que el día 15 de enero de cada año no hayan presentado en la Tesorería Municipal los formularios y obtenido la placa correspondiente, para poder reemplazar la del año anterior por la del respectivo año en curso, pagarán a la Tesorería Municipal —antes de que las nuevas placas les sean entregadas— multas por una sola vez, así:

"Si se tratare de un negocio que no haya sufrido cambio en su cuantía, la multa será equivalente al doble del valor de la placa del año anterior.

"Si se tratare de un negocio cuya cuantía haya aumentado o disminuído, la multa será igual al doble del precio de las placas que le fije la Tesorería Municipal. Este mismo caso se aplicará a todas las industrias que se encuentren exoneradas de impuesto de Industria y Comercio, por leyes, ordenanzas o acuerdos.

"En caso de reincidencia, el Alcalde o el correspondiente Inspector de Policía, previo aviso del Tesorero Municipal, ordenará el cierre del establecimiento sin perjuicio del pago del impuesto de placas comerciales".

Posteriormente, la misma corporación, mediante el Acuerdo número 17 de 20 de abril de 1960, dispuso:

"ARTICULO 3º—**El Juzgado de Ejecuciones Fiscales del Municipio, procederá a clausurar todo establecimiento comercial e industrial que se niegue a proveerse de su correspondiente placa de Industria y Comercio, cuando sus propietarios después de haber sido notificados y el negocio avaluado, sigan mostrándose renuentes a la obtención de su respectiva licencia".**

Los ordenamientos antes citados entraron a regir desde las fechas en que fueron sancionados por el Alcalde de Barranquilla, según se dispuso en los respectivos artículos finales de los mismos.

Con apoyo en los antecedentes que se dejan relatados, la sociedad "Cafetería Almendra Tropical Limitada", domiciliada en Barranquilla, demandó del Tribunal Administrativo del Atlántico la declaratoria de nulidad del inciso final del artículo 2º del Acuerdo número 12 de 9 de mayo de 1955, y del artículo 3º del Acuerdo número 17 de 20 de abril de 1960, expedidos por el Concejo Municipal de esa ciudad.

En el libelo se estima que los actos administrativos enjuiciados, en cuanto otorgan facultades al Alcalde o al correspondiente Inspector de Policía y al Juzgado de Ejecuciones Fiscales de Barranquilla para "clausurar" establecimientos comerciales e industriales, quebrantan los artículos 17, 32, 39 y 44 de la Constitución Nacional, 8º, 9º, 11, 12, 13, 51, ordinal 3º, y 466 del Código Sustantivo del Trabajo, 308 del Código Penal, y 213 de la Ley 4ª de 1913, así como las reglas contenidas en el Capítulo IV, Título XXXIII, Libro 2º, del Código Judicial, y se emite el concepto de violación de esos preceptos.

Mediante sentencia de 15 de febrero de 1961, el Tribunal Administrativo del Atlántico negó las peticiones de la demanda. Esa decisión fue apelada y el negocio subió al Consejo de Estado para su consideración definitiva. En su concepto de fondo, el señor Fiscal Segundo de esta corporación solicita que se revoque el fallo recurrido y que, en su lugar, se acceda a las súplicas del libelo. Esa petición se apoya en los siguientes razonamientos que la Sala prohija:

"El artículo 6º de la Ley 72 de 1926, que por virtud de la Ley 89 de 1936, autorizó a ciertos municipios, entre los que quedó incluído el de Barranquilla, para establecer impuestos y contribuciones sin necesidad de autorización especial de la Constitución, la ley o las ordenanzas, permitió a dicho municipio crear el impuesto de Industria y Comercio y otros dentro de los límites señalados en el ordinal 2º del artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal. Estos esta-

tutos autorizan a los Concejos para establecer medidas coercitivas para el cobro de los impuestos, pero no permiten imponer una sanción tan drástica como la clausura del establecimiento comercial.

"La ley señala a los tesoreros y recaudadores municipales la manera de hacer efectivo el pago de los impuestos y contribuciones por medio de la jurisdicción coactiva de que tratan los artículos 1058 y 1059 del Código de Procedimiento Civil y fija las normas que deben seguirse para el cobro de los tributos, pero no autoriza a los concejos para establecer como sanción, en caso de renuencia en el pago de los impuestos, la clausura de los establecimientos comerciales e industriales de los deudores morosos.

"De modo que los actos acusados pugnan con el artículo 213 del Código de Régimen Político y Municipal, porque se separan del único procedimiento legalmente admitido para obtener el pago puntual de los impuestos municipales que no es otro que el de la ejecución por jurisdicción coactiva de que han sido investidos los tesoreros y recaudadores de los distritos.

"....."

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es oportuno observar que la acción se dirige simultáneamente contra los artículos 2º del Acuerdo número 12 de 1955 y 3º del Acuerdo número 17 de 1960; que los dos ordenamientos administrativos enjuiciados regulan la misma materia; y que en el primero, la facultad de ordenar el cierre de los establecimientos se le otorga al Alcalde Municipal o al correspondiente Inspector de Policía, atribución que sólo pueden ejercer en casos de reincidencia, en tanto que en el segundo se conceden iguales funciones al Juzgado de Ejecuciones Fiscales cuando haya renuencia en obtener la respectiva licencia.

Las anotaciones anteriores sugieren la idea de que el último de los actos impugnados hubiese sustituído o derogado implícitamente al de 1955 y que, de consiguiente, sólo al Juzgado corresponda hoy la facultad conferida por aquella disposición. Si esa fuera la correcta interpretación de los dos mandamientos administrativos, a primera vista aparecería la inocuidad de la acción intentada contra el primero, ya que no se podría anular lo que no tiene existencia jurídica; pero no obstante la fuerza de tal razonamiento, la Sala estima que debe pronunciarse sobre los dos aspectos del litigio, en consideración a que la incompatibilidad entre los dos textos atacados no es absolutamente evidente, porque no hay obstáculo legal alguno para que la atribución concedida pueda ejercitarse por el Alcalde, por el Inspector de Policía o por el Juez de Ejecuciones Fiscales, a prevención.

Prescribe el artículo 43 de la Constitución Nacional que en tiempo de paz, solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales pueden imponer contribuciones, y, en armonía con ese ordenamiento, el 197 del mismo estatuto dispone en su numeral 2º que a estas últimas corporaciones corresponde votar los impuestos y gastos locales.

Los preceptos relacionados anteriormente están desarrollados en la regla segunda del artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal, que faculta a las mismas entidades para decretar contribuciones y reglamentar su recaudación e inversión, y por los artículos 6º de la Ley 72 de 1926 y 1º de la Ley 89 de 1936, que amplían las atribuciones de los Concejos de Bogotá y de otros municipios para imponer ciertos gravámenes, y para establecer recargos, sanciones y apremios a fin de obtener el pago de los impuestos.

Por otra parte, el artículo 213 del Código de Régimen Político dice que los tesoreros o recaudadores tendrán jurisdicción coactiva para hacer efectivo el "cobro" puntual de los tributos municipales. En desarrollo de las disposiciones constitucionales y legales enumeradas, los cabildos pueden organizar el sistema de recaudación y crear los respectivos juzgados de ejecuciones fiscales, a fin de forzar el pago de los impuestos mediante la utilización de los procedimientos señalados en las respectivas normas.

Pero no existe disposición alguna de la Carta o de la ley que directa o indirectamente autorice a los concejos municipales para decretar, a manera de sanción, la clausura temporal o definitiva de los establecimientos comerciales e industriales. Una atribución de esa naturaleza, en cuanto se refiere a impuestos, no encaja dentro del espíritu general de nuestra legislación. Y como las corporaciones y los funcionarios públicos sólo pueden hacer aquello que les está permitido por las leyes, el cabildo de Barranquilla no podía, sin infringir las disposiciones superiores comentadas, autorizar el cierre de los establecimientos renuentes al pago del impuesto de industria y comercio.

Las razones expuestas son suficientes para que la Sala estime que debe acceder a las súplicas de la demanda, tal como ya lo ha hecho en casos semejantes y con una motivación similar (véase sentencia de 23 de septiembre de 1960, dictada en el juicio de Luis Carlos Peralta y otros, con la ponencia del Consejero Francisco Eladio Gómez G.).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo—, administrando justicia en nombre de la Re-

pública de Colombia y por autoridad de la ley, obrando de acuerdo con su colaborador fiscal,

F A L L A :

1º—Revócase la sentencia de 15 de febrero de 1961, dictada en este juicio por el Tribunal Administrativo del Atlántico;

2º—En su lugar, decláranse nulos el inciso final del artículo 2º del Acuerdo número 12 de 9 de mayo de 1955, y el artículo 3º del Acuerdo número 17 de 20 de abril de 1960, expedidos por el Concejo Municipal de Barranquilla.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez D. — Alvaro Cajiao Bolaños, Secretario.

* * *

ORDEN MUNICIPAL

ACUERDOS DE LOS CONCEJOS

IMPUESTO PREDIAL. — Aumento del cuatro por mil con destino a la Corporación Autónoma Regional del Cauca (C.V.C.). — Dados los antecedentes constitucionales y legislativos del Decreto Legislativo número 160 de 1956, el sobreimpuesto del cuatro por mil sobre los avalúos catastrales con destino a la C.V.C., resultaba un gravamen de inconfundible origen nacional, y, por lo tanto, sustraído a la órbita de competencia de los Concejos Municipales.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., 18 de julio de 1963.

(Consejero Ponente: Dr. GABRIEL ROJAS ARBELAEZ)

REF: Expediente Nº 1.691 relacionado con la nulidad del Acuerdo Nº 1 de 15 de noviembre de 1958, emanado del Concejo Municipal de San Pedro, Valle.

En demanda presentada ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 20 de enero de 1959, el doctor Miguel Dueñas Tello, obrando como apoderado de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, pidió se suspendiera provisionalmente el Acuerdo Nº 1 de 15 de noviembre de 1958 expedido por el Concejo Municipal de San Pedro, y que, previo el trámite señalado en los artículos 124 y siguientes del C. C. A., se declarara la nulidad del Acuerdo mencionado.

H E C H O S :

Para fundamentar su acción, el demandante relacionó los hechos siguientes:

1º) La Corporación Autónoma Regional del Cauca es un Establecimiento Público de orden nacional creado y organizado a base de autorización constitucional por el Decreto Legislativo número 3110 de 1954, y sus Estatutos fueron aprobados por el Gobierno Nacional por medio del Decreto Nº 4142 del mismo año. Como establecimiento público, la CVC es un organismo descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

2º) El Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades de que trata el artículo 121 de la Constitución, expidió el Decreto Nº 0160 de 1956 por el que autorizó a los municipios del Valle, Cauca y Caldas para aumentar el Impuesto Predial en un 4 x 1.000 sobre los avalúos

catastrales; facultó a los Alcaldes para proveer el aprovechamiento de la facultad mencionada; dispuso que el aumento sería entregado por los tesoreros municipales a la Corporación Autónoma Regional del Cauca; determinó que ésta reglamentaría el recaudo, custodia y control de la sobretasa, y que la misma recibiría el producto del aumento como aporte de los Municipios, y lo dedicaría a la ejecución de los planes que fueron el objeto de su creación.

3º) Con tales precedentes legales, el Alcalde de San Pedro expidió el Decreto Nº 8 de 18 de junio de 1956 por el que dispuso que a partir del "próximo primero de junio" se aumentaría el impuesto predial en un 4 x 1.000 sobre el avalúo catastral de las propiedades urbanas y rurales del Municipio; que la sobretasa sería recaudada por el tesorero municipal quien entregaría el producto a la Corporación Autónoma Regional del Cauca, como aporte del Municipio, y que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto Legislativo Nº 0160 de 1956, el acto de la Alcaldía debería someterse a la aprobación del señor Gobernador del Departamento.

4º) Por Acuerdo Nº 1 del 15 de noviembre de 1958, el Concejo Municipal de San Pedro, derogó el Decreto Nº 8 de 1856 dictado por el Alcalde del mismo Municipio

5º) El Decreto Legislativo Nº 0282 de 31 de octubre de 1957, reformó el Decreto Legislativo Nº 0160 de 1956 en el sentido de establecer que el aumento del impuesto predial a la tasa del 4 x 1.000 sólo regiría para los Departamentos del Valle del Cauca y del Cauca; que no gravaría a las personas que no poseyeran un patrimonio superior a $ 50.000.00; suprimir el impuesto para los predios rurales cuyos dueños reciban bonos de la CVC por el valor total del gravamen y que lo paguen en los plazos establecidos por los Municipios para cubrir el impuesto predial; de otorgarles a tales títulos de deuda pública el carácter de negociables, y de reconocer el derecho de pagar con dichos bonos el impuesto de valorización de la CVC por las obras que ella construya, en cuantía no menor al 30%.

6º) La Ley 2ª de 1958, determinó que tendrían fuerza legal hasta el 31 de diciembre de 1958, los decretos dictados a partir del 9 de noviembre de 1949, para cuya expedición se hubiera invocado el artículo 121 de la Constitución.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Estimó el demandante como normas violadas por el Acuerdo acusado, los Decretos Legislativos números 0160 de 1956 y 0282 de 1957;

los artículos 53, 63, 120 ordinal 7º y 121 de la Constitución; 6º y 171 ordinal 7º de la Ley 4ª de 1913.

Según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 153 de 1887, expuso el actor, los Decretos de carácter legislativo expedidos por el Gobierno a virtud de autorización constitucional tienen completa fuerza de leyes. El Acuerdo número 1 de 15 de noviembre de 1958, al derogar el Decreto Nº 8 de 1956 del Alcalde del citado Municipio de San Pedro, desconoció la fuerza legal de los Decretos Legislativos 0160 de 1956 y 0282 de 1957, y por lo mismo violó esos estatutos.

La Ley 4ª de 1913, artículo 171, numeral 7º, prohibe a los Concejos Municipales intervenir en asuntos que no sean de su competencia, ya por medio de Acuerdos o de simples Resoluciones. Los Concejos y los Alcaldes tienen funciones claramente determinadas, de acuerdo con los principios contenidos en los artículos 55 y 63 de la Constitución, 6º y 171 número 7 de la Ley 4ª de 1913. En consecuencia, el Concejo Municipal de San Pedro extralimitó sus facultades y violó ostensiblemente las disposiciones anteriormente citadas.

En virtud de que al Presidente de la República corresponde conservar en todo el territorio de la nación el orden público y restablecerlo donde fuere turbado, según lo prescrito en el numeral 7º del artículo 120 de la Constitución, con miras al cumplimiento de esa función y con fundamento también en el artículo 121 de la Carta, el Gobierno expidió el Decreto Legislativo Nº 0160 de 1956 en cuyos artículos 3º y 4º se autorizó a los Municipios del Valle del Cauca, de Caldas y del Cauca, para aumentar el impuesto predial en un 4 x 1.000 y se dispuso que el producto de ese impuesto sería entregado a la Corporación Autónoma Regional del Cauca. Esas disposiciones anteriormente anotadas resultaron también infringidas por el Acuerdo Nº 1 de 15 de noviembre de 1958 del Concejo Municipal de San Pedro, pues con este acto se vino a contrariar manifiestamente una decisión gubernativa encaminada al restablecimiento del orden.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia del 30 de mayo de 1961, que fue apelada por el señor Fiscal del Tribunal, declaró nulo el Acuerdo acusado. Consideró aquella Corporación para fundamentar su providencia que el Concejo Municipal de San Pedro había excedido sus atribuciones al derogar el Decreto Nº 8 de 1956, dictado por el Alcalde del mismo Municipio; que uno de los avances del Estado moderno es la separación que se ha hecho en las naciones democráticas de los distintos poderes del Estado, para la fiel realización de los supremos objetivos de una buena administración pública; que el

impuesto contemplado en el Decreto Nº 8, ya mencionado, no era de origen Municipal sino Nacional, o sea creado por una autoridad de este último orden, y que como a la fecha en que se expidió el Acuerdo Nº 1 de 15 de noviembre de 1958, continuaba el régimen de Estado de Sitio en el Departamento del Valle, el acto del Alcalde para entonces y por esa causa era intocable.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Creada la Corporación Autónoma Regional del Caùca por el Decreto Legislativo número 3110 de 1954, con fundamento en el Acto Legislativo Nº 5 del mismo año, que autorizó al Legislador para crear establecimientos públicos con Personería Jurídica y autonomía administrativa, y al Gobierno para hacer de Legislador en cumplimiento de los objetivos contemplados en dicho acto, mientras la Asamblea Nacional Constituyente asumía las funciones Legislativas, y expedido el Decreto Nº 0160 de 1956, Legislativo también, el sobreimpuesto del 4 x 1.000 sobre los avalúos catastrales, con destino a la Corporación mencionada, resultaba un gravamen de inconfundible origen nacional, y por lo tanto sustraído a las competencias municipales. En este último orden, esto es, en el de las autoridades municipales, la legislación nacional no hizo otra cosa que autorizar a los Alcaldes para poner en vigencia el tributo y a los Tesoreros Municipales para verificar el recaudo.

Siendo esto así, una autoridad municipal, como el Concejo de San Pedro, carecía de facultades para declarar la insubsistencia de un gravamen impuesto por una autoridad nacional, y para derogar un Decreto del Alcalde mediante el cual ese gravamen se hacía exigible. Por lo mismo, el Acuerdo Nº 1 de 15 de noviembre de 1958, expedido por el Concejo Municipal de San Pedro, y por el cual se pretendió derogar el Decreto de la Alcaldía número 8 de 1956, no sólo desconoció la jerarquía de las normas, sino que resultó de él una intervención en asuntos ajenos a la competencia propia de la entidad que lo expidió. Se violó así directamente el numeral 7º del artículo 171 de la Ley 4ª de 1913, e indirectamente, los artículos 55 y 63 de la Constitución, que al consagrar la separación de los poderes y las distintas atribuciones de los funcionarios, sientan el principio de la distribución de competencia y sirven para prevenir tanto de la anarquía como de los excesos de autoridad.

El Acuerdo acusado en la demanda, violó también el Decreto Legislativo Nº 282 de 1957, por cuanto contraviniendo la expresa prohibición contenida en éste, y según la cual no podían los municipios eximir del sobreimpuesto predial del 4 x 1.000 a ninguna persona natural o jurídica, cuyo patrimonio pasara de $ 50.000.00, se acordó la exen-

ción total del gravamen. Efectivamente esta es la finalidad del artículo 2º del Acuerdo acusado, al facultar al tesorero municipal para recaudar el impuesto de catastro sin el sobreimpuesto del 4 x 1.000.

Y a propósito de lo observado por el señor Fiscal del Tribunal, ha de anotarse que las anteriores consideraciones y las que formuló el Fallador de Primera Instancia, son procedentes porque los fundamentos legales de la demanda no fueron únicamente los Decretos Legislativos números 0160 de 1956 y 0282 de 1957, como parece entenderlo aquel funcionario, sino también los artículos 55, 66, 120 ordinal 7º, y 121 de la Constitución, y 6º y 171 ordinal 7º de la Ley 4ª de 1913; y porque aunque los citados Decretos Legislativos hubieran sido derogados total o parcialmente, ello no implica la derogatoria del Acuerdo Nº 1 de 1958 del Concejo Municipal de San Pedro, que es un acto administrativo existente, y sobre cuya validez jurídica se pidió un pronunciamiento que debe hacerse

D E C I S I O N :

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

F A L L A :

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Jorge A. Velásquez. Gabriel Rojas Arbeláez. — Alvaro León Cajiao B., Secretario.

ORDEN MUNICIPAL

ACUERDOS MUNICIPALES

I.—ESTACIONAMIENTO DE VEHICULOS EN LAS VIAS PUBLICAS URBANAS. Competencia de determinados Concejos Municipales para reglamentar la materia. Facultades que a este respecto les otorgó el ordinal 4º del artículo 7º de la Ley 72 de 1926. La administración directa de las vías públicas es una función esencialmente diferente de la función policiva relativa al tránsito de vehículos, señalamiento de rutas y de sanciones por infracción de los reglamentos de circulación, etc.

II.—ESTACIONOMETROS DE MEDELLIN. Legalidad del Acuerdo Nº 56 de 1960 en cuanto por medio de él el Cabildo de Medellín extendió a los velúculos de servicio público el impuesto de estacionómetros.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., veintiséis de julio de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. ALEJANDRO DOMINGUEZ MOLINA)

Previos los trámites de la instancia, procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por el demandante doctor Eduardo Fernández Botero contra la sentencia de 12 de julio de 1961, por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia falló la demanda de nulidad del Acuerdo número 56 de 1960, dictado por el Concejo Municipal de Medellín.

El acto acusado dice así:

"ACUERDO Nº 56 de 1960 (29 de agosto). Por el cual se dictan normas para el estacionamiento de vehículos de servicio público.

EL CONCEJO MUNICIPAL DE MEDELLIN, en ejercicio de las facultades legales conferidas por las Leyes 4ª de 1913 y 89 de 1936, ACUERDA:

Artículo 1º—A partir del 1º de diciembre de 1960, suprímense los estacionamientos permanentes para automóviles de servicio público, dentro del área comprendida entre las Calles 40 y 60 inclusive y las Carreras 42 y 58 inclusive.

Artículo 2º—Prohíbese el funcionamiento de kioscos y puestos permanentes destinados al despacho de vehículos situados en las plazas,

parques, vías públicas, atrios, zonas verdes, plazoletas, etc., dentro del área señalada en el artículo anterior.

Artículo 3º—Será función privativa de la Alcaldía, la demarcación dentro del área atrás determinada, de las zonas destinadas al estacionamiento de automóviles de servicio público, las cuales quedarán vedadas para la ocupación por otros vehículos. En dichas zonas serán colocados estacionómetros en número no mayor de 3 por cada sector de 100 metros longitudinales, los cuales operarán con las mismas tarifas y reglamentación vigentes para los estacionómetros de los vehículos de servicio particular.

PARAGRAFO.—La Alcaldía señalará en las vías públicas que lo admitan dentro de este mismo sector, puestos de estacionamiento libre para taxis, con las mismas limitaciones establecidas en el inciso precedente. Los estacionamientos en estos puestos no causarán costo, y los conductores deberán permanecer en ellos todo el tiempo dentro de los vehículos, en disponibilidad permanente para el servicio.

Artículo 4º—Las zonas de estacionamiento especial que autoriza el artículo anterior, serán de libre acceso para todos los vehículos de servicio público matriculados.

Artículo 5º—Las zonas establecidas para el estacionamiento de automóviles particulares, no podrán ser ocupadas por los automóviles de servicio público.

Artículo 6º—La Alcaldía queda facultada para extender por decretos posteriores el área de libre estacionamiento y para modificar o suprimir las zonas de estacionamiento especial según los requerimientos de la circulación urbana lo exijan.

Artículo 7º—Por fuera del área establecida en el artículo 1º las empresas y vehículos seguirán rigiéndose, en cuanto a su estacionamiento, por las disposiciones legales vigentes".

Por dos causas o motivos distintos, en síntesis, acusa el demandante el Acuerdo transcrito:

1ª—Porque en cuanto reglamenta el tránsito viola las siguientes disposiciones:

"a) El numeral 2º del artículo 187 de la Constitución Nacional por cuanto siendo la reglamentación del tránsito de Medellín, una cuestión de policía local, esa atribución corresponde privativamente a las Asambleas Departamentales según dicha disposición";

"b) Por la misma razón se viola el numeral 6º del mismo artículo 187 de la Carta, ya que es función de las Asambleas, atribuída por la Constitución, lo relativo a la Policía local como la organización del Tránsito".

"c) Por idénticas razones se viola manifiestamente el artículo 97 ordinal 8º del Código de Régimen Político y Municipal... No puede corresponder a los Concejos lo que corresponde a las Asambleas;

"d) Viola este Acuerdo en todo su contexto y en cuanto reglamenta el tránsito, el artículo 169 del C. P. y M. por cuanto entre las atribuciones enunciadas por éste no existe la de reglamentar el tránsito local, en todo o en parte, como lo ha hecho el Concejo de Medellín... Tampoco le dio esta facultad la Ley 89 de 1936 en relación con la 72 de 1926";

"e) La reglamentación comentada viola también el reglamento ejecutivo (art. 65 C. C. A.), así:

La Resolución Nº 181 de 1954 dictada el 10 de abril de 1954 en desarrollo de las facultades dadas por el artículo 16 del Decreto Legislativo número 0826 de 1954, establece en su artículo 72 que "la fijación de rutas urbanas y la reglamentación del tránsito estarán a cargo del Alcalde del respectivo Municipio o de las autoridades de Circulación y Tránsito de éste". El Concejo de Medellín, al reglamentar en todo su Acuerdo Nº 56 de 1960 una parte esencial del tránsito, invadió una órbita reservada por reglamento ejecutivo nacional, en Medellín, a las autoridades de Circulación y Tránsito, y violó ostensible, manifiestamente, el mencionado artículo 72 de la Resolución Ejecutiva de 1954".

2º—Porque "El Concejo crea estacionamientos cobrados con tarifas iguales a otras vigentes para el servicio particular, es decir, un impuesto pues no se trata de un servicio", y la creación de este impuesto viola las disposiciones siguientes:

"a) El artículo 197 de la Constitución, en su ordinal 2º, por cuanto el Concejo vota una contribución no autorizada por ninguna disposición de ley o de ordenanza;

"b) Por la misma razón, se viola el artículo 169 del C. de Régimen Político y Municipal, numeral 2º, pues no hay autorización legal ni ordenanza para crear el impuesto de estacionómetros. Ahora bien: ese artículo, en cuanto crea el impuesto, es nulo y su nulidad acarrea la del resto del acuerdo por cuanto quedaría descoyuntado el texto íntegro de las ordenaciones del Concejo".

La sentencia del Tribunal sólo declara la nulidad de la parte final del Parágrafo del artículo 3º del Acuerdo demandado y niega la nulidad de las demás disposiciones, con fundamento en las consideraciones siguientes:

"El acto de policía se caracteriza por el efecto jurídico que produce. Es una operación que asegura, por vía general o individual, preventivamente y gracias a medidas apropiadas, la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas...". Esos elementos teleológicos que caracterizan el acto de policía se echan de menos en las normas del Acuerdo enjuiciado, destinadas a regular, no la circulación de vehículos, sino su estacionamiento para resolver problemas que dicen relación evidente a la administración de las vías públicas dentro de los términos municipales, en todo de acuerdo con la facultad que otorga el artículo 7º —numeral 4º— de la Ley 72 de 1926.

"Cierto que las reglamentaciones sobre estacionamiento permanente o indefinido de vehículos de servicio público y particular tienen contactos, repercusiones, incidencias con la circulación de los mismos, porque las actividades sociales tienen todas su conexión; pero los problemas de la circulación no son los del estacionamiento permanente de vehículos en las vías públicas y la ocupación de éstas con kioscos o puestos de despacho de tales aparatos. Nótese que el Acuerdo habla de estacionamiento permanente, y no reza para nada con los estacionamientos circunstanciales o "paradas" de vehículos para tomar o apear pasajeros, por ejemplo, problema éste que sí es de circulación propiamente dicha, como lo son igualmente los aspectos de idoneidad de los conductores, vías que deben seguir los vehículos, velocidad máxima y mínima, intensidad del servicio, prelación de unas vías sobre otras, etc., cuestiones éstas de eminente policía preventiva, o de policía de supervigilancia para la seguridad y eficacia de la prestación del servicio público, cuestiones éstas que evidentemente sí estarían fuera de la competencia del Concejo. Precisamente de esta última índole es la disposición aislada del cuerpo general del Acuerdo, que aparece incrustada en la parte final del Parágrafo único del Artículo 3º, que reza: "... y los conductores deberán permanecer en ellos dentro de los vehículos, en disponibilidad permanente para el servicio".

"Esta materia sí está por fuera de la competencia de la corporación edilicia, porque ninguna disposición legal atribuye a los Concejos reglamentar la prestación del servicio público de transporte, y sí existe en cambio la norma superior de derecho contenida en el Decreto Legislativo 0826 de 1954 que da atribución a otras autoridades para esta clase de reglamentos, en la forma y términos que invoca el actor.

"Respecto al resto del artículo 3º, que también ataca el demandan-

te en cuanto implica la creación de un impuesto no autorizado por ley u ordenanza, ya se insinuó en el auto que negó la suspensión provisional que no se trata propiamente de la creación de un impuesto nuevo, sino de la extensión de los efectos de otro ya vigente, según se desprende del contexto mismo de la disposición, a los vehículos de servicio público, en el mismo pie de igualdad a los vehículos particulares, para los cuales ya se encontraba establecido. Pero no se conoce el Acuerdo que creó esas tarifas para los estacionómetros, y ni siquiera, se sabe si se trata de tasas, honorarios o impuestos propiamente dichos. Claro que en caso de ser afectadas de ilegalidad las tarifas establecidas en Acuerdo anterior, no sería factible examinar esa tacha a través de una simple disposición que se limita a ampliar su exigibilidad en la forma aislada que pretende el distinguido demandante".

Del fallo apeló el actor, pero no sustentó el recurso, pues no presentó alegato escrito al corrérsele el respectivo traslado para hacerlo.

El señor Fiscal Primero, doctor Francisco José Camacho Amaya, conceptuó que la sentencia del Tribunal debe ser confirmada pues consideró fundadas las razones que le sirven de fundamento. El concepto del señor Agente del Ministerio Público se concreta así:

"Del texto del Acuerdo citado no se desprende por parte alguna que el Concejo de Medellín hubiera fijado o modificado el régimen de Policía para el Municipio aludido. Una cosa es que se establezcan ciertas medidas para el buen uso de las vías públicas y otra cosa es que por su peculiar naturaleza la Policía esté encargada de hacer cumplir tales medidas, lo cual no significa que se legisle, por parte del Concejo, en asuntos de incumbencia de la Asamblea Departamental.

"El numeral 2º del artículo 187 de la Constitución Nacional se refiere a la organización y funcionamiento de la Policía Departamental, a los procedimientos policivos aplicables en el Departamento en caso de contravenciones, etc. Por consiguiente la interpretación que el demandante da a esta norma, está fuera de lugar..."

"... En cuanto a que el Acuerdo acusado establece un impuesto, es conveniente anotar que existe una confusión de concepto entre impuesto y tasa porque al paso que el primero es obligatorio y no indica la retribución por parte del Estado, la segunda sólo se causa como retribución por un servicio concreto que presta la administración a quien lo demanda de ella. Así, el que no desea la prestación de ese servicio público no está obligado a pagarlo.

"Se trata, en el caso subjudice, el pago de una tasa o de un derecho

y no de un impuesto para lo cual no está violando el Concejo disposición constitucional alguna".

Para resolver se considera:

La Sala encuentra inobjetables los fundamentos de la sentencia del Tribunal. La demanda no es fundada, porque contra lo aseverado en ella, obra lo dispuesto en el ordinal 4º del artículo 7º de la Ley 72 de 1926 que es extensivo a los municipios que sean capitales de Departamento, según el artículo 2º de la Ley 89 de 1936, norma que expresamente dice:

"Además de las facultades atribuidas a los Concejos Municipales, el de Bogotá tendrá las siguientes:

"....

"4º—La administración directa y ensanche de todas las vías públicas existentes dentro de la ciudad, con excepción de las carreteras nacionales...".

"Una cosa es el tránsito de vehículos, el señalamiento de rutas, el señalamiento de tarifas de transporte, lo referente a licencias de conducción de vehículos, el establecimiento de sanciones por infracciones a los reglamentos del tránsito, etc., etc., y otra distinta la reglamentación del estacionamiento de vehículos en las vías públicas urbanas y de la ocupación de éstas con kioscos y puestos permanentes destinados a atender el servicio público de vehículos. Lo primero se comprende específicamente en lo que es propio de la policía de servicio público; lo segundo, pertenece a lo que es materia de la administración de las vías públicas urbanas, cuya ocupación permanente es atentatoria de los derechos del común, ocupación que sí pueden reglamentar los Concejos Municipales que gozan de la facultad conferida en el ordinal 4º del artículo 7º de la Ley 72 de 1926, sin invadir la esfera de competencia de las Asambleas o de las autoridades de tránsito.

El acuerdo acusado no viola, por consiguiente, las disposiciones que la demanda señala como infringidas.

En cuanto al cargo de que el Acuerdo crea en el artículo 3º un impuesto sin autorización de ley u ordenanza y en consecuencia viola el ordinal 2º del artículo 197 de la Constitución Nacional y el ordinal 2º del artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal, la Sala comparte la argumentación expuesta por el Tribunal, para desecharlo. El impuesto, tasa o contribución a que se refiere la disposición, según dice su texto, es el vigente "para los estacionómetros de los vehículos de servicio particular", lo que claramente indica que fue creado por un

estatuto anterior y que el Acuerdo acusado se limita a hacerlo extensivo a los vehículos de servicio público que usen las zonas destinadas a estacionamiento que demarque la Alcaldía dentro del área determinada en el artículo 2º. La demanda no acusa la ilegalidad del impuesto porque se aplica a los carros de servicio público, sino por haber sido creado sin autorización de ley u ordenanza y este cargo no puede ser dirigido contra una disposición que no crea precisamente el gravamen, sino que —como lo dice el Tribunal— "se limita a ampliar su exigibilidad".

Por lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de acuerdo con el señor Fiscal Segundo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia materia de la apelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Alejandro Domínguez Molina. — Carlos Gustavo Arrieta. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez D. — Alvaro L. Cajiao B., Secretario.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO III — ORDEN NACIONAL

Capítulo Segundo: Decretos y Resoluciones de los Alcaldes y actos de otras personas administrativas del orden municipal.

ORDEN MUNICIPAL

RESOLUCIONES DE LA CONTRALORIA DISTRITAL

FACULTAD DISCRECIONAL DE NOMBRAMIENTO Y REMOCION DE EMPLEADOS. TEORIA DE LOS MOTIVOS DETERMINANTES DEL ACTO ADMINISTRATIVO. MOTIVACION POSTERIOR AL ACTO. El poder discrecional de remover a los subalternos de su despacho cuando lo considere conveniente para la buena marcha del servicio público que dirige, se le ha conferido al jefe administrativo en razón de la responsabilidad que ese buen funcionamiento le apareja. No está obligado a motivar sus decisiones y, de consiguiente, tampoco lo está a expresar posteriormente los motivos de su decisión. La teoría del motivo determinante se basa necesariamente en que el funcionario al ejercer su facultad haya expresado espontáneamente, en el mismo acto, el motivo que determinó su decisión. Cuando éste se declara, cabe controvertirlo y, demostrada su falsedad, puede llegarse a la conclusión de que no existió un motivo de buen servicio que justificara la decisión. Pero cosa muy distinta es que se pretenda hacer motivar posteriormente una decisión de aquéllas en que se ejercitó la facultad discrecional y en cuyo texto no aparecía motivo alguno. Si ese sistema se propiciara se socavaria el principio de la facultad discrecional y su ejercicio por quien estaba investido de ella al proferir el acto.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., veinticuatro de enero de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. RICARDO BONILLA GUTIERREZ)

REF: Exp. Nº 1710. Asuntos Municipales. Actor: Luis Eduardo Tamayo. Nul. Resoluciones Nos. 516 Nov. 10/59 y 518 de Nov. 12 mismo año. Contraloria Distrital de Bogotá. Apelación interpuesta por el Personero de Bogotá contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha octubre 25/61.

ANTECEDENTES

El apoderado constituído al efecto por el señor Luis Eduardo Tamayo Ramos, presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca demanda en acción de plena jurisdicción según lo establecido en el artículo 67 del C. C. A., contra el Distrito Especial de Bogotá, representado por su Personero, para que previos los trámites del correspondiente juicio se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.—Que es nula la Resolución número 516 de 10 de noviembre de 1959, originaria de la Contraloría del Distrito Especial de Bogotá, por ser violatoria de las disposiciones legales que en el curso de esta demanda se determinan y por haber sido dictada con abuso y desviación de poder, con falsa motivación comprobada y no en uso de la facultad de libre nombramiento y remoción.

"SEGUNDA.—Que como consecuencia de lo anterior, se declare que es nula también la resolución número 518 de 12 de noviembre de 1959, en virtud de la cual y por haberse declarado insubsistente el nombramiento de Luis Eduardo Tamayo Ramos, se designó en su reemplazo al señor Antonio Rivera F., para ocupar el cargo de Revisor Fiscal de Aseo y Matadero — Sección IV Grupo 5º".

"TERCERA.—Que como consecuencia de lo anterior, se decrete el restablecimiento de derechos en favor del señor Tamayo Ramos, consistente en lo siguiente:

"a) Restablecimiento inmediato al cargo de Revisor Fiscal de Aseo y Matadero Sección IV Grupo 5º, o a la Auditoría de Aseo o a la Auditoría de Matadero, Talleres y Planta de Asfalto o a cualquiera otra Auditoría o Revisoría de igual categoría o a cualquier otro cargo de igual categoría y sueldo que para la fecha de la ejecutoria de la sentencia tenga la misma categoría y sueldo que el que venía desempeñando mi poderdante".

"b) Pago de los sueldos dejados de devengar por el señor Tamayo Ramos por razón de la destitución en el cargo referido o en el que corresponda de acuerdo con las reorganizaciones administrativas que se produzcan, y teniendo en cuenta las asignaciones que en cada momento haya tenido dicho cargo o el correspondiente.

"c) Que se declare que desde el día de la destitución del señor Tamayo hasta la fecha de su restablecimiento al cargo correspondiente, no ha existido solución de continuidad en el ejercicio de dicho puesto público, para efecto de las prestaciones sociales, bonificaciones, recompensas, subsidios, primas, pensiones, etc.

"d) Que para efectos de las anteriores declaraciones, se proceda de conformidad y en los términos señalados por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

"e) Que como consecuencia del mandato 'B' se pague dentro del término del artículo 121 no solamente los sueldos sino también las primas, subsidios, bonificaciones que van aparejados al sueldo del citado señor Tamayo Ramos".

Los hechos los expone así la demanda:

"1) Por Resolución número 43 de 26 de enero de 1959, mi poderdante fue designado para el cargo de Revisor Fiscal de Aseo y Matadero por cuenta de la Contraloría del Distrito Especial de Bogotá. Cargo del cual tomó posesión con fecha primero de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve.

"2) El señor Tamayo venía desempeñando su cargo con la eficiencia requerida, con absoluta probidad y con plena sumisión y obediencia para con sus superiores.

"3) El día 10 de noviembre de 1959 tanto el señor Contralor Auxiliar como el Contralor del Distrito, solicitaron la presencia inmediata del señor Tamayo en el despacho del segundo, con el fin de reclamarle en nombre de la Administración y de aclarar unos hechos que se le imputaban sin prueba alguna, hechos ocurridos el día domingo anterior (ocho de noviembre), consistentes en que el señor Tamayo dizque había tenido intervención en la política activa, por haber concurrido a una concentración que había tenido lugar en el día anotado en la zona anexada de Fontibón, en las horas de la mañana.

"4) El señor Tamayo compareció al despacho del señor Contralor a la citación referida, y en presencia del Contralor Auxiliar sin pruebas ni descargos de ninguna naturaleza, se le manifestó por el Contralor que su nombramiento quedaba insubsistente desde la fecha (diez de noviembre) por cuanto había intervenido en la política activa al concurrir a una manifestación en Fontibón en la fecha anotada y que sólo se libraría de la destitución presentando inmediata renuncia del cargo. El señor Tamayo en forma respetuosa y comedida para con sus superiores, manifestó no ser cierta la pretendida intervención en política y, como consecuencia, la no existencia de razón para presentar renuncia del cargo. Ante tal situación el señor Contralor, en presencia de mi poderdante, dispuso al empleado correspondiente, la inmediata destitución del señor Tamayo, para lo cual se profirió la resolución acusada y se le envió luego la nota comunicatoria que adjunto.

"5) De acuerdo con el acta de la correspondiente sesión que me permito adjuntar, el señor Contralor en una de las sesiones posteriores del Concejo de Bogotá, fue interrogado por varios miembros de la Corporación sobre su conducta en el caso del señor Tamayo, y claramente expresó que la destitución se había producido por la intervención de Tamayo en la política activa, que 'personalmente lamenta verse forzado a destituir a quienes violen sus exigencias en ese sentido pero que ha prescindido de los servicios de varios empleados, inclusive copartidarios suyos, porque es la única forma de sanear la Administración, cuan-

do quiera que se infrinjan mandatos legales como los establecidos en la Ley 19 de 1958' y con anterioridad había expresado, contestandó la pregunta siguiente de uno de los concejales: 'Dentro de la libertad que tiene el señor Contralor para remover los empleados subalternos, ¿se podría saber la causa de esa destitución (refiriéndose a la del señor Tamayo)?' Dijo: 'Por estar pendiente un memorial que dirigió el señor Tamayo, pedía al Concejo una prórroga para responder este punto, hasta cuando estuviera resuelto el citado memorial' (dicho memorial que fue resuelto no voluntariamente sino en virtud de la intervención drástica del suscrito abogado, dice o solicita los motivos que determinaron el acto de destitución). Expresó también el Contralor: 'Agregó que aprovechaba la oportunidad para expresar que desde el momento de posesionarse de la Contraloría se había propuesto —convencido como está de la necesidad de que los empleados públicos se sustraigan a las actividades políticas— organizar las dependencias a su cuidado, de acuerdo con estas normas de imparcialidad que constituyen uno de los postulados del Frente Nacional".

"6) Posteriormente, el señor Tamayo acompañado del suscrito, se presentó al despacho del señor Contralor, con el fin de solicitarle la expedición de un certificado sobre los móviles determinantes de la destitución, a fin de presentarlo con esta demanda. En principio el señor Contralor se negó a expedirlo expresando que se trataba de recursos 'tinterillescos' según su propia expresión; pero posteriormente se expidió la certificación que me permito adjuntar. De acuerdo con él queda plenamente establecido que el señor Tamayo no fue destituído en uso de la facultad de libre nombramiento y remoción, sino con base en la falsa motivación a que se ha hecho referencia. Porque consta en él que el señor Contralor le increpó su intervención en política, hecho que fue desvirtuado por el señor Tamayo; y que a pesar de no existir probanza alguna, a Tamayo se le destituyó por no haber querido presentar renuncia, teniendo como único móvil el pretendido cargo de intervención en política.

"7) Destituído, en la forma dicha, mi poderdante, el señor Contralor, por virtud de la Resolución número 518 de noviembre 12 de 1959, se le reemplazó en el cargo, por el señor Antonio Rivera F., quien tomó posesión el mismo día, como consta en el acta adjunta".

Del capítulo de la demanda titulado "NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION" se toma el planteamiento de derecho, que es el sustancial, contenido en su primer párrafo. Dice así:

"Se trata en este caso de violación indirecta de normas, producto de un abuso o desviación de poder y, por consiguiente, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado no es el caso sino de hacer la correspondiente fundamentación en derecho, que emana

del artículo 66 no por razón de la acción niisma que se ejercita que es la de plena jurisdicción (art. 67) sino porque de dicho artículo emana el derecho de mi mandante al estimar que se ha violado la ley en virtud del uso desviado o del abuso que por el señor Contralor se hizo de sus facultades legales sobre libre nombramiento y remoción consagradas en el Código de Régimen Político y Municipal".

Luego, para entrar en el análisis de las cuestiones de hecho que, según el criterio expuesto en la demanda, establecen la desviación de poder con que obró el Contralor Distrital al decretar la insubsistencia del señor Tamayo Torres en el empleo que desempeñaba, refiriéndose a la copia del acta de la sesión del Concejo efectuada el 17 de noviembre de 1959 y a la certificación dada por el Contralor del Distrito y el Contralor Auxiliar con fecha 16 de diciembre al interesado, sostiene la demanda que de esos documentos "se deduce sin equívoco el hecho o móvil determinante, que no fue otro distinto a una pretendida intervención en actividades políticas".

Después del análisis de las declaraciones contenidas en los citados documentos, dice la demanda:

"Por todo lo anterior, dejo plenamente establecido que la causa inmediata o móvil del acto administrativo que puso fuera del servicio a mi mandante, no fue otra que la desviada y carente de veracidad relativa a la consumación de un delito consagrado por el Código Penal en su artículo 180 que dice: 'En la misma sanción establecida en el primer inciso del artículo anterior, incurrirá el funcionario o empleado público que forme parte de directorios políticos o intervenga en debates de ese carácter'. Y el inciso primero señala pena de arresto de dos meses a un año e interdicción de funciones públicas hasta por el mismo tiempo

"Lo anterior quiere decir que habiendo sido el móvil de la destitución de Tamayo un hecho delictuoso, sin desviar y abusar del poder de destituír y nombrar, la Contraloría no podía desinvestirle sin que previamente se adelantara la correspondiente investigación penal para determinar la existencia del hecho punible, con las correspondientes consecuencias, entre otras, la pérdida del cargo. Y como así no se hizo, sino que, por el contrario, sin investigación administrativa ni penal alguna, se dio por establecido el hecho, se incurrió en falsa motivación con abuso de poder.

"Dentro del término probatorio respectivo, demostraré plenamente que el señor Tamayo no ha intervenido en política par idista en ningún momento en el ejercicio de su función, y que, como consecuencia, siendo una imputación delictuosa y falsa, debe ser restituído al cargo y restablecido en sus demás derechos".

Tramitado el juicio en el Tribunal, esta Corporación, por mayoría de votos y con intervención de Conjuez para decidir el empate que se presentó entre los Magistrados, dictó su fallo, cuya parte resolutiva dice:

"PRIMERO. Declárase la nulidad de las Resoluciones números 516 de 10 de noviembre de 1959 y 518 de 12 de los mismos mes y año, de la Contraloría del Distrito Especial de Bogotá, por las cuales se declaró insubsistente el nombramiento del señor LUIS E. TAMAYO, como Revisor Fiscal de Aseo y Matadero —Sección IV Grupo Nº 5—; y se nombró para el mismo cargo al señor ANTONIO RIVERA F.;

"SEGUNDO. Como consecuencia de la nulidad declarada, ordénase la restitución del señor LUIS E. TAMAYO, al cargo de Revisor Fiscal de Aseo y Matadero —Sección IV Grupo Nº 5—;

"TERCERO. El Distrito Especial de Bogotá pagará al señor LUIS E. TAMAYO, el valor de los sueldos dejados de devengar por éste, desde el día en que fue retirado del cargo de Revisor Fiscal de Aseo y Matadero —Sección IV Grupo Nº 5—, como consecuencia del cumplimiento de la Resolución número 516 de 1959 (noviembre 10), del Contralor del Distrito Especial, hasta la fecha de su reintegración al servicio público distrital, conforme lo dispone el punto anterior, tomando en cuenta las asignaciones que durante ese lapso hubiere tenido dicho cargo;

"CUARTO. Para los efectos de prestaciones socia es y demás, el tiempo en que el señor LUIS E. TAMAYO estuvo separado del cargo como consecuencia de la ejecución de la Resolución número 516 de 1959, se contará en su favor, como si no se hubiera producido solución de continuidad alguna; y

"QUINTO. El Distrito Especial de Bogotá, dará cumplimiento a las ordenaciones de esta sentencia, dentro del término que establece el artículo 121 de la Ley 167 de 1941".

Interpuesto por el señor Personero Distrital recurso de apelación contra el fallo, y concedido por el Tribunal, se rituó el trámite de la segunda instancia sin que el señor Personero hubiera sustentado el recurso.

El señor Fiscal Segundo de esta Corporación, doctor Uladislao Domínguez, conceptúa que debe revocarse la sentencia apelada y negar, en cambio, las peticiones de la demanda.

De la fundamentación de este concepto, se transcriben los siguientes apartes:

"La demanda con que se ha iniciado este juicio tiene como base

fundamental de su pedimento la nu idad originada en el hecho de que los actos acusados se dictaron con fundamento en motivos falsos los cuales, según el apoderado del actor, producen la nulidad de las resoluciones querelladas, de acuerdo con la jurisprudencia que el H. Consejo de Estado ha consagrado siguiendo la doctrina de los tratadistas de derecho administrativo, especialmente a Gastón Jeze.

"El citado tratadista en su teoría de la 'falsa motivación' se refiere a los motivos determinantes de la destitución, es decir a motivos que resulten contrarios a la verdad. Sólo cuando estos motivos determinantes de la destitución se apartan de la orientación cardinal del buen servicio público se entiende que hay desviación de poder.

"Y dentro de la teoría expuesta por Jeze ello es así, porque en Francia el deber y la facultad de desempeñar cargos públicos, está limitado a las personas que en los exámenes de pruebas generales organizados por el Estado han demostrado su capacidad en el manejo y dirección de los asuntos públicos. Existe prácticamente el servicio de carácter profesional. Los funcionarios consagran su vida al servicio del Estado y hacen de éste el medio de su subsistencia, a la inversa de lo que ocurre entre nosotros.

"Pero si bien es cierto qué en Colombia, como en todos los Estados del mundo, la designación de funcionarios públicos tiene como fin primordial la realización de una función pública, para cumplir los fines del Estado en la prestación de los servicios públicos, tales cargos son encomendados a cualquier ciudadano, con un mínimum de condiciones, pues se considera que toda persona tiene capacidad general para ejercer las funciones en la Administración, salvo en determinados cargos, como por ejemplo los que se refieren a la Rama Jurisdiccional, para los cuales la Constitución y la Ley exigen condiciones específicas.

"Por tanto, en Colombia la regla general en la atribución de nombrar y remover a los empleados públicos, es la de que ésta es discrecional, y sólo por excepción reglada.

"La teoría de la falsa motivación traída a nuestra jurisprudencia del expositor francés ya citado, tiene por fundamento el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, al disponer que la acción de nulidad allí consagrada procede contra los actos administrativos no sólo por motivos de inconstitucionalidad, sino también cuando han sido expedidos en forma irregular o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que las profiere".

"En los actos discrecionales, como son las remociones que libremente puede hacer el superior jerárquico, tal como lo prevé la Constitución y la Ley para los funcionarios del orden meramente administrativo, el agente que realiza el acto no está obligado a motivarlo, pero si

lo hace, la circunstancia de no corresponder el motivo declarado a la realidad no trae necesariamente como consecuencia la nulidad del acto sino en determinadas condiciones, pues el mismo autor de la teoría de la 'falsa motivación' ha dicho que 'cuando un agente público expresa, en el acto mismo, los motivos que le han hecho obrar, estos motivos por lo mismo que están expresados en el acto, se consideran, en principio, determinantes...'

"Es claro que cuando el empleado tiene un status legal que hay que respetar y su desplazamiento del servicio público no puede hacerse sino mediante determinadas condiciones, la teoría de la 'falsa motivación' es aplicable tal como lo predica la doctrina francesa. Lo mismo acontece cuando para destituír al empleado se han alegado motivos que comprometen su patrimonio moral o científico; cuando el empleado ha sido designado para un período fijo y con el desplazamiento se le priva del derecho de ejercer el cargo por el resto del período para el cual fue nombrado; o finalmente cuando en el acto se alega para la destitución del empleado el inconveniente de su presencia en el cargo para el cumplimiento del buen servicio, resultando falsa esta afirmación. En todos estos casos puede tener perfecta aplicación la teoría de la 'falsa motivación', porque en ellos aparece violada una norma positiva de derecho".

De sentencia proferida por esta Sala el 29 de septiembre de 1961, con ponencia del H. Consejero doctor Alejandro Domínguez Molina, copia luego el señor Fiscal varios apartes en que se reproducen y acogen conceptos del tratadista Gastón Jeze sobre la "doctrina de la falsa motivación", fundada según éste "en la teoría de los motivos determinantes en derecho público". Dice el fallo de esta Sala, citando a Jeze:

"Esta teoría según el mismo Jeze 'es el complemento de la teoría de la competencia de los agentes públicos, siendo realmente imposible separar ambas teorías. Para saber si la competencia existe en determinado caso, es preciso investigar ante todo qué acto se ha realizado; el motivo determinante permitirá decirlo, como así también, si el motivo determinante es lícito, afirmar que, a pesar de las apariencias, no existía la competencia exigida para alcanzar el fin que tuvo en cuenta el agente público'. Y el mismo autor dice que 'una de sus ventajas (de la teoría de los motivos determinantes) sobre la cual hay que insistir, es la de permitir señalar **la verdadera naturaleza jurídica de un acto a pesar de las apariencias, las disimulaciones y los términos impropios** (subraya) con que se lo ha calificado, descubrir si la competencia se ha exigido correctamente, en los casos y condiciones que establece la ley' (Principios Generales de Derecho Administrativo, III, pág. 285, I)".

"Cierto es que el mismo Jeze advierte que 'los motivos que están expresados en el acto, se consideran **en principio** (subraya la Sala) de-

terminantes' (III, pág. 235), pero él mismo advierte en varios apartes de su obra que se pueden investigar los verdaderos motivos, porque éstos pueden no coincidir con los invocados en la decisión".

"En efecto en el Tomo II, página 198, refiriéndose a desinvestidura, expresa:

'La terminología empleada no revela siempre la verdadera situación. Sólo el minucioso examen de todas las circunstancias de hecho, especialmente de los **motivos** (subraya la Sala) que lo han determinado, permitirá mostrar la exacta naturaleza de la resolución producida'. Más adelante al referirse a las pruebas del motivo determinante que admite el Consejo de Estado de Francia, dice en relación con 'los motivos que preceden a la parte dispositiva del acto': 'Es éste un medio de prueba muy frecuente. La ley prescribe cada vez más a los agentes públicos la obligación de motivar sus actos más importantes. Pero esto no significa que cuando la ley no establece la obligación de motivar, el juez no deba tener en cuenta los motivos expresados por el agente público, no pueda investigar los motivos. EL PODER DE INDAGAR LOS MOTIVOS, ES GENERAL'. (III, pág. 283). (El subrayado es del texto, las mayúsculas de la Sala). Y por último al sentar las conclusiones generales de su estudio sobre la teoría, expone: 'La investigación de los motivos determinantes es cuestión muy delicada. En realidad es especialmente el Consejo de Estado quien debe resolverla' (III, página 287).

"Por otra parte, lejos de sostener el profesor Jeze la tesis de que cuantas veces se demuestre que es falso el motivo invocado en la decisión, el acto deba anularse, expone al respecto la doctrina en los siguientes términos:

'El solo hecho de que el motivo alegado sea materialmente falso, **podrá** (subraya) tener como consecuencia la nulidad del acto aunque el agente público no estuviese obligado a motivarlo... ESTA NULIDAD NO ES POR OTRA PARTE, UNA CONSECUENCIA INELUDIBLE (Mayúsculas de la Sala). Ello depende de las circunstancias de la causa - III, pág. 236': Sentencia de 29 de septiembre de 1961— Tomo 94, folio 195 del Libro Copiador de Sentencias".

Y continúa conceptuando el señor Fiscal:

"Según los términos de la Resolución antes transcrita, la remoción del demandante del aludido empleo se fundó exclusivamente en la facultad discrecional que le confieren las leyes a los funcionarios administrativos para nombrar y remover libremente a sus empleados subalternos. De modo que si el Contralor del Distrito Especial de Bogotá sólo invocó la facultad legal que tenía para retirar libremente del servicio al señor Tamayo, lógicamente no existe 'falsa motivación'.

"Además, el cargo de Revisor Fiscal de Aseo y Matadero de la Contraloría Distrital no está amparado por ningún estatuto legal sobre inamovilidad relativa. Por tanto, tratándose de un empleado de libre nombramiento y remoción, la Contraloría podía en cualquier momento prescindir de los servicios del demandante, en la forma en que procedió el Contralor Distrital, en ejercicio de la facultad que le confiere el Acuerdo número 23 de 1929.

"El apoderado del demandante, con el ánimo de demostrar la existencia de la 'falsa motivación' alegada quiere establecer una estrecha vinculación entre las acusaciones hechas al actor por su intervención activa en la política y las resoluciones acusadas. Sin embargo, a juicio de esta Fiscalía dicha relación no puede tomarse en cuenta, de una parte, porque los actos demandados no hacen relación a tales hechos, y de otra, porque las resoluciones acusadas no contienen ninguna motivación, sino que, como en ellas mismas se expresa, fueron expedidas en uso de las facultades que la ley le confiere a las Contralores Municipales para nombrar y remover libremente a sus agentes".

Para resolver, la Sala considera:

1º—El demandante, señor Tamayo, estaba desempeñando un empleo de libre nombramiento y remoción y el jefe administrativo correspondiente, o sea el Contralor del Distrito Especial de Bogotá, ejercitó por medio de la Resolución aludida aquella facultad discrecional, declarando insubsistente el nombramiento que al señor Tamayo se le había hecho.

2º—En ese acto el Contralor no estaba obligado a expresar motivo alguno y no lo expresó.

3º—En las circunstancias de hecho y de derecho anteriormente anotadas, se pregunta:

¿Dónde está la falsa motivación del acto que pudiera servir de fundamento para una acusación por desvío de poder?

Si el acto no está motivado, se trata del puro y simple ejercicio de la facultad discrecional del jefe administrativo.

Expedido así el acto, ¿será admisible compeler en cualquier forma al funcionario que usó simple y llanamente de su facultad discrecional a que exprese con posterioridad los motivos determinantes del acto de remoción de su subalterno que no manifestó al proferirlo porque no estaba obligado a ello?

Y si da una explicación posterior, ¿se podrá fundar en ella un cargo

de desvío de poder como si ésta formara parte del acto ya expedido?

Porque lo ocurrido en el acto sub-iudice fue que después de expedido el acto por el cual se declaró insubsistente en su empleo al demandante (noviembre 10) y quizá el posterior del 12 de noviembre, por el cual fue designado por el Contralor otro ciudadano para desempeñar el mismo empleo, el señor Tamayo solicitó por escrito al funcionario que lo había removido una explicación —según parece— sobre los motivos que hubiera tenido para decretar la remoción. Se ignora la fecha exacta en que tal solicitud fuera elevada al Contralor; pero, de todos modos, ella fue presentada cuando el acto de remoción estaba expedido y obraba sus efectos.

Mientras se daba una respuesta a la solicitud del demandante Tamayo, el día 17 de noviembre, en sesión del Concejo Distrital, uno de los Concejales (según parece, con la intención de desvirtuar una aseveración que al respecto le había sido hecha en el Directorio de su partido) preguntó al Contralor si era él la persona que había solicitado la destitución del señor Luis E. Tamayo. A esa pregunta respondió el Contralor diciendo que el interpelante nada tenía que ver con la destitución de ese empleado. Otro de los Concejales le formuló entonces esta cuestión: "Dentro de la libertad que tiene el señor Contralor para remover a los empleados subalternos, ¿se podría saber la causa de esa destitución?" El acta sigue así:

"El señor Contralor respondió que por estar pendiente un memorial que le dirigió el señor Tamayo, pedía al Concejo una prórroga para responder este punto, hasta cuando estuviera resuelto el citado memorial. Agregó que aprovechaba la oportunidad para expresar que desde el momento de posesionarse de la Contraloría se había propuesto —convencido como está de la necesidad de que los empleados públicos se sustraigan a las actividades políticas— organizar las dependencias a su cuidado de acuerdo con estas normas de imparcialidad que constituyen uno de los postulados del Frente Nacional. Que fiel a tales ideas, exigió a todos sus subalternos que permanezcan al margen de las luchas partidistas para evitar que quienes fiscalizan los dineros públicos aparezcan mezclados en asuntos ajenos a sus funciones, con evidente perjuicio para la buena marcha de la administración. Que personalmente lamenta verse forzado a destituír a quienes violen sus exigencias en ese sentido, pero que ha prescindido de los servicios de varios empleados, inclusive copartidarios suyos, porque es la única forma de sanear la administración, cuandoquiera que se infrinjan mandatos legales como los establecidos en la Ley 19 de 1958. Que fervoroso partidario como es de la política del Frente Nacional, única que permitirá la solución de los graves problemas que afronta el país, escogió a un distinguido elemento del liberalismo como sub-Contralor, a fin de que opere la responsabilidad

conjunta de los partidos históricos consagrada constitucionalmente por medio de la reforma plebiscitaria. Que es así como de común acuerdo con el Sub-Contralor toma las medidas adecuadas al mejor funcionamiento de la oficina bajo su cuidado. Expresó finalmente que la línea de conducta estimada por el Contralor y el Sub-Contralor como justa y eficaz, será seguida sin vacilación en el manejo de la entidad".

La anterior explicación del Contralor al Concejal interpelante no expresa que al señor Tamayo se le hubiera removido por una determinada y concreta intervención de carácter político-partidista. Alude, en términos generales, a que exigió, de acuerdo con el Subcontralor —perteneciente al partido opuesto— que sus subalternos permanecieran al margen de las luchas partidistas, porque eso perjudica la buena marcha de la Administración. Y que dentro de esa línea de conducta se ha visto obligado a prescindir de varios empleados.

Por fin, el 16 de diciembre, el Contralor y el Subcontralor, "en virtud de solicitud escrita del señor Luis E. Tamayo, certifican:

"Que el día diez (10) de noviembre del año en curso, concurrió el señor Tamayo acompañado del Contralor Auxiliar, en horas de la mañana, al despacho del Contralor, quien le hizo saber que tenía información, de fuentes veraces, de que había concurrido a una manifestación política que tuvo lugar en la población de Fontibón, de la comprensión del Distrito Especial, habiendo sido desmentido por Tamayo en forma contraria al respeto y consideración que los empleados subalternos deben al Contralor.

"Así mismo advirtió al señor Tamayo que su nombramiento sería declarado insubsistente a menos que prefiriera renunciar.

"El señor Tamayo fue separado del cargo en virtud de lo dispuesto en la Resolución Nº 516 de 10 de noviembre de 1959;..."

Son muy claros los anteriores apartes del certificado: El Contralor le manifestó a Tamayo que tenía informes "de fuentes veraces" (deberían serlo para el criterio de aquel funcionario, aun cuando a la postre el hecho no resultara confirmado) de que Tamayo había concurrido a una manifestación política en Fontibón, y agrega el certificado: "habiendo sido desmentido por Tamayo en forma contraria al respeto y consideración que los empleados subalternos deben al Contralor". Aquí aparece, en concepto de la Sala, quizá el motivo determinante para prescindir de los servicios del empleado y él sería suficiente para que no existiera ningún abuso del poder discrecional del Contralor al remover al subalterno. Pero ésta es aquí una cuestión secundaria. El certi-

ficado continúa diciendo, después de copiar la Resolución declaratoria de insubsistencia, donde no se manifiesta motivo alguno:

"Que como puede verse el nombramiento del señor Tamayo fué declarado insubsistente haciendo uso el Contralor, al dictar la Resolución, de la facultad que sobre libre nombramiento y remoción de los empleados de la Contraloría le confiere el artículo 3º, Parágrafo 2º, del Acuerdo 23 de 1929 que la creó".

Aquí reivindica el Contralor su poder discrecional de remover a los subalternos de su despacho cuando lo considere conveniente para la buena marcha del servicio público que dirige. Esta discrecionalidad se le ha conferido al jefe administrativo en razón de la responsabilidad que el buen funcionamiento del servicio correspondiente le apareja. No está obligado a motivar su Resolución y en el presente caso no la motivó. De consiguiente, tampoco está obligado a expresar con posterioridad los motivos de aquella decisión. Si lo estuviera, el poder discrecional que la ley le ha conferido no tendría sentido ni operancia alguna. Si por pura cortesía accede a explicar los antecedentes del acto por el cual ejercitó su discrecionalidad legal, esas explicaciones posteriores no forman parte del acto mismo, ya que éste carecía de motivación y se produjo como el simple ejercicio de una potestad legal. Toda la teoría francesa de los motivos determinantes, cuando se obra con facultad discrecional, está fundada en la espontánea motivación que se dé en el texto mismo de la decisión administrativa a aquellas que, por ser proferidas en ejercicio de ese poder, no requieren la manifestación de los motivos que en el ánimo del funcionario las determinaron. Es claro que si en tales circunstancias se expresan motivos, ellos deben ser verdaderos y cabe controvertir en juicio si lo son o no. De no serlo, se configura la desviación de poder, cuando no aparecen motivos justificativos del acto, en razón del buen servicio o cuando se pretextaron motivos inexistentes para apoyar la decisión. Pero la teoría del motivo determinante se basa necesariamente en que el funcionario, al ejercer su facultad, haya expresado en el mismo acto el motivo que determinó su decisión. Cuando éste se declara, cabe controvertirlo y, demostrada su falsedad, puede llegarse a la conclusión de que no existió un motivo de buen servicio que justificara la decisión. Pero cosa muy distinta es que se quiera hacer motivar **posteriormente** una decisión de aquellas en que se ejercitó la facultad discrecional y en cuyo texto no aparecía motivo alguno. Si tal sistema se propiciara se socavaría el principio de derecho público de la facultad discrecional, puesto que todo acto en que ella se ejercitara sería susceptible de provocar un proceso en busca de ocultos e injustificados motivos del acto en orden a demostrar desviación de poder y ocasionar condenas a las entidades de derecho público en favor de los presuntos damnificados. Resultaría él obviamente perturbador y conflictivo para la Administración, en cuanto al ejercicio

de la facultad de nombrar y remover libremente el personal que aún no está protegido por un estatuto de carrera administrativa.

Mientras se desenvuelve el régimen nuevo sobre servicio civil que regule en forma sistemática el ingreso, la permanencia y el ascenso de los empleados públicos, así como las causas y procedimientos para su suspensión y remoción (en el cual deberán responsabilizarse los jefes administrativos cuando incurran en graves e inexplicables errores que lesionen los derechos de sus subordinados) los empleados que no están amparados por estatutos especiales —como lo observa el señor Fiscal— continúan sometidos al régimen de discrecionalidad de los correspondientes jerarcas administrativos, a quienes compete, según su simple criterio —que legalmente se presume inspirado en el buen servicio— destituir a quienes consideren necesario, sin expresar en el acto que dispone la destitución motivo alguno. Por eso, si el acto se dictó sin motivación, en ejercicio de la facultad discrecional, no es admisible controvertirlo provocando explicaciones o motivaciones de ninguna naturaleza, las cuales —en el caso de que se produzcan fuera del acto mismo— no pueden tenerse en cuenta como si fuesen parte integrante de una decisión que no las contenga. Aceptar semejante sistema en la jurisdicción contencioso-administrativa —se repite— sería tanto como desconocer el ejercicio de la facultad discrecional de quien estaba investido de ella al proferir el acto. En ausencia de motivación de actos de esta clase la presunción de que se inspiran en el buen servicio público resulta necesaria.

En sentencia del 5 de julio de 1962, había dicho esta Sala, con ponencia del mismo Consejero a quien ha correspondido la presente:

"Muy deseable es que la institución del servicio civil vaya perfeccionándose día por día, tanto en el sentido de lograr del personal el máximo de eficiencia, como en el de poder reglar adecuadamente lo concerniente a la disciplina de ese personal y a sus relaciones con la administración para eliminar hasta donde sea posible la absoluta discrecionalidad que aún existe en cuanto a investidura y desinvestidura de muchos empleados públicos. Pero donde quiera que la facultad de nombrarlos y removerlos sea discrecional, al ejercitarla no necesita el jefe de la administración expresar motivo alguno y si no lo expresa en el acto que contiene su decisión no es jurídicamente admisible que se configure una desviación de poder fundada en móviles o intenciones que no constan en él. En tales circunstancias, los móviles que se tuvieron para tomar la decisión quedarán siempre cubiertos y justificados por la facultad discrecional y escaparán por completo a la jurisdicción contencioso administrativa, la cual no podrá encontrar en el acto desviación de poder".

Las anteriores consideraciones, además de las expuestas en el concepto fiscal, conducen a la Sala a concluir que debe revocarse la sentencia recurrida y en su lugar declarar infundada la demanda.

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, y de acuerdo con el concepto de su colaborador fiscal,

F A L L A :

Revócase la sentencia recurrida, y en su lugar RESUELVE no acceder a las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Eladio Gómez G. — Carlos Gustavo Arrieta. — Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Alejandro Domínguez Molina. — Jorge A. Velásquez D. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Alvaro León Cajiao B., secretario.

ORDEN MUNICIPAL

RESOLUCIONES DE LOS ALCALDES

ALCALDIA DE BOGOTA, D. E.

CUERPO DE BOMBEROS DEL DISTRITO ESPECIAL. — Los integrantes del Cuerpo de Bomberos —institución de carácter civil, a pesar de tener una disciplina militar conforme a su reglamento— son empleados públicos que no están ligados a la administración por contrato de trabajo, sino por una situación legal y reglamentaria, hecho que no permite el pago de horas extras (Ley 141 de 1948, art. 12) ni la remuneración de la jornada nocturna, pues ella es una obligación del personal, comprendida en el reglamento del cuerpo. Pero admite el descanso compensatorio o la remuneración adicional para los días de descanso, pues conforme a la ley los empleados oficiales tienen ese derecho.

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., enero veinticinco de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. JORGE DE VELASCO ALVAREZ)

En apelación ha subido al Consejo la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha 7 de julio de 1961. La sentencia denegó las súplicas de la demanda instaurada por el señor Julio César Vásquez Galvis impetrando la nulidad de las resoluciones números 731 de 14 de septiembre y 1047 de 30 de noviembre, de 1959, dictadas por la Alcaldía Distrital de Bogotá.

Al señor Vásquez le negó la Alcaldía el pago de trabajo nocturno, sueldos de días festivos y horas extras que, en concepto del demandante, le correspondían por el desempeño del cargo de Comandante del Cuerpo de Bomberos de Bogotá. Como restablecimiento de su derecho el demandante pidió que se le ordenara pagar dichas sumas.

Se ha considerado, tanto por la Alcaldía como por el Tribunal, que el señor Vásquez en su carácter de comandante del Cuerpo de Bomberos, era un empleado público y como tal no tenía derecho a horas extras, conforme al artículo 12 de la Ley 141 de 1948, norma que prohibe la retribución por servicios de esa clase para los empleados públicos.

La Administración y el **a quo** anotaron también en sus respectivas providencias que, conforme al Decreto 388 de 1951, estatuto orgánico del Cuerpo de Bomberos de Bogotá, el personal de dicha organización está "sujeto a la disciplina militar", o sea que tiene un régimen espe-

cial, con la obligación de servir a cualesquiera hora y todos los días, según los reglamentos de la institución.

Se considera:

No puede remitirse a duda que los integrantes del Cuerpo de Bomberos —institución de carácter civil— son empleados públicos. No están pues ligados a la Administración por un contrato de trabajo sino por una situación legal y reglamentaria, situación ésta que no permite el pago de horas extras. Y como bien lo dice el señor Fiscal 2º del Consejo, "en relación con el personal del Cuerpo de Bomberos de Bogotá, sujeto por su reglamento a un régimen especial, sólo podría hablarse de trabajo en horas extras cuando éste se exigiera fuera del tiempo previsto en el respectivo reglamento. Y en lo referente al trabajo en los días domingos y de fiestas religiosas o nacionales, para que pudiera decirse que un miembro del Cuerpo de Bomberos tiene derecho al pago doble de la remuneración, o al descanso compensatorio, se requeriría que se le hubiera exigido trabajar en esos días, cuando de acuerdo con el reglamento de régimen interno de la institución no le correspondía el turno ordinario en ese determinado día".

Que, a pesar de tener el Cuerpo de Bomberos una disciplina militar conforme a su propio reglamento, es un cuerpo eminentemente civil y de empleados públicos, lo comprueba, además de la síntesis que sobre relación de empleo público hace el Tribunal, teniendo en cuenta los caracteres de continuidad, permanencia, remuneración y jerarquía, que forman la noción de empleado público, el Decreto ya citado número 388 de 1951, por el cual se establece el reglamento del Cuerpo de Bomberos de Bogotá. Allí se dice que la jerarquía comienza por el Alcalde Mayor de la ciudad. En tales condiciones el nombramiento y remoción de los empleados de la institución es voluntario de la Alcaldía, conforme al Código Político y Municipal; y su trabajo se rige por las normas legales de los empleados públicos y las de carácter especial. Entre estas últimas está el decreto mencionado, que, como ya se dijo, estatuye que cuando el personal del Cuerpo de Bomberos se halle en servicio, estará sujeto a disciplina militar. Es decir que para el ejercicio de sus funciones dicho personal debe regirse por aquella disciplina militar que los obliga a trabajar según el reglamento. En ese reglamento (Decreto 388 de 1951) se obliga, entre otras cosas, al Comandante a pernoctar en la Estación (art. 58) y permanecer en ella "el mayor tiempo posible".

Todo lo dicho hasta aquí se relaciona con la obligación de trabajar por parte del empleado. En tratándose de la remuneración el asunto hay que enfocarlo desde el ángulo correspondiente.

El comandante Vásquez estaba obligado a trabajar siempre que el

servicio se lo exigiera. Pero tenía derecho a una de dos cosas: o a los turnos compensatorios para descansar o a la remuneración adicional para los días de descanso, pues que, conforme a la ley los empleados oficiales tienen ese derecho.

Al demandante podía exigírsele que prestara su servicio en días feriados pero compensándolo con turnos rotatorios, tal como se hace también bajo la disciplina militar. No fue así, porque la demanda sostiene que trabajó los días festivos "sin que se le hubiese dado compensación en tiempo para descansar", y la Alcaldía no ha traído a los autos la prueba de que sí se le dieron. Por el contrario, el señor Vásquez ha traído pruebas de sus asertos, como son las declaraciones de algunos de sus compañeros de trabajo y los libros de Minuta de Guardia.

Se explica que en el presupuesto del Distrito —conforme lo cetrifica la Contraloría— no hay partidas para el reconocimiento de días feriados y trabajos nocturnos para los servidores del Cuerpo de Bomberos porque, como ya se dijo, conforme a la reglamentación debe haber turnos compensatorios.

En resumen de lo dicho, se tiene:

El demandante no tiene derecho al pago de las horas extras por prohibición expresa del artículo 12 de la Ley 141 de 1948. Tampoco a la remuneración de la jornada nocturna, puesto que además de estar ella comprendida en el reglamento del Cuerpo, no hay prueba de que le hubiere servido continuamente. De los dos declarantes en su favor, el señor José Eduardo Velásquez dice que el comandante Vásquez pernoctaba en los cuarteles; pero el señor Obdulio Vega Mejía declara que pernoctaba en el cuartel "la mayoría de las veces". Es decir que las declaraciones no son contestes. Tiene sí derecho a que se le reconozca el valor de los días feriados trabajados.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, en desacuerdo con la vista fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

1º—Revócase la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 7 de julio de 1961;

2º—Son nulas las resoluciones números 731 y 1047 de 14 de septiembre y 30 de noviembre de 1959 dictadas por la Alcaldía Distrital de Bogotá, en lo concerniente al pago de días festivos y feriados debi-

dos al señor Julio César Vásquez Galvis, por sus servicios de Comandante del Cuerpo de Bomberos de Bogotá;

3º—La Alcaldía de Bogotá pagará al señor Vásquez lo correspondiente a los días de que trata el numeral anterior, durante el tiempo en que dicho señor trabajó en la Estación del Norte del Cuerpo de Bomberos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Meluk. — Jorge de Velásquez Alvarez. — Guillermo González Charry. — José Urbano Múnera. — Marco A. Martínez Bernal, Secretario.

NOTA DEL RELATOR: La doctrina que este fallo consagra, ha sido reiterada por la Corporación. Entre otros casos, en el fallado el 13 de septiembre de 1963 al desatar una acción igual promovida por Rafael A. Cárdenas y Francisco Valderrama Alvarez, con ponencia redactada igualmente, por el Consejero doctor De Velasco.

ORDEN MUNICIPAL

RESOLUCIONES DE LA JUNTA DISTRITAL DE HACIENDA

EXENCION DE IMPUESTOS A LAS VIVIENDAS ADQUIRIDAS A LA CAJA DE VIVIENDA MILITAR. Disposiciones que la consagran. Fecha desde la cual comienza a gozarse: Como la exención del impuesto predial no se concede en razón de disposiciones de orden distrital sino nacional, la exención debe beneficiar al propietario desde la fecha de adquisición de la vivienda a la Caja de la Vivienda Militar. TASAS E IMPUESTOS. Elementos de diferenciación. Los servicios de aseo y alumbrado público constituyen tasas, no impuestos y, por tanto, no están comprendidos dentro de la exención del impuesto predial concedida por las normas vigentes a las viviendas adquiridas a la Caja de la Vivienda Militar.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., trece de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. GABRIEL ROJAS ARBELAEZ)

REF: Expediente Nº 1.523, relacionado con la nulidad de la Resolución Nº 0589 de 1960, emanada de la Junta Distrital de Hacienda.

El doctor Bernardo Botero Díaz, con poder del señor José A. Ramírez Merchán, pidió en demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 26 de julio de 1960 que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1º) Que son nulas por no reunir los requisitos que la ley exige para su valor, por haber sido expedidas en forma irregular e ilegal, las Resoluciones de carácter administrativo números 589 de noviembre 24 de 1959 y 656 de marzo 23 de 1960, dictadas por la Junta Distrital de Hacienda del Distrito Especial de Bogotá, representada por el Secretario de Hacienda del mismo Distrito, y por las cuales se impone y se confirma, respectivamente, los gravámenes del impuesto predial, aseo y alumbrado en el inmueble situado en la Diagonal 53, número 22-11/15 de esta ciudad, y que se encuentra en el Registro Catastral del Distrito bajo el número 54-A-T-22/19, y que es de propiedad de mi mandante, señor Teniente Coronel José A. Ramírez Merchán".

"2º) Que como consecuencia de la primera declaración, mi poderdante el señor Teniente Coronel José A. Ramírez Merchán, queda restablecido en su derecho y por consiguiente no está obligado a cubrir el

impuesto predial del inmueble determinado en esta demanda, a favor del Distrito Especial de Bogotá, a partir del diez de diciembre de 1955, fecha en que se le transfirió el inmueble por parte de la Caja de Vivienda Militar".

3°) Que se declare también que mientras el inmueble situado en la Diagonal 53 número 22-11/15 de esta ciudad sea de propiedad del señor Teniente Coronel José A. Ramírez Merchán, permanezca hipotecado a favor de la Caja de Vivienda Militar de Bogotá, gozará de las exoneraciones de impuestos y contribuciones durante el tiempo que rija dicho gravamen".

HECHOS Y DERECHO:

En una relación en que indistintamente se enuncian los hechos fundamentales de la acción y el derecho que se invoca, el demandante expuso lo que resumido se puede expresar así:

Por escritura número 4649 de 10 de diciembre de 1955 otorgada en la Notaría Primera de Bogotá, el señor Teniente Coronel José A. Ramírez Merchán adquirió, por venta que le hizo la Caja de la Vivienda Militar, el inmueble situado en la Diagonal 53 número 22-11/15, sobre el cual quedó debiendo, con garantía hipotecaria constituída sobre el mismo, la suma de veintitrés mil seiscientos sesenta y nueve pesos con sesenta y nueve centavos ($ 23.669.69), suma a pagar en el término de veinte años.

El inmueble adquirido por el señor Ramírez Merchán, en virtud de haber sido obtenido por operación llevada a cabo con la Caja de la Vivienda Militar, está exento de impuestos y contribuciones durante el tiempo que permanezca gravado a favor de dicha entidad, según lo dispuesto en los artículos 12 y 17 del Decreto 2767 de 1953, y 8º de la Ley 144 de 1959, y 6º del Decreto 1.769 de 1955.

La Junta Distrital de Hacienda, según Resoluciones 589 de 24 de noviembre de 1959 y 656 de marzo 23 de 1960, confirmatoria la última de la primera, negó al señor Teniente Coronel José A. Ramírez Merchán la exención del pago correspondiente a los servicios de aseo y alumbrado, y apenas reconoció la del impuesto predial a partir del semestre siguiente a la fecha de la primera Resolución mencionada, debiendo haber reconocido dicha exención desde la fecha de la adquisición del inmueble.

La Junta Distrital de Hacienda aplicó al señor Ramírez Merchán una doctrina distinta a la tenida en cuenta en otras ocasiones, como puede verse de la Resolución número 545 de 29 de mayo de 1957, por la que se concedió la exención total, y desde la fecha del otorgamiento

de la escritura por la cual transfirió el dominio la Caja de la Vivienda Militar.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia de fecha quince de mayo de mil novecientos sesenta y uno el Tribunal dispuso lo siguiente:

"1º) Decláranse nulas las Resoluciones números 589 de 24 de noviembre de 1959 y 656 de 23 de marzo de 1960 expedidas por la Junta Distrital de Hacienda, en cuanto por la primera se expresó que a partir del semestre siguiente a su fecha se concedería la exención del impuesto predial para la casa números 22-11 y 22-15 de la Diagonal 53 de esta ciudad, Registro Catastral 54A-T22/19 de propiedad del señor José A. Ramírez Merchán, y no accedió a conceder la exención del pago de los servicios de aseo y alumbrado; y la segunda, en cuanto confirmó lo resuelto al respecto en la anterior".

"2º) En consecuencia, se declara que el nombrado señor José A. Ramírez Merchán, no está obligado a cubrir el impuesto predial del citado inmueble, a partir del diez (10) de diciembre de 1955, en que se le transfirió por parte de la Caja de la Vivienda Militar. Concédesele igualmente, a partir de la fecha antes expresada, la exención del pago de las contribuciones de aseo y alumbrado, complementarios del impuesto predial, y por el tiempo que la finca permanezca gravada a la nombrada Caja de la Vivienda Militar".

La consideración del **a quo** para adoptar la decisión que se ha transcrito, fue la de que las disposiciones invocadas por el actor comprendían toda clase de impuestos y contribuciones; que en éstas quedaba incluído lo correspondiente a los servicios de aseo y alumbrado, y que la fijación de un término de seis meses para que el demandante pudiera gozar de la exención del impuesto predial, era arbitraria.

El señor Personnero Distrital apeló del fallo en referencia.

CONCEPTO DEL SEÑOR FISCAL:

El señor Fiscal Primero conceptuó en su vista del 29 de enero de 1962 que se debe confirmar la providencia apelada, con fundamento en que lo que se paga por agua y alumbrado es una contribución forzosa de la cual está exento el actor.

Para resolver se considera:

Las disposiciones invocadas por el demandante son: los artículos 12 y 17 del Decreto 2767 de 1953, el artículo 6º del Decreto 1769 de

1955, y el 8º de la Ley 155 de 1959. Esos preceptos disponen en su orden:

Decreto 2767, por el cual se organiza la Caja de la Vivienda Militar:

"Artículo 12: La adjudicación de las casas o préstamos se hará en la forma que determine la Junta Directiva.

"Parágrafo 1º: Las viviendas que adjudique la Caja o que se adquieran o construyan mediante sus préstamos, cualquiera que sea su valor, quedarán constituídas en patrimonio de familia inembargable.

"Parágrafo 2º: La constitución de este patrimonio, que está exento de toda clase de impuestos, se hará en el respectivon istrumento de venta o préstamo, sin más formalidades de procedimiento, instrumento que deberá registrarse en el libro a que se refiere el artículo 18 de la Ley 70 de 1931.

. . . . . .

"Artículo 17: Tanto la Caja de Vivienda Militar como las operaciones que celebre y ejecute estarán exentas de toda clase de impuestos y contribuciones nacionales, departamentales y municipales presentes o futuros. Gozará además de todas las ventajas que confiere la Ley a las instituciónes de utilidad social o pública".

Decreto 1769 de 1955:

"Artículo 6º: Las viviendas que se adquieran o construyan con préstamos de la Caja de Vivienda Militar o del Instituto de Crédito Territorial, están exentas de impuestos y contribuciones durante el tiempo que permanezcan gravadas a dichas entidades".

Ley 144 de 1959:

"Artículo 8º: (reproduce la disposición anterior)".

A su vez las consideraciones que hizo la Junta Distrital de Hacienda para expedir las providencias acusadas fueron las siguientes:

1ª) Que el Decreto 2767 se refiere solamente a exenciones para la Caja de la Vivienda Militar y no para las personas que se benefician con los servicios de ella.

2ª) Que las personas beneficiadas sólo empiezan a gozar de la exención desde el semestre siguiente a la fecha de la Resolución que la concede.

3ª) Que la exención no se puede dar por el término de veinte

años, sino por el tiempo que permanezca gravado el inmueble a favor de la Caja de Vivienda Militar.

4ª) Que no se concede al señor José A. Ramírez Merchán la exención del pago por los servicios de agua y luz, porque no se trata de un impuesto ni de una contribución, sino de un servicio que presta el Distrito.

La Junta Distrital de Hacienda en las providencias acusadas no niega al demandante la exención del impuesto predial, sino que la pospone para seis meses después de la fecha de los actos mencionados, y desconoce el derecho a la exención por los servicios de aseo y alumbrado. Son, pues, estos dos puntos los que deben considerarse.

El argumento para la primera de las negativas mencionadas, fue el de que, según las disposiciones del Distrito, las exenciones sólo pueden comenzar a gozarse seis meses después de su otorgamiento. Sin embargo, como en el caso la exención del impuesto predial no se concede en razón de disposiciones de orden distrital, sino nacional, que fueron primero los Decretos citados y luego la Ley 144 de 1959, a las cuales aquéllas están subordinadas, es evidente que el término fijado en la Resolución número 589 es ilegal, y que por lo mismo la exención debe beneficiar al demandante desde la fecha en que adquirió de la Caja de la Vivienda Militar, esto es, desde el diez (10) de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

Por lo que hace a los servicios de alumbrado y aseo debe considerarse que este concepto no puede ser involucrado en el de impuesto y contribuciones como lo hace el actor y lo acepta la sentencia que se revisa, pues que constituyen categorías muy distintas de recaudos fiscales. Es cierto que en el lenguaje común se suele dar el nombre de impuesto a todo lo que se paga al Erario, y que esa indeterminación puede apreciarse hasta en algunos textos legales en que no ha considerado el legislador ser necesario hacer la distinción entre impuestos, contribuciones y tasas. Pero la doctrina tiene perfectamente establecida la diferenciación entre esos conceptos, y definido nítidamente qué constituye el impuesto y qué la tasa. Ya no hay equívoco alguno respecto a que al impuesto lo distinguen ser una prestación pecuniaria que eroga el contribuyente sin contraprestación y sólo por el hecho de pertenecer a una comunidad política y que apenas se concibe organizada; el ser forzosa y poderse exigir coactivamente, y el cobrarse de conformidad con una reglamentación y no por el arbitrario poder del Estado.

La tasa a la vez se distingue porque ella se paga para compensar una prestación del ente público, en razón de un **do ut des** imprescindible de mantener cuando se trata de amortizar el gasto que ha origina-

do un servicio y de proveer al sostenimiento y renovación de los equipos. Por lo mismo no puede entenderse que la exención del pago por servicios de aseo y alumbrado, pago que corresponde a una tasa, quedó incluída en la exención de impuestos y contribuciones establecida en las disposiciones que reglamentan la Caja de Vivienda Militar. Además de que sería injusto y contrario a las normas constitucionales que establecen la separación de los patrimonios de la Nación, los Departamentos y los Municipios, imponer a uno de los últimos una carga que le implica una erogación, sin la entrada que la compense.

DECISION

Por lo expuesto anteriormente el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo en parte con el señor Fiscal,

FALLA:

1º) Confírmase el numeral 1º de la sentencia apelada, en cuanto se declaran nulas las Resoluciones números 589 de 24 de noviembre de 1959 y 656 de 23 de marzo de 1960, expedidas por la Junta Distrital de Hacienda, por haberse dispuesto en ellas que la exención del impuesto predial, a favor del señor José A. Ramírez Merchán, sólo se concedería a partir del semestre siguiente a la fecha de tales providencias. Revócase en lo demás.

2º) Confírmase el numeral 2º de la sentencia mencionada en cuanto ella dispone que el señor José A. Ramírez Merchán está exento del pago del impuesto predial correspondiente a la casa número 22-11 y 22-15 de la Diagonal 53 de esta ciudad, Registro Catastral número 54A-T11/19, a partir del 10 de diciembre de 1955, fecha en la que adquirió el inmueble por transferencia que le hizo la Caja de la Vivienda Militar. Revócase en lo demás.

3º) Revalídese el papel común utilizado en la actuación.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Jorge A. Velásquez. Gabriel Rojas Arbeláez. — Alvaro León Cajiao B., Secretario.

ORDEN MUNICIPAL

RESOLUCIONES DE LOS CONCEJOS

SECRETARIOS DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES. El cargo de Secretario del Concejo Municipal es de creación legal, sus funciones tienen carácter permanente y quien lo desempeñe goza de período fijo (artículos 161 del C. de R. P. y M. y 4º del Decreto Nº 49 de 1932). Aunque es verdad que la elección de Secretario del Cabildo está a cargo de la corporación, realizada y comunicada la elección, el Concejo pierde la facultad de removerlo y reemplazarlo a su arbitrio.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., tres (3) de abril de mil novecientos sesenta y tres (1963).

(Consejero Ponente: Dr. JORGE A. VELASQUEZ D.)

Ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, el doctor Raúl Muñoz Agudelo, como apoderado del señor Gerardo Urrego Guzmán, presentó el 7 de julio de 1960 demanda en la cual, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, pide se hagan estas declaraciones:

1ª) Que es nula la Resolución de fecha 21 (sic) de junio de 1960, emanada del Concejo Municipal de Puerto Berrío y por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del cargo de Secretario del Concejo Municipal que venía ejerciendo el demandante y "se ordenó la entrega de la Oficina al señor Personero Municipal".

2ª) Que, consecuencialmente y a título de restablecimiento del derecho violado, se disponga el reintegro del demandante al cargo de Secretario del Concejo Municipal de Puerto Berrío, "por el resto del tiempo que faltare para cumplir el período legal para el cual fue designado", y se ordene el pago de los sueldos dejados de percibir, o sea desde el 21 de junio de 1960, hasta cuando sea restituído en el cargo o hasta la fecha del vencimiento del período legal para el cual fue elegido.

3ª) "Que la Entidad demandada está obligada a reconocer a mi mandante a título de prestaciones sociales, la cesantía y las vacaciones por el tiempo servido y a que tiene derecho como trabajador, al tenor del artículo 17 de la Ley 6a. de 1945 en concordancia con los artículos 1º, 2º y 4º del Decreto 2767 de 1945; prestaciones que se liquidarán sobre el sueldo vigente el último mes de la expiración del período legal (octubre de 1960), vale decir sobre $ 700.00 que era el sueldo que regía cuando mi mandante fue despedido; y además el valor de la prima semestral correspondiente".

Adujo como hechos de la demanda los que en seguida se resumen:

1º) El demandante Urrego Guzmán desempeñaba el cargo de Secretario del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Berrío y fue llamado por el Concejo Municipal de allí a desempeñar el cargo de Secretario de la Corporación y el primero de noviembre de 1958 fue nombrado Secretario del Concejo, cargo del cual tomó posesión el 5 del mismo mes y año citados;

2º) Desde entonces sirvió el cargo ininterrumpidamente hasta el 21 de junio de 1960, fecha en la cual fue destituído e hizo entrega de la Oficina al señor Personero Municipal.

3º) Cuestiones de carácter personal surgidas con algunos Concejales fue el origen de la destitución del demandante, pues en un principio se le quiso rebajar el sueldo de $ 700.00 a $ 200.00 mensuales, medida que no logró cristalizarse, pero por medio de la proposición número 288 de 21 de junio (sic) de 1960 se declaró insubsistente el nombramiento del demandante.

Como normas superiores de derecho violadas el demandante cita las siguientes:

Artículo 4º del Decreto 49 de 1932, reglamentario de la Ley 84 de 1915; Ley 5ª de 1929 y artículo 4º de la Ley 4ª de 1913; artículos 82 a 89, 94, 97, 124, 125 y 130 del C. C. A. Como concepto de la violación se expresó en la demanda lo siguiente:

"El H. Concejo Municipal de Puerto Berrío, al destituír a mi mandante del cargo de Secretario de la Corporación violó lo establecido en el Decreto 49 de 1932 reglamentario de la Ley 84 de 1915, las disposiciones de la Ley 5ª de 1929 y desconoció el período del Secretario del H. Concejo que es el mismo de la Corporación, el cual únicamente puede ser removido de manera muy limitada, ya que mediante prueba sumaria, sólo cuando expresamente lo permite la Ley, puede destituírse un empleado de período fijo, como cuando se trata de: abandono del puesto o declaración de vacancia por vencimiento de una licencia.

"Mi mandante venía laborando correctamente y no podía ser destituído de su empleo dentro del período, por el H. Concejo Municipal, sin causa justificativa y permitida por la Ley y en tal virtud el hecho traducido en la Resolución por la cual se destituyó a Gerardo Urrego Guzmán, entraña una violación de las normas preestablecidas, antes anotadas, y un franco abuso del derecho".

Tramitado el negocio en la primera instancia, el Tribunal lo decidió en sentencia fechada el 18 de septiembre de 1961 cuya parte resolutiva dispone:

"1º) Se declara la nulidad de la resolución tomada por el H. Concejo Municipal de Puerto Berrío, con fecha 10 de junio de 1960, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Gerardo Urrego Guzmán, como Secretario de la misma entidad.

"2º) Como consecuencia de la declaración anterior, el Municipio de Puerto Berrío pagará al demandante los sueldos dejados de percibir durante el tiempo que faltaba para completar el período de su empleo, o sea desde el 21 de junio de 1960 hasta el 30 de octubre del mismo año, a razón de setecientos pesos mensuales ($ 700.00). Ello se hará en el término que indica el artículo 121 del C. C. Administrativo.

"3º) Para los efectos de prestaciones sociales se tendrá en cuenta el tiempo que se ordena pagar, como si lo hubiese trabajado.

"4º) Respecto a la petición señalada con la letra d), de la demanda, se declara la excepción de petición de modo indebido".

En grado de consulta ha venido al Consejo de Estado la sentencia en referencia y como la consulta debe decidirse de plano, al efecto se considera:

El Tribunal **a quo** teniendo en cuenta que el artículo 4º del Decreto número 49 de 1932 estableció que el período del Secretario del Concejo Municipal es el mismo de los Concejales, o sea el de dos (2) años, estimó que dicho ordenamiento se violó manifiestamente por parte del Concejo Municipal de Puerto Berrío al declarar insubsistente su nombramiento por Resolución tomada el 10 de junio de 1960, según consta en el acta que aparece en los autos. Al efecto se expresó así el H. Tribunal:

"El cargo de Secretario de los Concejos Municipales es de período fijo, pues así lo dispone el artículo 4º del Decreto 49 de 1932, al estatuír que el período de estos empleados es igual al período de los Concejales. Sabido es que el de estos últimos es de dos años. Por esta razón el señor Urrego Guzmán tenía derecho a permanecer en su empleo hasta el 31 de octubre de 1960, fecha en la cual vencía su período.

"La mala conducta de que se le acusó al destituírlo es cuestión que debió definirse previamente, mediante procedimiento y normas adecuados, y no con una simple proposición de insubsistencia. Uno de

los Concejales, don William Gil, manifestó al discutirse un proyecto de acuerdo por medio del cual se rebajaba el sueldo del Secretario del Concejo: 'La actitud del Concejo es una clara demostración de que la representación liberal no quiere al señor Gerardo Urrego Guzmán como Secretario de la Corporación y se le rebaja el sueldo para obligarlo a renunciar, ya que no se ha destituído por ser uno de los empleados de período fijo y no se le quiere pagar el tiempo que falta para la expiración del mismo'. Se observa por lo anterior que no existía razón legal alguna para la destitución del demandante".

El acto acusado dice así:

"Proposición Nº 288. Por la cual se declara insubsistente un nombramiento. El Concejo Municipal de Puerto Berrío, en uso de sus funciones legales, RESUELVE: Declárase insubsistente el nombramiento recaído en el señor Gerardo Urrego Guzmán como Secretario del Concejo Municipal de Puerto Berrío, por mala conducta. El destituído una vez legalice los actos aprobados en esta sesión y demás que tenga pendientes de las Juntas y Comisiones entregará al Personero los elementos de oficina a su cargo, previo riguroso inventario. Transcríbase al empleado destituído, al señor Auditor de Control Previo y a los señores Alcalde, Personero y Tesorero de Rentas Municipales. Puerto Berrío, junio 10 de 1960". Según constancia que se lee al folio 34, esta proposición fue "aprobada por 4 votos afirmativos contra dos negativos".

En autos están acreditados los siguientes hechos:

a) El demandante Urrego Guzmán fue elegido Secretario del Concejo Municipal de Puerto Berrío el 1º de noviembre de 1958, según aparece del Acta de Instalación de dicha Corporación que se lee a los folios 1 a 3 inclusive.

b) Al folio 4 aparece la constancia de que el señor Urrego Guzmán tomó posesión del cargo de Secretario.

c) Al folio 9 se lee la certificación expedida por el señor Presidente del Concejo Municipal de Puerto Berrío en la cual se afirma que el señor Urrego Guzmán "prestó servicio como Secretario del Concejo, en una forma continua y sin interrupción del cinco (5) de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958) al día de hoy veintiuno (21) de junio de mil novecientos sesenta (1960), fecha en que hace etnrega de la Oficina al señor Personero Municipal por mandato del mismo Concejo".

El cargo de Secretario del Concejo Municipal es de creación legal

según el artículo 161 del Código de Régimen Político y Municipal, y se entiende que es de carácter permanente porque, aunque las funciones adscritas a un Concejal son por tiempo determinado, en cambio las del Secretario son por tiempo indeterminado ya que tiene a su cargo la guarda de la oficina, el archivo, los libros de actas y otros documentos. El Secretario de los Concejos Municipales goza del período fijo, pues tiene el mismo de los Concejales, es decir dos años. El artículo 4º del Decreto 49 de 1932, citado en la demanda como violado, estatuye que el período del Secretario y del suplente de éste del Concejo Municipal será el mismo período de los Concejales...", y como por el acto acusado se declaró insubsistente el nombramiento de Secretario del Concejo Municipal de Puerto Berrío que desempeñaba el demandante antes de expirar el período para el cual fue nombrado, es claro que se violó el mencionado artículo 4º.

Es verdad que la elección de Secretario está a cargo del Concejo, pero realizada dicha elección y comunicada, la Corporación pierde la facultad de removerlo y reemplazarlo a su arbitrio.

Si en el presente caso se le formulaba al demandante el cargo de intervenir en política y por ello se le consideraba de mala conducta, lo cuerdo y legal era adelantar y perfeccionar el correspondiente proceso administrativo en el cual se le comprobara el cargo mencionado, lo cual acarrearía una sanción, cuando más, pero no era acreedor a la destitución del cargo, sencillamente porque no mediaba sentencia de autoridad competente.

El Honorable Tribunal libró exhorto al señor Personero Municipal de Puerto Berrío "para que expida copia auténtica del expediente sobre acusación del citado señor Urrego Guzmán dizque por intervención en política, que le fue pasado en comisión y no ha devuelto al Concejo", y la Secretaría de la Personería al folio 53 vuelto certifica "que en el despacho de la Personería Municipal no se encuentra el expediente a que se refiere el exhorto anterior y que como consecuencia no se puede expedir la copia solicitada".

De manera que no se acreditó que en realidad de verdad el señor Urrego Guzmán hubiera intervenido en política y que dicho cargo estuviera comprobado para que así pudiera refutársele como empleado de mala conducta.

El Tesorero de Rentas Municipales de Puerto Berrío, al folio 12, certifica que el señor Urrego Guzmán devengaba en el mes de junio de 1960 "una asignación mensual de $ 700.00 según el Presupuesto de Rentas y Gastos en vigencia".

El período para el cual fue nombrado el señor Urrego Guzmán Secretario del Concejo Municipal de Puerto Berrío expiraba el 31 de octubre de 1960.

De todo lo anterior se deduce que la sentencia consultada está ajustada a derecho y debe confirmarse, pero adicionándola en el sentido de que de las sumas de dinero que debe pagar el Tesoro Municipal de Puerto Berrío por concepto de sueldos se debe descontar lo que el demandante Gerardo Urrego Guzmán hubiere devengado por servicios prestados en otras actividades.

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, CONFIRMA LA SENTENCIA consultada adicionándola con el siguiente numeral:

De las sumas de dinero que debe pagar por sueldos el Tesoro Municipal de Puerto Berrío al señor Gerardo Urrego Guzmán, se descontará lo que éste hubiere devengado desde el 21 de junio hasta el 30 de octubre de 1960 por servicios prestados al Estado o a otras entidades de las enumeradas en el artículo 64 de la Constitución Nacional, o en actividades de orden privado en horas ordinarias de trabajo, y corresponde a la Administración la prueba de los descuentos que debe ser allegada dentro del término señalado en el artículo 121 del C. C. A.

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

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Jorge A. Velásquez D. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Alvaro León Cajiao B., Secretario General.

ORDEN MUNICIPAL

ACTOS DE LOS PERSONEROS MUNICIPALES

CONTRATOS. Incompetencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de demandas que soliciten la nulidad de contratos que haya celebrado la Administraci n. Naturaleza de tales actos a la luz de los artículos 62 a 67 y 73, ordinal 1º, de la Ley 167 de 1941. Qué debe entenderse por actos administrativos que tengan origen en un contrato.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, cuatro de julio de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. RICARDO BONILLA GUTIERREZ)

REF: Exp. Nº 2456. Apelación autos interlocutorios. Actor: Eulogio Diaz Castro. Nulidad contratos escrituras 1021 y 1022 de Sep.t 22/62. Apel. auto Feb. 26/63 Tribunal Administrativo de Nariño.

El Tribunal Administrativo de Nariño en auto de 26 de febrero del año en curso, denegó la admisión de la demanda propuesta por el doctor José Zabulón Romo como apoderado del señor Eulogio Díaz Castro para que declarara la nulidad de los contratos contenidos en las escrituras números 1021 y 1022 de 22 de septiembre de 1962 otorgadas en la Notaría Primera de Pasto, "por no tener competencia para conocer de la misma". El apoderado del actor apeló de esa decisión y surtido el trámite pertinente corresponde a la Sala decidir el recurso, para lo cual considera:

El principal motivo invocado por el Tribunal para inadmitir la demanda es el de falta de competencia para conocer de ella a términos del numeral 1º del artículo 73 del C. C. A., ya que lo demandado de nulidad son las ventas de zonas de terreno que el Personero Municipal de Pasto hizo a Antonia Castillo de Benavides y Miguel Castillo, por medio de las citadas escrituras. Son de la providencia apelada los siguientes razonamientos en los cuales el Tribunal fundamentó su decisión:

"El C. C. A., luego de señalar en los artículos 62 a 64 los actos nacionales y departamentales susceptibles de acusación ante la jurisdicción contenciosa administrativa, en el artículo 65 entre ellos comprende, además de 'los acuerdos y otros actos de los Concejos Munici-

pales', los de 'las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden municipal'; consiguientemente, los artículos 54, ordinal 3º y 57 ibidem, adscriben el conocimiento de estas contenciones a los Tribunales Administrativos, en primera o única instancias, según se trate o no de Municipios capitales de Departamentos o con presupuestos superiores o iguales o inferiores a trescientos mil pesos, respectivamente.

"Pero de estas reglas genéricas de competencia, expresamente se excluyen 'las resoluciones de los funcionarios o autoridades de orden administrativo, que tengan origen en un contrato' (Ord. del artículo 73 del C. C. A.); en consecuencia, como es obvio, por manifiesta voluntad del legislador, en cuanto al ejercicio de las acciones contenciosas administrativas, los contratos de la administración, cualquiera que sea su naturaleza, quedaron excluídos del carácter de actos administrativos, a que se refieren las disposiciones citadas en el epígrafe anterior..."

"... la ley no da competencia a los Tribunales Administrativos para conocer de litigios relativos a contratos de la administración, por el contrario, la excluyó expresamente,...; podría argüirse contra lo anterior que éste (el ordinal 1º del artículo 73 del C. C. A.) sólo excluye del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa las controversias sobre las resoluciones administrativas 'que tengan origen en un contrato', pero no las relativas a la validez del mismo, como en el caso propuesto; pero... si el legislador excluyó de la jurisdicción contenciosa administrativa las controversias relativas a resoluciones "que tengan origen en un contrato', a fortiori las referentes a la validez del contrato mismo, en el que se funda la exclusión de las primeras, por no darle el carácter de acto administrativo, en cuanto a las acciones jurisdiccionales se refiere..."

El señor apoderado del demandante, por medio del anterior escrito dirigido a la Sala, sustenta la apelación que le fue concedida contra el auto del Tribunal de Nariño, inadmisorio de la demanda, y sostiene la competencia de éste para conocer del negocio, con los siguientes argumentos:

"... lo que el artículo 73 prescribe es... que las resoluciones que dicten los funcionarios de orden administrativo, referentes a un contrato que les sirvan de origen, no son acusables.

"Pero en la demanda de nulidad que se promovió ante el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Pasto, no se pide la nulidad de ninguna Resolución que se hubiera originado de un contrato, sino que, lo que se demanda es lo siguiente:

"El decreto de nulidad de los contratos de venta que contienen las escrituras públicas números 1021 y 1022, de 22 de septiembre de 1962, otorgadas en la Notaría 1ª del Circuito Civil de Pasto, por el señor Personero del Municipio, referentes a una zona de terreno que hace parte del camino público que parte de la ciudad de Pasto hacia el Norte del País.

El apoderado comenta los artículos 62, 63, 64, 65 y 66 del Capítulo VII del C.C.A. que trata "de la jurisdicción contra los actos de la administración" destacando el 2º inciso del artículo 65 que se refiere a la anulación de "los actos de las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden municipal"; y el artículo 66 que confiere facultad a toda persona para pedir la nulidad de los actos a que se refieren las disposiciones citadas. De donde concluye:

"Bastaría la enunciación que antecede, sobre la clase de actos que son susceptibles de nulidad, para darse cuenta perfecta de que los contratos que se acusa de nulos... se encuentran catalogados en las disposiciones de los artículos 65 y 66 de la Ley 167 de 1941;

No ha debido aplicarse el artículo 73 del C. C. A.

"ya que no se trata de nulitar las Resoluciones dimanadas de un contrato, sino dos contratos que han violado o quebrantado la Constitución y leyes del país".

Más adelante sostiene:

"... cuando la ley habla de actos, también se refiere a los contratos, como en los casos que define el artículo 65 del C. C. A."

Las demás consideraciones que hace el señor apoderado para sustentar la apelación se refieren a la cuestión de fondo, pues son las razones que alega en la demanda para que en el fallo sean declarados nulos aquellos contratos.

El Tribunal refutó de antemano en el auto apelado el argumento del demandante, relativo a que lo no acusable ante lo contencioso administrativo, según el numeral 1º del artículo 73 del C. C. A., son las Resoluciones de los funcionarios o autoridades administrativas que tengan origen en un contrato, pero que los contratos sí son acusables por esa vía.

Esta Sala agrega al respecto las siguientes consideraciones:

En materia de deslinde de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso administrativa el sistema legal aún vigente en Colombia se basa en la vieja distinción de los actos jurídicos administrativos en dos especies: actos de poder o autoridad y actos de gestión. A la primera pertenecen aquellas decisiones unilaterales en que la persona administrativa impone su voluntad a los administrados. A la segunda, los casos en que se supone que aquella obra como lo haría una persona particular, en un pie de igualdad con cualquier otra persona. A este tipo de actos jurídicos pertenecen los contratos de la Administración. Ellos no son impuestos a los otros contratantes sino libremente aceptados. Su obligatoriedad nace del acuerdo de voluntades de los pactantes y no de la voluntad unilateral de la persona administrativa que es parte en ellos.

No es ésta la oportunidad para hacer una crítica del sistema. El propio Consejo de Estado ha propuesto su modificación en consonancia con nuevos principios de derecho público hoy prevalecientes.

Por ahora y mientras rijan las normas del Código Contencioso Administrativo tal como fueron concebidas y redactadas, los actos a que se refieren los artículos 62 a 67 de esa obra legislativa, demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa, son los unilaterales en que las personas o los funcionarios en ellos determinados obran en ejercicio de autoridad, y cuyas decisiones se imponen coercitivamente. Por eso no se mencionaron allí los contratos de la Administración como actos demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa. Y para que no quedara duda de la voluntad del legislador al respecto se dispuso en el ordinal 1º del artículo 73 que los actos originados en contratos administrativos, es decir, aquellos actos unilaterales que se profieren a causa de ellos en orden a modificar su contenido en cualquier forma, a introducir nuevas modalidades en su ejecución o a desconocer su validez, no son susceptibles de ser demandados ante esta jurisdicción. La ley quiere que esas contenciones se lleven ante la jurisdicción ordinaria, considerándolas, en principio, como de derecho privado.

Establecido, pues, que el Tribunal Administrativo de Nariño no tiene competencia para conocer del presente negocio, la providencia apelada debe confirmarse.

En razón de lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, CONFIRMA la providencia materia de la apelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez D. — Alvaro León Cajiao B., Secretario.

ORDEN MUNICIPAL

RESOLUCIONES DEL CONTRALOR DISTRITAL DE BOGOTA

LICENCIAS A FUNCIONARIOS PUBLICOS. PRORROGA POR JUSTA CAUSA. Para que un empleado pueda gozar de la prórroga de la licencia a que alude el art. 291 del C. de R. P. y M. debe, al menos, señalar en qué consiste la justa causa que invoca, para que el superior pueda calificarla y conceder la prórroga. No basta decir que subsisten los motivos que le indujeron a solicitar la licencia, sino que es indispensable que los exprese y aún que los compruebe, si así lo exige el funcionario que debe concederla.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., doce de julio de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. ALEJANDRO DOMINGUEZ MOLINA)

En demanda presentada el 13 de marzo de 1959 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicitó el señor Elberto Román Peñaranda, por medio de apoderado:

"I. — Que se declare que son nulas las Resoluciones dictadas por el Contralor Distrital de Bogotá, distinguidas con los números 63 de febrero 3 de 1959 'Por la cual se declara una vacancia' y 112 de febrero 27 de 1959 'Por la cual se niega reponer la Resolución número 63 de 1959';

"II. — Que se ordene reincorporar al servicio de la Contraloría Distrital de Bogotá al Teniente (r) Elberto Román Peñaranda, en el cargo de Visitador Investigador de la Sección V-Visitadores Fiscales, con una asignación civil mensual de novecientos pesos ($ 900.00) m/l., desde el día catorce (14) de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), y que a partir de esta fecha se paguen sus sueldos, primas, bonificaciones y prestaciones sociales hasta el día en que fuere efectivamente restablecido en su empleo".

Para fundar la acción expuso la demanda once hechos, cuyo resumen es el siguiente:

Con motivo de la rebelión militar acaecida el 2 de mayo de 1958, fue detenido el 23 de ese mismo mes, el Teniente en retiro Elberto Román Peñaranda, quien desempeñaba el cargo de Visitador Investigador de la Contraloría Distrital. Informado el Contralor por el mismo señor

Román Peñaranda, le insinuó que pidiera una licencia para separarse del empleo mientras duraba su detención, lo que así hizo, solicitándola por sesenta (60) días, y le fue concedida por medio de la Resolución Nº 193 de 23 de mayo de 1958.

El 22 de julio siguiente, en vista de que aún continuaba la detención, el señor Román Peñaranda pidió que se le prorrogara la licencia y no obstante que la Sección Jurídica de la Contraloría dio concepto favorable a la solicitud, "el Contralor decidió prorrogar de hecho la licencia, sin dictar nueva Resolución quizás ateniéndose a la intención con que concedió la licencia inicialmente o sea con el criterio de que ella se prolongara mientras durara la justa causa que la había originado, es decir, mientras durara la detención..."

Puesto en libertad el 13 de noviembre siguiente, se presentó al día siguiente al Contralor para reintegrarse a su empleo, pero se le impidió con el pretexto de que se estudiaría el asunto. Tres días después, el demandante insistió por escrito en su solicitud de reintegro y sobre su petición conceptuó favorablemente la Sección Jurídica. Elegido y posesionado un nuevo Contralor "con el natural desconocimiento de los antecedentes verbales y personales de este negocio, procedió a dictar la Resolución Nº 63 de 1959, por medio de la cual declaró la vacancia del empleo de que era titular el Teniente Román Peñaranda. Solicitada reposición de esta providencia... fue confirmada por el señor Contralor por medio de la Resolución Nº 112 de febrero 27 de 1959".

La demanda señaló como disposiciones violadas el artículo 17 de la Constitución Nacional, por el concepto de que con las Resoluciones acusadas se violó "al quitar el trabajo a un empleado por el sistema indirecto de la declaratoria de vacancia del empleado mediante motivaciones objetivamente falsas", y el artículo 291 de la Ley 4ª de 1913, porque "habiendo concurrido justa causa, como es la detención a que fue sometido mi representado, en lugar de prolongarle la licencia por el tiempo que aquélla duró, se le declaró vacante el empleo con violación manifiesta de este precepto legal".

El Tribunal en sentencia de fecha 22 de octubre de 1959, no accedió a las súplicas de la demanda, fundándose en que si bien la privación de la libertad era una causa justa para pedir y obtener la prórroga de la licencia, el demandante se limitó a pedirla por el término de 30 días que venció el 22 de agosto de 1958, sin que hubiera solicitado una nueva prórroga y sólo se presentó a reasumir el cargo el 14 de noviembre siguiente, o sea "que lo hizo extemporáneamente, dando lugar a que tuviera aplicación lo previsto por el artículo 292 del C. de R. P. y M.", en que se fundó la primera de las Resoluciones acusadas; que por consiguiente, no se violó el artículo 291 del mismo Código, como tampoco

el artículo 17 de la Constitución Nacional, ni hubo falsa motivación en los actos demandados.

Por virtud del recurso de apelación que interpuso el señor apoderado del actor contra la sentencia de primera instancia, los autos se remitieron al Consejo de Estado. Surtidos los trámites legales, la Sala procede a dictar el fallo correspondiente.

El señor Fiscal Segundo doctor Uladislao Domínguez, conceptuó en su alegato que debía confirmarse la providencia apelada, pues consideró:

"Según el inciso segundo del artículo 291 del Código de Régimen Político y Municipal, el empleado que desempeña un cargo de voluntaria aceptación sólo puede pedir prórroga de la licencia de que esté disfrutando cuando acredite una justa causa para ello. Esta justa causa no se halla determinada en la ley, de manera que debe apreciarla el funcionario encargado de conceder la licencia y la prórroga.

"Consta en el expediente que la Contraloría del Distrito nada decidió en relación con la solicitud de prórroga de la licencia presentada por el demandante el 21 de julio de 1958. Empero, es indudable que este silencio demuestra que la Contraloría prorrogó tácitamente la licencia por el término de 30 días en la forma solicitada por el señor Román Peñaranda. Esta prórroga venció el 22 de agosto de 1958 y el demandante sólo se presentó con el ánimo de reasumir sus funciones el 14 de noviembre del mismo año, o sea después de más de dos meses de vencido el término de la prórroga de la licencia.

"En la demanda se afirma que la causa para solicitar la licencia y su ampliación proviene del hecho de haber sido detenido el actor como sindicado por el delito de rebelión militar. Sin embargo, en la solicitud de prórroga de la licencia no se indican las causas que la motivan sino que el demandante se limita a expresar que hace dicha petición 'por no haber desaparecido los motivos que me precisaron a solicitar dicha licencia para separarme del cargo'.

"Desde luego, el hecho de hallarse el actor privado de la libertad constituye justa causa para solicitar una prórroga de la licencia que por el mismo motivo se le había concedido. Empero como la ampliación de la licencia sólo se concedió por el término de treinta días, lógicamente a su vencimiento el empleado estaba obligado a reintegrarse al cargo y si aún no habían desaparecido las causas que motivaron la licencia y su prórroga, debía solicitar una nueva por el tiempo que durara la justa causa que lo había obligado a separarse del servicio.

"De modo que si el demandante no procedió en esta forma y, no sólo dejó vencer el término de ampliación de la licencia sin reasumir sus funciones, sino que no solicitó una nueva prórroga de la aludida licencia, es evidente que hubo voluntario abandono del cargo y, por tanto, se produjo su vacancia de conformidad con el artículo 292 del Código de Régimen Político y Municipal.

"De consiguiente, como los actos acusados se fundan en esta última norma, se ve claramente que no existe ninguna violación del artículo 291 del mismo Código, como se sostiene en la demanda.

"Finalmente se observa que si el retiro del señor Elberto Román Peñaranda del servicio se produjo en virtud del abandono del cargo, tampoco puede sostenerse que con los actos acusados se haya violado el artículo 17 de la Constitución por el aspecto que se invoca en la demanda".

Para resolver, la Sala considera:

El señor Elberto Román Peñaranda en memorial fechado el 22 de mayo de 1958, solicitó al Contralor del Distrito Especial "una licencia por el término de sesenta días, renunciables, para separarse del cargo de Visitador Investigador de la Contraloría Distrital". (V. fs. 51 vto.). Por Resolución número 193 de 1958 (mayo 23), la licencia le fue concedida por el término solicitado y a partir de la fecha de la petición. (V. página 1.315 del número 282 de Anales del Concejo de Bogotá, D.E., al folio 20 del expediente). En memorial fechado el 21 de julio de 1958, el señor Román Peñaranda se dirigió al Contralor para que le concediera "una prórroga por treinta días más", "por no haber desaparecido los motivos que lo precisaron a solicitar dicha licencia" (V. fs. 52). Sobre esta solicitud guardó silencio la Contraloría y como el señor Román no se presentara para reincorporarse a su destino sino el 14 de noviembre de 1958, por medio de la Resolución número 63 de 1959 (febrero 3), el Contralor con fundamento en el artículo 292 del C. de R. P. y M. declaró la vacancia del cargo que ejercía, "vacancia que se produjo de hecho el 22 de agosto de 1958".

La demanda acusa este acto y la Resolución posterior que negó su reposición, porque los considera violatorios del artículo 291 del C. de R. P. y M., pues, "habiendo concurrido justa causa, como es la detención a que fue sometido mi representado, en lugar de prolongarle la licencia por el tiempo que ella duró, se le declaró vacante el empleo".

Sobre este planteamiento cabe observar que si bien es cierto que conforme al artículo que se señala como violado, el empleado que desempeña un cargo de voluntaria aceptación "tiene derecho a una licen-

cia de sesenta días al año" y que "si concurre justa causa, la licencia se prolongará por el tiempo que aquélla dure", concedida la licencia por el término de sesenta días, para gozar de la prórroga, por justa causa, el interesado debe, por lo menos, señalar en qué consiste ésta, para que su superior pueda calificarla y conceder la prórroga. No basta decir que subsisten los motivos que le hicieron solicitar la licencia, sino que es indispensable que los exprese y aún que los compruebe, si esto se lo exige el funcionario que debe concederla.

En el caso de autos, el señor Román se limitó cuando se vencía su licencia, a solicitar su prórroga por 30 días más, sin expresar la justa causa y sin comprobarla. La Contraloría no se pronunció sobre la prórroga, pero aún admitiendo que su silencio significara que la concedió, no habiéndose formulado, por el interesado, una nueva solicitud de ampliación al vencimiento del término de la prórroga tácita, de conformidad con el artículo 292 del C. de R. P. y M., quedó de hecho vacante el destino, por no haberse encargado de él el demandante. La solicitud de nueva prórroga era indispensable, porque la licencia no había sido concedida por tiempo indefinido ni su prolongación estaba subordinada a la duración de una justa causa alegada y comprobada oportunamente.

Lo expuesto es suficiente para concluir que la demanda carece de fundamento y que la sentencia apelada debe ser confirmada, como lo pidió el señor Fiscal Segundo del Consejo.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia de fecha 22 de octubre de 1959, proferida en el presente juicio por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Alejandro Domínguez Molina. — Carlos Gustavo Arrieta. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Antonio J. Uribe Prada, Conjuez. — **Alvaro L. Cajiao B,**. Secretario General.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ORDEN MUNICIPAL

ACTOS DE LA JUNTA DISTRITAL DE HACIENDA

I. — ACCION DE PLENA JURISDICCION Y CONTENCIOSO DE IMPUESTOS. Diferencias entre una y otro. os actos de la Administración denegatorios de exenciones solicitadas por los contribuyentes, no son susceptibles de enjuiciamiento a través de la acción contenciosa de revisión de la operación administrativa de liquidación de impuestos, pues cuando los actos no conllevan ni implícita ni explícitamente dicha operación, no responden a la finalidad de esa acción especial. Decisiones de tal naturaleza a lo sumo pueden servirle a la Administración para realizar con posterioridad a su expedición, liquidaciones del impuesto que debe pagar el contribuyente.

II. — EXENCIONES DE IMPUESTO PREDIA . A las viviendas que se adquirieron o construyeron con préstamos de la Caja de Vivienda Militar o del Instituto de Crédito Territorial. Fecha desde la cual los respectivos propietarios gozan de tal beneficio. Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., doce de julio de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. FRANCISCO ELADIO GOMEZ G.)

El doctor Julio Roberto Salazar Ferro, abogado titulado e inscrito, mayor y de este vecindario, en su carácter de apoderado especial del señor Pablo María Forero Romero, también mayor y del mismo vecindario, mediante demanda presentada el 11 de abril de 1962 y dirigida al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicitó que, previos los trámites señalados por la Ley y con citación y audiencia del Ministerio público y del Personero Municipal, se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que sean declaradas nulas las resoluciones números 1011 y 1247 de 1961, proferidas por la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá, actos por los cuales se negó al señor Pablo Forero la exención de impuestos de la casa número 68-27 de la carrera 26 de esta ciudad.

Segunda.—Que como consecuencia de la nulidad impetrada, se declare que el Municipio de Bogotá, Distrito Especial, está obligado a devolver al demandante señor Pablo María Forero, las cantidades de $ 2.196,42 y $ 1.093.69 que le fueron cobradas indebidamente, dentro del término que señale ese Tribunal, más los intereses legales hasta la fecha en que tal pago se realice.

Tercera.—Que, subsidiariamente, se revise la operación administrativa de liquidación y se declare que mi poderdante, señor Pablo María Forero Navas (sic), no está obligado a pagar el impuesto por el inmueble de la carrera 26 número 68-27 de esta ciudad y consecuencialmente deben serle devueltas las sumas pagadas por tal concepto".

El actor narró como hechos fundamentales los que a continuación se sintetizan:

El señor Pablo María Forero Romero, en asocio de su esposa, adquirió del Instituto de Crédito Territorial, por medio de la escritura pública número 4176 otorgada el 7 de noviembre de 1950 en la Notaría Séptima del Circuito de Bogotá, la casa de habitación situada en la carrera 27 de esta ciudad y distinguida con el número 68-27; el adquirente constituyó en favor del Instituto de Crédito una hipoteca de primer grado con la mira de garantizar el pago de la suma de veinticuatro mil pesos ($ 24.000.00) que quedó debiendo como parte del precio; debido al incumplimiento de las obligaciones contraídas por el comprador, el Instituto promovió contra éste dos juicios. El uno ejecutivo e hipotecario el otro; el bien hipotecado fue embargado y permaneció en esta situación durante el lapso comprendido entre el 9 de junio de 1953 y el 25 de abril de 1961; el aludido inmueble fue adquirido por la entidad ejecutante mediante la subasta llevada a cabo el 23 de julio de 1960; posteriormente, el mismo Instituto le vendió la casa adquirida por remate al mismo señor Pablo María Forero Romero por medio de la escritura pública número 327 otorgada en la Notaría Novena de este Circuito el 17 de febrero de 1961; el inmueble a que se ha hecho alusión estuvo gravado con hipoteca constituída a favor del Instituto de Crédito Territorial durante el lapso comprendido entre el 7 de diciembre de 1950 hasta el 26 de octubre de 1960; a pesar de que según las normas contenidas en los Decretos números 200 de 1939 y 1769 de 1955, el inmueble de propiedad del señor Forero Romero se encontraba exento de toda clase de contribución, el Municipio de Bogotá hizo efectivo el pago del impuesto predial por un total de tres mil trescientos pesos con veintiún centavos ($ 3.300.21), moneda legal; el propietario del inmueble gravado elevó la correspondiente reclamación ante la Junta de Hacienda Distrital; y ésta, por medio de las Resoluciones acusadas, no accedió a decretar la exención alegando que la solicitud no se había formulado en la debida oportunidad.

Como disposiciones violadas fueron señaladas éstas:
Los Decretos números 200 de 1939, 1769 de 1955, 2228 de 1960 y la Ley 144 de 1959 en su artículo 8º.

Sostiene el actor, al expresar el concepto de violación, que estas normas positivas superiores de derecho se quebrantaron por la Admi-

nistración al negarse la exención solicitada y al exigirse el pago de la cantidad antes indicada.

Rituado convenientemente el juicio en la primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca le puso fin a la litis mediante sentencia pronunciada el 23 de enero último.

La parte resolutiva de esta providencia está concebida en estos términos:

"1º—Revisar la operación administrativa de liquidación del Impuesto Predial y complementarios del inmueble de la carrera 26 Nº68-25 de esta ciudad por los años de 1955 (segundo semestre) a 1961 (febrero 17).

2º—Ordenar que el Distrito Especial de Bogotá en los términos del artículo 121 del C. C. A., devuelva al señor Pablo Forero las sumas cobradas por concepto del impuesto predial y complementarios correspondientes al tiempo indicado en el punto anterior.

No se ordena el pago de los intereses por cuanto éstos comienzan a correr tan sólo a partir de la notificación de la sentencia.

Cópiese, notifíquese y si no fuere apelada, consúltese con el H. Consejo de Estado".

En obedecimiento a la consulta ordenada, la Sala procede al pronunciamiento de la sentencia que ha de ponerle fin a la presente controversia.

Para resolver se considera:

La parte decisoria de la Resolución número 1011 expedida el 4 de octubre de 1961 por la Junta Distrital de Hacienda, mediante la cual se niega la exención del impuesto predial solicitada el 11 de septiembre del mismo año por el señor Pablo María Forero Romero, está concebida en estos términos:

"ARTICULO UNICO. — Negar la solicitud formulada por el señor Pablo M. Forero, referente a la exención del pago del impuesto predial para el inmueble situado en la Carrera 26 Nº 68-27 de esta ciudad.

PARAGRAFO. — Contra esta Resolución procede el recurso de reposición en los términos de los artículos 13 y 14 del Decreto Extraordinario 2733 de 1959".

La segunda Resolución acusada expedida el 30 de noviembre del mismo año y distinguida con el número 1.247 dice en su parte resolutiva:

"ARTICULO UNICO. — No reponer la Resolución Nº 1011 de octubre 4 del corriente año, emanada de la Junta Distrital de Hacienda.

PARAGRAFO. — Con esta providencia queda agotada la vía gubernativa, quedando a salvo la vía Contencioso-Administrativa en los términos de la Ley 167 de 1941 y demás disposiciones concordantes".

Esta última decisión fue notificada personalmente al señor Forero Romero el 16 de enero de 1962 quedando así agotada la vía gubernativa.

La simple lectura de las decisiones administrativas acusadas, mediante las cuales se negó por la Junta Distrital de Hacienda la exención del impuesto predial solicitada por el propietario de la casa situada en la carrera 26 de esta ciudad y distinguida su puerta de entrada con el Nº 68-25; la atenta consideración de los hechos que el actor ha narrado como generadores del derecho reclamado; el alcance de las normas legales señaladas como violadas y sobre las cuales se basó la petición de exención, y la claridad de las súplicas principales formuladas en el libelo de demanda, demuestran nítidamente que en el caso hoy sometido a estudio se ha ejercitado la acción de plena jurisdicción y no la acción contenciosa de impuestos como se asevera sin sólidas razones en la sentencia que es materia de revisión a virtud de la consulta ordenada por la Ley.

Es sabido que toda demanda, de la misma manera que todo acto jurídico unilateral o bilateral, debe ser interpretado con la mira de fijar la intención perseguida por el actor, interpretación que sólo puede llevarse a cabo considerando el libelo en su conjunto, ya que no existen fórmulas sacramentales para el ejercicio de las acciones consagradas para la protección de los derechos que estiman tener los demandantes.

Aún más: La acción contenciosa de impuestos tiene como finalidad la revisión de la operasión administrativa de liquidación de tributos para que en la respectiva sentencia se declare que la persona gravada no está obligada a pagar el impuesto, o para que se haga una nueva liquidación en la cual se fije la suma a su cargo. En el caso **sub judice,** las Resoluciones acusadas no conllevan ni explícita ni implícitamente operación alguna de liquidación del impuesto predial pagado por el demandante, y, por ende, ellas no son susceptibles de enjuiciamiento mediante el ejercicio de la acción contenciosa de impuestos. Decisiones de tal naturaleza a lo sumo pueden servirle de fundamento a la Admi-

nistración para realizar con posterioridad a la expedición de ellas liquidaciones del impuesto predial que debe pagar el titular del bien inmueble gravado.

Como la acción ejercitada es la de plena jurisdicción y ella se ha encaminado a obtener el restablecimiento del derecho particular violado por la Administración, en la presente sentencia se ha de ordenar la devolución de las sumas de dinero que el demandante tuvo que pagar por concepto del impuesto predial, pago que careció de causa y por consiguiente da lugar a la repetición.

En el caso hoy sometido a estudio no se trata de una acción contenciosa de impuestos y por consiguiente no hay lugar a ordenar la revisión de la operación administrativa de la liquidación del impuesto predial como lo ordenó el Tribunal.

Según los distintos elementos probatorios aportados al proceso, es innegable que la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá, al expedir las Resoluciones acusadas, violó el artículo 6º del Decreto Nº 1769 expedido el 25 de junio de 1955 cuyo tenor literal es el siguiente:

"Las viviendas que se adquieran o construyan con préstamos de la Caja de Vivienda Militar o del Instituto de Crédito Territorial, están exentas de impuestos y contribuciones durante el tiempo que permanezcan gravadas a dichas entidades".

El precepto transcrito fue reproducido expresamente por la Ley 144 expedida el 24 de diciembre de 1959 en su artículo 8º cuyo tenor literal es idéntico al del artículo del Decreto.

Para aceptar el quebrantamiento de las aludidas normas legales basta tener presente que el señor Forero Romero ha acreditado plenamente que su casa de habitación, ubicada en la carrera 26 de esta ciudad y distinguida su puerta de entrada con el número 68-25, la adquirió por medio del contrato de compraventa celebrado con el Instituto de Crédito Territorial y consignado en la escritura pública otorgada el 7 de diciembre de 1950 en la Notaría Séptima del Circuito de Bogotá, en la cual consta el gravamen hipotecario constituído a favor de la entidad vendedora para garantizar el pago de la suma de veinticuatro mil pesos ($ 24.000.00), moneda legal, resto del precio; que tal gravamen estuvo vigente durante el lapso comprendido entre el 7 de diciembre de 1950 y el 25 de octubre de 1960; y que la Junta Distrital de Hacienda se negó, sin fundamento sólido, a decretar la exención del impuesto predial. Los antecedentes administrativos, las certificaciones expedidas por el Instituto de Crédito Territorial y por el señor Regis-

trador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bogotá, la copia de la escritura pública aportada al proceso y las decisiones de la Junta Distrital de Hacienda demuestran claramente que el bien inmueble de propiedad del demandante se encuentra amparado por las normas de excepción consagradas por los artículos 6º del Decreto Nº 1769 de 1955 y 8º de la Ley 144 de 1959, razón por la cual las Resoluciones acusadas son nulas en cuanto no reconocieron la exención a partir de la fecha de la publicación del aludido Decreto, ya que la Ley no tiene efecto retroactivo ni en las normas que consagraron los casos de excepción, nada se dispuso sobre la condonación de las sumas de dinero debidas por concepto del impuesto predial y demás contribuciones. Resta sólo agregar que el Decreto a que se ha hecho alusión fue expedido el 25 de junio de 1955 sin que se sepa a ciencia cierta la fecha de su publicación en el Diario Oficial.

Por las razones expuestas, y sin necesidad de otras consideraciones, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA la sentencia que es materia de revisión a virtud del grado de consulta, y, en su lugar, FALLA:

1º—Declárase la nulidad de las Resoluciones acusadas en cuanto negaron la exención solicitada por el señor Pablo María Forero Romero relativa al impuesto predial de la casa situada en la carrera 26 de esta ciudad y distinguida con el número 68-25, pero sólo con relación al lapso comprendido entre el día en que fue publicado en el Diario Oficial el Decreto Nº 1769 de 1955 y el 25 de octubre de 1960.

2º—Como consecuencia de la anterior declaración, el Distrito Especial de Bogotá le devolverá al demandante dentro del término señalado por el artículo 121 del C. C. A., las sumas cobradas por concepto del impuesto predial y complementarios correspondientes al tiempo determinado en la declaración anterior.

3º—Vencido el término señalado en el artículo 121 de la Ley 167 de 1941, el Municipio estará obligado al pago de los intereses legales.

Cópiese, notifíquese, devuélvase.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez. — Alvaro León Cajiao B., Secretario.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO III — **ORDEN MUNICIPAL**

Capítulo Cuarto: **Suspensiones provisionales de actos del orden municipal.**

ORDEN MUNICIPAL

ACUERDOS MUNICIPALES — SUSPENSION PROVISIONAL

DELEGACION DE FUNCIONES DE LOS CONCEJOS A LOS ALCALDES MUNICIPALES. — La delegación de funciones, dentro del régimen institucional colombiano, sólo se consagra con carácter excepcional según se infiere de los artículos 78 y 135 de la Carta Fundamental, dado que las corporaciones y funcionarios públicos no gozan de poder propio, ya que toda facultad necesariamente tiene que ser atribuída. La autorización conferida por el Concejo Municipal al Alcalde del mismo Distrito para imponer un gravamen es en el fondo la delegación de una facultad privativa del Cabildo, delegación no prevista ni en la Constitución ni en la ley.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., veinte de mayo de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. FRANCISCO ELADIO GOMEZ G.)

Mediante demanda presentada el 15 de enero último y dirigida al Tribunal Administrativo del Departamento de Norte de Santander, el doctor César Darío Gómez Contreras, como apoderado especial de las sociedades comerciales "Solgás del Norte Limitada", "Casa Gas Limitada", "Distribuidora Gas del Norte Limitada", domiciliadas en la ciudad de Cúcuta y representadas por sus respectivos Gerentes, y de José Urbina, también mayor y del mismo vecindario, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada por el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, solicitó que, previos los trámites propios del juicio ordinario, se hicieran estas declaraciones:

"PRIMERA.—Que es nulo el Acuerdo número 12 de 20 de diciembre de 1962 del Concejo de San José de Cúcuta, en sus artículos 18 y 19, por ser contrarios a la Constitución, a la ley y al propio Acuerdo de industria y comercio vigente en el municipio, es decir, el Acuerdo Nº 3 de 1958.

SEGUNDA.—Que es nulo el Decreto Nº 205 de la Alcaldía de San José de Cúcuta (29 de diciembre de 1962) por ser contrario a la Constitución, a la ley y al Acuerdo Nº 3 de 1958".

En el mismo libelo de demanda el doctor Gómez Contreras solicitó la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados por estimar que con la expedición de ellos se habían quebrantado ostensiblemente normas positivas superiores de derecho.

Pronunciado el acto admisorio de la demanda y antes de surtirse la comunicación y fijación en lista ordenada por la ley, el Tribunal por auto proferido el 5 de febrero último, denegó la suspensión provisional.

El actor no se conformó con esta decisión y por tal motivo interpuso contra ésta el recurso de apelación que le fue concedido para ante el Consejo de Estado.

Remitido el expediente a la Secretaría de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, recibido el expediente, repartido el negocio y puesto a despacho para la decisión final, se procede a pronunciar ésta, previas las pertinentes observaciones de carácter legal.

Para resolver se considera:

Los artículos 18 y 19 del Acuerdo Nº 12, "por el cual se hace depender la Inspección de Educación directamente del Despacho de la Alcaldía y se dictan otras disposiciones", expedido el 20 de diciembre de 1962 por el Concejo Municipal de San José de Cúcuta, están concebidos en estos términos:

"Artículo 18.—Autorízase ampliamente al Alcalde de Cúcuta para imponer un gravamen al gas propano de consumo doméstico o industrial, adicional al impuesto legal de industria y comercio.

"El Ejecutivo Municipal proveerá al decretar la anterior imposición fiscal que sea de carácter directo, para evitar que incida sobre el consumidor y aumente el costo de la vida en general".

"Artículo 19.—El presente Acuerdo rige a partir del 1º de enero de 1963 y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias".

Y el Decreto Nº 205 de 29 de diciembre de 1962 "por el cual se establece un gravamen al gas propano de consumo doméstico e industrial", está concebido en estos términos:

"El Alcalde del Municipio de Cúcuta, en uso de sus facultades legales, y

"CONSIDERANDO:

"Que las Compañías Colombian Petroleum Company y South American Chaux-Folson, explotan los yacimientos petrolíferos del Catatumbo dentro de la jurisdicción del municipio de Cúcuta;

"Que las citadas compañías distribuyen a las distintas regiones del país y del Municipio gas propano para consumo doméstico e industrial, por conducto de entidades envasadoras o detalladoras, sin que éstas contribuyan con suma alguna al fisco municipal, no obstante las pingües utilidades que se derivan de dicha operación;

"Que de acuerdo con las estadísticas que se poseen, las Compañías Petroleras venden en el campo de producción las bombonas con capacidad de 100 libras de gas propano a razón de $ 5,99 y los distribuidores o detallistas la colocan a razón de $ 22 al consumidor, la misma cantidad;

"Que la Ley 80 de 1931, en su cláusula XIII expresó: 'Todos los materiales, maquinarias... y el petróleo producido no será gravado de ninguna manera por la Nación, los Departamentos o los Municipios', lo cual claramente está diciendo en simple hermenéutica jurídica, científica y de lógica gramatical que el gas propano sí es sujeto de imposición fiscal, lo cual se refuerza con el concepto rendido por los ingenieros químicos Luis Francisco Peña Moreno y Alvaro Enrique Alvarez, quienes sostienen que a tal producto obtenido en las petroleras de Tibú, no se le puede considerar, químicamente hablando, como subproducto del petróleo, sino sencillamente un producto del subsuelo; y con los proyectos del Gobierno Nacional, al estudio del Congreso de la República, en que se eleva el impuesto por galón de gasolina motor a $ 0.50;

"Que el Concejo Municipal de la ciudad de Cúcuta, por medio del Acuerdo número 12 de 1962 en su artículo 18 dispuso:

'Autorízase ampliamente al Alcalde de Cúcuta para imponer un gravamen al gas propano de consumo doméstico e industrial, adicional al impuesto legal de industria y comercio.

'El Ejecutivo Municipal proveerá al decretar la anterior disposición fiscal que sea de carácter directo para evitar que incida sobre el consumidor y aumente el costo de la vida; debe adoptarse una reglamentación o norma que excluya en forma expresa las Compañías Petroleras del pago del impuesto por concepto de gas propano, ya que ellas lo venden a mínimo precio al distribuidor o colocador, que es quien ha venido haciendo una ganancia importante;

"DECRETA:

"Artículo 1º—A partir del 1º de enero de 1963, el Tesorero Municipal de Cúcuta cobrará a los distribuidores, revendedores o envasadores de gas propano, que salgan de las plantas de Tibú, yacimientos

petrolíferos del Catatumbo, no sólo para consumo en el municipio de Cúcuta, sino en cualquier otro sitio del país, un derecho, dentro del impuesto legal de industria y comercio según las siguientes tarifas:

a) Por bombona, bala, cilindro o envase de capacidad hasta de 100 libras ..... $ 5.00

b) Por bombona, bala, cilindro o envase de capacidad hasta de 50 libras ..... $ 2.50

c) Por bombona, bala, cilindro o envase de capacidad hasta de 25 libras ..... $ 1.25

d) Por recipientes o medidas no contempladas anteriormente, por cada libra ..... $ 0.05

"Artículo 2º—El impuesto anterior será pagado anticipadamente en la fuente o planta de producción, y las Compañías Petroleras Colombian Petroleum Co. y South American Gulf Oil Company, vendedoras del producto, retendrán el valor de dicho gravamen para ser girado a la Tesorería Municipal de Cúcuta al finalizar cada mes".

"Artículo 3º—Acatando normas legales vigentes, prohíbese a los distribuidores, intermediarios, etc., en las ventas de gas propano ya sea para uso doméstico e industrial, en cualquiera de los envases standard conocidos, trasladar o recargar el referido impuesto al consumidor, bajo la sanción de multa de diez mil pesos ($ 10.000.00) (Decretos números 102 y 140 de 1957).

"Artículo 4º—La Contraloría Municipal en ejercicio de su función fiscalizadora dictará las normas pertinente para el recto recaudo del impuesto y control de producción del gas sujeto a gravamen, conforme a los términos de este Decreto.

"Artículo 5º—Este Decreto rige desde el 1º de enero de 1963.

"Expedido en San José de Cúcuta a los veintinueve días del mes de diciembre de mil novecientos sesenta y dos".

El demandante, para impetrar la suspensión provisional de los efectos de los actos enjuiciados, sostuvo que con la expedición de éstos se habían quebrantado ostensiblemente los artículos 43, 80, 197 y 204 de la Constitución Nacional, 1º y 16 del Código de Petróleos y 169, 171 y 178 de la Ley 4ª de 1913. También se citó como violado el literal f) de la Ley 97 de 1913 sin señalar el correspondiente artículo.

El concepto de violación, en síntesis, se expresa así:

El señor Alcalde Municipal de Cúcuta carece de facultad constitucional para imponer tributos según se infiere del artículo 43 de la Carta; los municipios no tienen competencia para gravar el gas propano; el Concejo Municipal de San José de Cúcuta, al expedir el Acuerdo acusado parcialmente, no ejerció sus atribuciones con subordinación a los mandatos legales; al ordenarse por la Alcaldía de Cúcuta el cobro inmediato del gravamen al gas propano se desobedeció el precepto constitucional según el cual toda contribución indirecta no puede hacerse efectiva antes del plazo de seis meses contados a partir de la promulgación de la respectiva norma que la establezca; el impuesto creado por los actos demandados no se subordinó a las leyes y a las Ordenanzas; se gravó con el Decreto de la Alcaldía un objeto ya gravado; se ejerció la autorización conferida por el Concejo Municipal antes de la vigencia del Acuerdo; y se gravó un derivado del petróleo a pesar de la prohibición establecida por el Código de Petróleos.

Para no acceder a la suspensión provisional, el Tribunal sostuvo, a través de un extenso y detenido análisis de los cargos formulados contra los actos enjuiciados, que no aparecía, **prima facie**, la violación de las normas positivas superiores de derecho invocadas por el actor; y agregó que el problema planteado en la demanda sólo podía resolverse acertadamente mediante el esclarecimiento de puntos sobre los cuales deberían dictaminar personas expertas en química e hidrocarburos.

Los razonamientos expuestos por el Tribunal en lo tocante a la violación de los artículos 1º y 16 del Código de Petróleos atribuída por el doctor Gómez Contreras al Concejo Municipal de Cúcuta y al señor Alcalde de la misma ciudad, los comparte la Sala porque en parte alguna del proceso aparece comprobado que el gas propano sea un derivado del petróleo como lo asevera el demandante sin base probatoria alguna.

Pero el prohijamiento de algunas de las argumentaciones expuestas en la providencia que es materia de revisión a virtud del recurso de alzada no puede extenderse a las aducidas con respecto a la autorización conferida por el Concejo Municipal de San José de Cúcuta al señor Alcalde del mismo distrito para imponer el gravamen al gas propano. Esta autorización en el fondo no es sino la delegación de una función privativa del Cabildo, delegación no prevista ni en la Constitución ni en la Ley.

Es sabido que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 6º del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, 43 de la actual codificación de la

Constitución, "en tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer tributos"; y que los límites dentro de los cuales pueden actuar regularmente las corporaciones y funcionarios públicos aparecen consignados en el artículo 20 de la Carta según el cual, "los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas".

Es indiscutible que entre nosotros la competencia de los Concejos Municipales se origina directamente de la Constitución y de la Ley. Para aceptar este aserto basta tener presente que los artículos 197 de la Carta y 169 del Código de Régimen Político y Municipal, mediante los cuales se desarrollan los principios sabiamente consagrados en los artículos 20 y 25 de aquélla, determinan taxativamente las atribuciones de las nombradas corporaciones administrativas. Entre las autorizaciones contenidas en tales normas fundamentales no figura la relativa a la delegación de funciones ejercida por el Alcalde de Cúcuta, al expedir el Decreto que estableció el impuesto al gas propano.

Es innegable que entre nosotros las corporaciones y los funcionarios públicos por poderosos que se les suponga no gozan de poder propio, ya que toda facultad necesariamente tiene que ser atribuída. De allí la razón para que la delegación de funciones sólo excepcionalmente se consagre por la Constitución, según se infiere de los artículos 78 y 135 de ésta.

Sobre la delegación de funciones ha dicho el Consejo de Estado:

"Todas las legislaciones del mundo hablan de las atribuciones, funciones o facultades de los empleados públicos porque su poder no emana de la persona de éstos sino de la Constitución y de la Ley. Esta es la razón para que un funcionario no pueda investir a otro de facultades o atribuciones por su propia voluntad, pues al hacerlo viola los principios fundamentales que se enmarcan en la Constitución".

Esta doctrina ha sido sostenida permanentemente por la Sala según se deduce de lo expuesto en las sentencias pronunciadas el 19 de septiembre de 1935, enero 28 de 1944 y 31 de agosto de 1959 (Anales Tomo XXIX, números 235 a 238 y Tomo LIII, números 341 a 346).

En el caso **sub judice**, de la simple confrontación de los artículos 18 y 19 del Acuerdo número 12 de 1962, expedido por el Concejo Municipal de San José de Cúcuta y del Decreto Nº 205 expedido por la Alcaldía en misma fecha y de lo claro y categóricamente preceptuado por

los artículos 197 de la Constitución Nacional y 169 de la Ley 4ª de 1913, surge, **prima facie**, la violación de estos preceptos.

Apareciendo con caracteres de evidencia la violación de las aludidas normas positivas superiores de derecho, se impone la revocación del auto apelado para ordenar en su lugar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos acusados.

En mérito de lo expuesto, y sin necesidad de otras consideraciones, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, REVOCA el auto apelado de la fecha y procedencia indicadas, y, en su lugar, DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL
de los artículos 18 y 19 del Acuerdo número 12 expedido el 20 de diciembre de 1962 por el Concejo Municipal de San José de Cúcuta, y del Decreto Nº 0205, emanado de la Alcaldía Municipal del mismo Distrito el 29 de los mismos.

En los términos señalados en el memorial que aparece en los autos se le reconoce personería suficiente al doctor Hernán Jaramillo Ocampo para la sustentación del recurso de alzada.

El Tribunal Administrativo del Departamento de Norte de Santander procederá a efectuar las comunicaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese, devuélvase.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez. — Alvaro León Cajiao, Secretario.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO IV — **INDEMNIZACIONES** (Art. 68, C. C. A.)

ORDEN MUNICIPAL

HECHOS ADMINISTRATIVOS — INDEMNIZACIONES

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISION. (ARTICULO 68 DEL C. C. A.). La demanda vincula el derecho al hecho jurídico de la omisión administrativa que da lugar al resarcimiento de perjuicios al tenor del artículo 68 de la Ley 167 de 1941. La abstención o no hecho del administrador se convierte en un hecho para el administrado, del que le pueden provenir daños patrimoniales, como ocurre en el caso de autos, en que la renuencia de la Alcaldía a resolver sobre la petición de licencia para edificar, privó a la demandante de los ingresos que le hubiera producido la edificación. La Constitución, además, consagra para los ciudadanos el derecho de obtener pronta resolución de sus peticiones, en atención precisamente a que las resoluciones tardías o la omisión en producirlas puede perjudicar gravemente al peticionario. Los hechos, pues, a que se refiere el artículo 68 citado, no son sólo los positivos sino también los negativos, de donde se deduce que la demandante fundamentó correctamente su acción en tal precepto.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., 7 de marzo de 1963.

(Consejero Ponente: Dr. GABRIEL ROJAS ARBELAEZ)

REF: Expediente número 1.516 relacionado con la apelación interpuesta contra providencia del Tribunal Administrativo del Atlántico, en juicio por indemnización.

Conoce la Sala del juicio instaurado por la señora Cecilia Insignares de Carbonell ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, en razón de la apelación interpuesta por la parte demandante contra sentencia proferida por aquella entidad el 26 de junio de 1959.

H E C H O S

Aparece que los hechos en que se originó la acción fueron los siguientes:

La señora Cecilia Insignares de Carbonell era propietaria de un inmueble situado en Barranquilla, en la carrera 45-B, antigua carrera de "Toronjil" o de "Ribón", entre las calles 33 y 34. Dicho inmueble había sido adquirido por escritura número 1446 de 5 de diciembre de 1938 otorgada en la Notaría Segunda de Barranquilla, y su identificación se

hizo en la inspección ocular que en asocio de peritos practicó el Tribunal Administrativo del Atlántico el 20 de febrero de 1958.

La Junta de Valorización del Municipio de Barranquilla expidió el 22 de julio de 1953 la Resolución número 5 mediante la cual determinó ampliar la calle 34 entre las carreras 45 y 46. Y a su vez, la Alcaldía del Municipio en referencia mediante el Decreto Nº 328 de 3 de agosto del mismo año autorizó la ampliación y facultó a la Junta para realizar los trabajos correspondientes.

Según acta de la reunión verificada el 21 de agosto de 1953, reunión efectuada en la Alcaldía y a la que asistieron de una parte el señor Alcalde y el Jefe de la Oficina de Valorización, y de la otra los propietarios o sus representantes, en orden a verificar la ampliación, se llegó a un acuerdo concretado en los términos siguientes:

"....."

"En consecuencia los propietarios comprendidos entre las carreras 45 y 46, ceden gratuitamente al Municipio de Barranquilla el dominio o propiedad que tienen sobre las siguientes fajas de terreno: Caja de Crédito Agrario: 93 mts. con 24 ctms./2; Martha Maloof de Traad: 46 mts., 20 ctms./2; Efraim Ospina G.: 25 mts., 50 ctms./2; Cecilia I. de Carbonell: 24 mts., 68 ctms./2; Inversiones Mudvi S. A.: 50 mts., 60 ctms./2; Inversiones Montes y Otros: 90 mts. con 42 ctms./2; Rafael Salcedo y Otros: 148 mts. con 92 ctms./2; Federación Nacional de Cafeteros de Colombia: 266 mts. con 63 ctms./2; Roncallo Hermanos y Compañía Limitada: 198 mts., 54 ctms./2, y Luis Alberto Santodomingo: 105 mts. con 75 ctms./2 por el "Paseo Bolívar" y por el "Líbano" 105 mts. con 98 ctms./2".

"Los propietarios renuncian además a favor del Municipio de Barranquilla, cualquier reclamo que con motivo de la cesión anotada pudiera ocurrir. El Municipio de Barranquilla, por su parte, se compromete con los propietarios nombrados, a no modificar el alineamiento fijado por la Oficina de Valorización, dejando por línea definitiva la que por esta Acta se indica".

El 6 de noviembre del mismo año y por oficio número 4, el Jefe de Valorización comunicó a la señora Cecilia Insignares de Carbonell que le correspondía pagar una cuota de doscientos noventa y un pesos con seis centavos ($ 291.06) por concepto de la valorización correspondiente a la pavimentación de 20 metros, 79 centímetros, al frente del inmueble situado en la calle 34. Esa suma fue pagada según recibo número 241638 del 18 del citado mes, expedido por la Tesorero de Barranquilla.

El 1º de abril de 1954, el doctor Carbonell González, en representa-

ción de la señora Cecilia Insignares de Carbonell, su cónyuge, se dirigió al señor Alcalde de Barranquilla, según memorial que en copia autenticada obra al folio 69 del cuaderno principal, solicitándole a dicho funcionario diera respuesta al memorial del 29 de enero de ese mismo año en que se solicitaba permiso para edificar en el predio situado entre las calles 33 y 34 y las carreras 45 y 46. Agregaba el memorialista:

"Señor Alcalde: pido a usted atentamente que se sirva definir la situación en que se halla el predio de mi esposa, el cual está prácticamente expropiado por el Municipio sin indemnización previa, puesto que a su propietaria no se le permite hacer uso de él para ponerlo en condiciones productivas, sino por el contrario, se le causa el perjuicio del lucro cesante. No existe la confiscación en Colombia".

Al mencionado memorial no se le dio respuesta alguna.

La demandante afirma haber dirigido memoriales en igual sentido el 3 de febrero y el 1º de julio de 1955, en el sentido de insistir en la concesión del permiso para edificar en el predio de que se ha hablado anteriormente, pero de ello no hay constancia en los autos. Obra a los folios 70 y 71 del cuaderno principal la copia autenticada del memorial dirigido el día 25 de noviembre de 1955 al señor Alcalde de Barranquilla por el señor Gonzalo Carbonell, quien diciéndose apoderado general de la señora Cecilia Insignares expuso entre otras cosas las siguientes:

"

. . . . . .

"Con pleno derecho la señora Cecilia Insignares de Carbonell solicitó al Municipio de Barranquilla, en memorial del 29 de enero de 1954, licencia para construir un edificio en el inmueble de su propiedad, pero el Municipio ni concedió ni negó el permiso solicitado, porque se abstuvo de resolverla. En cambio la Alcaldía dictó al día siguiente de la fecha de ese memorial, el Decreto número 13 de fecha 30 del mismo mes de enero, inusitadamente redactado, por el cual, fundándose en la Ley 62 de 1942, creó una Junta con el fin de que estudiara y presentara a la Alcaldía 'un informe sobre avalúos previos de los inmuebles que se deben enajenar para la ampliación del Paseo Bolívar hacia el Norte'.

"

. . . . . .

"Pero no solamente se abstuvo la Alcaldía de dar pronta respuesta a la respetuosa solicitud del 29 de enero de 1954, como lo ordena el artículo 45 de la misma Constitución, sino que tampoco ha considerado los otros memoriales del presente año de 1955. La Alcaldía incurre así no solamente en la omisión de un acto al cual está constitucionalmente obligada, sino que también priva a la propietaria del uso y goce de su propiedad causándole graves perjuicios de los cuales las leyes

y la jurisprudencia hacen directamente responsable al Municipio de Barranquilla. Señor Alcalde: El lote de terreno que tan irregularmente tiene confiscado ese despacho, está sirviendo de parqueadero público, privando a la dueña del uso y goce de su propiedad, con grande injusticia para quien es su legítima propietaria. De la manera más atenta pido a usted que se sirva leer este memorial y darle respuesta como se lo ordena el mencionado artículo 45 de la Constitución, todavía vigente en Colombia. Por consiguiente, en ejercicio del derecho de dominio que tiene la señora Cecilia Insignares de Carbonell en el predio en referencia, solicito de usted licencia, según lo establecen las disposiciones municipales, para construir una pared de ladrillos y mezcla de cemento que lo circunde por todos sus lados, con lo cual puede así la propietaria disponer de lo que le pertenece".

Obra también al folio 11 del mismo cuaderno el oficio número 1.174 de diciembre 14 de 1955, dirigido por el señor Alcalde de Barranquilla al señor Gonzalo Carbonell Insignares en respuesta al memorial de que se ha dado cuenta anteriormente, oficio en el que se manifiesta lo siguiente:

"El señor Ministro de Hacienda, autorizado por el señor Presidente de la República, me ofreció que el Tesoro Nacional pagará a este Municipio la suma previamente dispuesta para la compra de las fajas de terreno necesarias con el objeto de ampliar las vías adyacentes a ese inmueble, donde la Caja Agraria se propone construir un moderno edificio".

"Como una cooperación con el Municipio de Barranquilla le solicito encarecidamente, y por su conducto a doña Cecilia Insignares de Carbonell, esperar hasta el mes de febrero para el arreglo definitivo del impase existente a propósito del referido inmueble".

El 23 de mayo de 1956, según se ve al folio 73, el doctor Francisco Carbonell González, hablando a nombre de la señora Cecilia Insignares, dirigió nuevo memorial al Alcalde en el que expresa que por cuanto transcurrió el mes de febrero sin que se hubieran resuelto las peticiones anteriores, pide se defina ese enojoso asunto con equidad y justicia. La Alcaldía, haciendo referencia al memorial últimamente citado, contestó lo siguiente:

"En vista de que no se ha podido llegar hasta ahora a ningún acuerdo relacionado con el precio de las fincas situadas en ese sector, con el objeto de llevar a cabo las obras que estaban prospectadas, la Junta de Valorización determinó abandonar los proyectos anteriormente existentes y dejar en plena libertad a los propietarios de los bienes

inmuebles que se encontraban condicionados a esa negociación, para que dispongan de ellos en la forma que su calidad de propietarios se los permita. En semanas pasadas este Despacho le comunicó personalmente a don Gonzalo Carbonell Insignares esta decisión de la Junta y la libertad en que se encontraba doña Cecilia Insignares de Carbonell para llevar a cabo en ese lote lo que a bien tenga. Por tal motivo la Alcaldía no ve inconveniente alguno que impida el que los propietarios de esas fincas ejerzan en ellas los actos de dominio inherentes a la calidad de propietarios".

En memorial del 14 de enero de 1957 (folio 74 del cuaderno principal), el doctor Francisco Carbonell González pidió a la Alcaldía de Barranquilla que teniendo en cuenta los perjuicios recibidos por causa de la prolongada e injusta confiscación del solar, se autorizara la construcción de una paredilla que lo circundara, eximiendo a la propietaria de los derechos de construcción. Pidió también se diera el alineamiento de dicho solar.

Por último el 13 de marzo del año anteriormente mencionado, la señora Cecilia Insignares de Carbonell aparece dirigiéndose al Secretario de Obras Públicas del Municipio en solicitud de que se dé respuesta al memorial del 14 de enero, suscrito por el doctor Carbonell González. Esa solicitud tampoco fue resuelta.

LA DEMANDA:

Con fundamento en lo anteriormente narrado, la señora Cecilia Insignares de Carbonell en demanda presentada ante el Tribunal Administrativo del Atlántico el 1º de agosto de 1957, pidió se condenara al Municipio de Barranquilla a pagarle la suma que dentro del juicio se fijara por concepto de los perjuicios causados. Como derecho invocó lo dispuesto en los artículos 30 y 33 de la Constitución. Y agregó:

"También me fundo en los artículos 68 y 261 a 268 de la Ley 167 de 1941, y en las disposiciones del Título 34 del Código Civil, ya se aprecie como responsabilidad directa, al tenor del artículo 2341, ora como responsabilidad indirecta, como la establece el artículo 2347 del mismo Código Civil. Como quiera que sea, de los hechos fundamentales de esta demanda y de las disposiciones constitucionales y legales que he citado, surge inequívocamente la obligación que recae sobre el Municipio de Barranquilla de indemnizarme los perjuicios que me han ocasionado tanto la acción como la omisión culposa de los funcionarios municipales, al impedirme insistentemente el derecho de usar y de gozar, según el artículo 669 del Código Civil, del predio de mi propiedad situado en esta ciudad de Barranquilla, en la carrera 45-B, entre las calles 33 y 34, determinado por sus linderos y medidas en el hecho cuarto de esta demanda".

Dice además la actora:

"Y en el presente caso no se trata de ocupación permanente de la propiedad particular. Se trata de los perjuicios causados por los funcionarios que obstaculizaron el uso y goce de esa propiedad contra los principios garantizados por la Constitución".

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Tribunal decidió el litigio por sentencia de fecha junio 26 de 1959, en la que, acogiendo la excepción propuesta por el señor Personero Municipal de Barranquilla, declaró probada la prescripción de la acción. Alegó el señor Personero, y el Fallador de Primera Instancia reconoció validez al argumento, que para contar el término de que disponía la actora para instaurar la demanda se debía tener presente lo dispuesto en el artículo 263 del C. C. A., según el cual "la demanda para que se pague la indemnización debida cuando, a causa de un trabajo público, se ocupa o daña una propiedad particular, se dirigirá al Tribunal competente, a más tardar dentro de los dos años de ocurrido el daño o verificada la ocupación". Y que como la indemnización demandada la vinculó la parte actora al hecho séptimo del libelo, en el que expuso que el Municipio de Barranquilla procedió a demoler el edificio "de material y techo de azotea allí construído, demolición que se realizó en el mes de septiembre de 1953", resulta evidente que la presentación de la demanda había sido extemporánea.

CONCEPTO DEL SR. AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Fiscal Primero del Consejo, pide en su vista del 14 de febrero de 1962, que se confirme la sentencia apelada por estimar también él que se operó la prescripción de la acción.

Para resolver se considera:

Es cierto que una de las afirmaciones de la demanda es la de que el Municipio de Barranquilla, en el mes de septiembre de 1953, procedió a demoler, con trabajadores pagados y dirigidos por él, la edificación existente en el solar de la señora Cecilia Insignares de Carbonell. Pero es cierto también que esa afirmación no contiene el hecho único en que se fundamenta el libelo, y que tiende más que todo a demostrar cómo el Municipio procedió a aprovecharse en lo que le convenía del acuerdo de que da cuenta el acta del 21 de agosto de 1953.

El Municipio procedió a demoler para ampliar, y a pavimentar una vez ampliada la vía. Así se deduce del hecho de que a la actora se le exigiera el pago de la suma de doscientos noventa y un pesos con

inmuebles que se encontraban condicionados a esa negociación, para que dispongan de ellos en la forma que su calidad de propietarios se los permita. En semanas pasadas este Despacho le comunicó personalmente a don Gonzalo Carbonell Insignares esta decisión de la Junta y la libertad en que se encontraba doña Cecilia Insignares de Carbonell para llevar a cabo en ese lote lo que a bien tenga. Por tal motivo la Alcaldía no ve inconveniente alguno que impida el que los propietarios de esas fincas ejerzan en ellas los actos de dominio inherentes a la calidad de propietarios".

En memorial del 14 de enero de 1957 (folio 74 del cuaderno principal), el doctor Francisco Carbonell González pidió a la Alcaldía de Barranquilla que teniendo en cuenta los perjuicios recibidos por causa de la prolongada e injusta confiscación del solar, se autorizara la construcción de una paredilla que lo circundara, eximiendo a la propietaria de los derechos de construcción. Pidió también se diera el alineamiento de dicho solar.

Por último el 13 de marzo del año anteriormente mencionado, la señora Cecilia Insignares de Carbonell aparece dirigiéndose al Secretario de Obras Públicas del Municipio en solicitud de que se dé respuesta al memorial del 14 de enero, suscrito por el doctor Carbonell González. Esa solicitud tampoco fue resuelta.

LA DEMANDA:

Con fundamento en lo anteriormente narrado, la señora Cecilia Insignares de Carbonell en demanda presentada ante el Tribunal Administrativo del Atlántico el 1º de agosto de 1957, pidió se condenara al Municipio de Barranquilla a pagarle la suma que dentro del juicio se fijara por concepto de los perjuicios causados. Como derecho invocó lo dispuesto en los artículos 30 y 33 de la Constitución. Y agregó:

"También me fundo en los artículos 68 y 261 a 268 de la Ley 167 de 1941, y en las disposiciones del Título 34 del Código Civil, ya se aprecie como responsabilidad directa, al tenor del artículo 2341, ora como responsabilidad indirecta, como la establece el artículo 2347 del mismo Código Civil. Como quiera que sea, de los hechos fundamentales de esta demanda y de las disposiciones constitucionales y legales que he citado, surge inequívocamente la obligación que recae sobre el Municipio de Barranquilla de indemnizarme los perjuicios que me han ocasionado tanto la acción como la omisión culposa de los funcionarios municipales, al impedirme insistentemente el derecho de usar y de gozar, según el artículo 669 del Código Civil, del predio de mi propiedad situado en esta ciudad de Barranquilla, en la carrera 45-B, entre las calles 33 y 34, determinado por sus linderos y medidas en el hecho cuarto de esta demanda".

Dice además la actora:

"Y en el presente caso no se trata de ocupación permanente de la propiedad particular. Se trata de los perjuicios causados por los funcionarios que obstaculizaron el uso y goce de esa propiedad contra los principios garantizados por la Constitución".

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Tribunal decidió el litigio por sentencia de fecha junio 26 de 1959, en la que, acogiendo la excepción propuesta por el señor Personero Municipal de Barranquilla, declaró probada la prescripción de la acción. Alegó el señor Personero, y el Fallador de Primera Instancia reconoció validez al argumento, que para contar el término de que disponía la actora para instaurar la demanda se debía tener presente lo dispuesto en el artículo 263 del C. C. A., según el cual "la demanda para que se pague la indemnización debida cuando, a causa de un trabajo público, se ocupa o daña una propiedad particular, se dirigirá al Tribunal competente, a más tardar dentro de los dos años de ocurrido el daño o verificada la ocupación". Y que como la indemnización demandada la vinculó la parte actora al hecho séptimo del libelo, en el que expuso que el Municipio de Barranquilla procedió a demoler el edificio "de material y techo de azotea allí construído, demolición que se realizó en el mes de septiembre de 1953", resulta evidente que la presentación de la demanda había sido extemporánea.

CONCEPTO DEL SR. AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Fiscal Primero del Consejo, pide en su vista del 14 de febrero de 1962, que se confirme la sentencia apelada por estimar también él que se operó la prescripción de la acción.

Para resolver se considera:

Es cierto que una de las afirmaciones de la demanda es la de que el Municipio de Barranquilla, en el mes de septiembre de 1953, procedió a demoler, con trabajadores pagados y dirigidos por él, la edificación existente en el solar de la señora Cecilia Insignares de Carbonell. Pero es cierto también que esa afirmación no contiene el hecho único en que se fundamenta el libelo, y que tiende más que todo a demostrar cómo el Municipio procedió a aprovecharse en lo que le convenía del acuerdo de que da cuenta el acta del 21 de agosto de 1953.

El Municipio procedió a demoler para ampliar, y a pavimentar una vez ampliada la vía. Así se deduce del hecho de que a la actora se le exigiera el pago de la suma de doscientos noventa y un pesos con

seis centavos ($ 291.06)", como cuota por la pavimentación de veinte metros con setenta y nueve centímetros cuadrados (20-79 mts./2).

Pagada la cuota en referencia, lo que se hizo el 18 de noviembre de 1953, la demandante personalmente unas veces, y otras por medio de representantes, dirigió varias solicitudes a la Alcaldía en busca a obtener permiso para edificar en el inmueble, o en último término, para sustraer el predio al uso público, mediante el levantamiento de un muro. Esas peticiones no fueron resueltas, pues aunque en una nota sin número y fecha se dice al doctor Francisco Carbonell González que "la Alcaldía no ve inconveniente alguno que impida el que los propietarios de esas fincas ejerzan en ellas los actos de dominio inherentes a la calidad de propietarios", y que doña Cecilia Insignares de Carbonell puede llevar a cabo en ese lote "lo que a bien tenga", lo dicho, que más tiene el aspecto de una declaración jurisdiccional, no corresponde al acto pedido que fue el permiso o licencia para edificar, dando el visto bueno a un anteproyecto presentado, o siquiera el permiso para circundar el inmueble, previa la alineación que debía ordenar y hacer practicar la Alcaldía.

Es cierto también que entre los preceptos invocados por la actora están los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941. Pero también lo es que se citó el artículo 68 de la misma ley, en el que se dispone que se puede pedir el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En la demanda se dice además explícitamente que los perjuicios a cuyo reconocimiento se encamina la acción son los "causados por los funcionarios que obstaculizaron el uso y goce de esa propiedad contra los principios garantizados por la Constitución"; y en el alegato de conclusión se expresa que:

"Los documentos que aparecen en juicio, demuestran con toda evidencia que fue el Alcalde de la ciudad, un funcionario del Municipio de Barranquilla, quien ocasionó daños indirectos a la propietaria del inmueble en litis, señora Cecilia de Carbonell, con reiterados actos de omisión al demorar deliberadamente y con ánimo preconcebido, las repetidas solicitudes que dirigió a la Alcaldía para obtener la licencia para construir".

Efectivamente, de los documentos presentados y de la narración relativa a los hechos se comprende con claridad que la demandante vincula el derecho al hecho jurídico de la omisión administrativa que da lugar al resarcimiento de perjuicios al tenor del artículo 68 de la Ley 167 de 1941. La abstención o no hecho del administrador se convierte en un hecho para el administrado, del que le pueden provenir daños patrimoniales, como ocurre en el caso de autos en que la renuencia de la Alcaldía a resolver sobre la petición de licencia para

edificar, privó a la demandante de los ingresos que le hubiera producido la edificación. La Constitución, por otra parte, consagra para los ciudadanos el derecho de obtener pronta resolución de sus peticiones, en atención precisamente a que las resoluciones tardías o la omisión en producirlas puede perjudicar gravemente al peticionario. Los hechos, pues, a que se refiere el artículo 68 antes citado, no son sólo los positivos sino también los negativos; de lo que se deduce que la señora de Carbonell fundamentó bien su acción en tal precepto, y que no se puede prescindir de la consideración de tal fundamento aunque los demás que se dieron a la demanda resultaran improcedentes.

El propósito de la acción es claro, y es el de obtener indemnización por el pertinaz silencio administrativo que no negó la parte demandada, y que hasta la instauración del libelo parece no haber concluído. El Municipio limitó la tesis de su defensa a sostener que la acción en virtud de lo prescrito en el artículo 263 del C. C. A., está prescrita, y que las solicitudes de permiso para construir, elevadas por la actora, no reunían los requisitos señalados en las disposiciones municipales. Pero de lo dicho expresamente en la demanda y del contexto general de ella resulta claro que no se vinculó la acción ni a la demolición del antiguo edificio, ni a los daños provenientes de la ejecución de un trabajo público, sino a la falta de resolución a las solicitudes formuladas. La resolución pudo haber sido negativa o positiva, ya que lo que el precepto constitucional consagra es que sea pronta, y que hasta el mismo Decreto número 168 de mayo 25 de 1951, de la Alcaldía de Barranquilla, establece en su artículo segundo que los planos de construcción o de reforma que no reunieren los requisitos legales, "serán devueltos a los interesados con las observaciones del caso". Las súplicas del actor y los hechos en que las fundamenta, factores esenciales en el libelo, hacen claro éste y no dan lugar siquiera a la interpretación. El hecho básico de la acción es la carencia de un pronunciamiento sobre las peticiones elevadas, y la súplica es la de que se reparen los perjuicios provenientes de esa omisión, perjuicios que se hicieron mayores por el hecho de que el Municipio se hubiera apresurado a demoler la edificación existente, privando así a la actora de la renta que allí tenía. Este hecho obligaba aún más a la entidad distrital a diligenciar rápidamente las peticiones de que se habla en la demanda; pero como se expresó anteriormente, no es ese el fundamento de la acción, y por lo mismo no se puede tener la fecha de su ocurrencia como el punto de partida para contar el término de prescripción, como lo propuso el señor Personero de Barranquilla.

La excepción propuesta no tiene respaldo en los hechos, y en consecuencia la sentencia de primera instancia que la acogió tendrá que ser revocada.

De las pruebas aportadas al juicio resultan inequívocamente una

falta, una persona de derecho público a la que ella se imputa, la existencia de los perjuicios causados, y consecuencialmente la responsabilidad de repararlos.

El tema de la responsabilidad del Estado por acción o omisión está entre nosotros prácticamente agotado, desde luego que las leyes la consagran. Por lo mismo carecería de objeto toda consideración en ese orden por parte de quien tiene como función aplicar los textos legales. Llevada esa responsabilidad a los preceptos positivos, por las razones que en ello hubieren obrado, ya sea para repartir equitativamente las cargas públicas o por el implícito reconocimiento de que existe un derecho anterior al Estado, la actividad del Juzgador se limita a ver si se cumplió con los presupuestos procesales y a determinar la imputabilidad del hecho y el quantum de la indemnización que se demanda.

En el presente caso la persona responsable está plenamente determinada, y por lo que hace a la fijación del monto de la reparación pedida, existe el dictamen pericial visible al folio 24 del cuaderno de pruebas de la parte actora, dictamen rendido por los doctores Edgardo Gutiérrez de Piñeres, arquitecto, y Antonio Moreno Vives, ingeniero civil. Puesto en conocimiento de las partes ese experticio no fue controvertido en sus fundamentos y conclusiones, pues el representante del Municipio se limitó a pedir que los peritos explicaran si el documento o dibujo que obra al folio 6 del cuaderno de pruebas del demandante constituye el plano o los planos para construcciones urbanas, según los requisitos señalados en el Decreto número 141 de julio 25 de 1956, posterior por cierto a las primeras peticiones del demandante. La parte demandada quiso fundamentar su defensa en la argumentación y demostración de que al solicitar licencia para construir no se había cumplido con los requisitos establecidos en los preceptos municipales.

Los peritos cumplieron con la ampliación pedida manifestando que "los documentos, estudios y planos que se acompañaron a la demanda, lógicamente constituyen los estudios preliminares en toda obra para su realización, los cuales se complementan con los proyectos arquitectónicos definitivos para poder construir la obra, que son, más que todo, una labor de dibujo".

En el dictamen los peritos dijeron lo siguiente:

"

.....

"Consideramos que, de haber atendido el Municipio de Barranquilla el primer memorial presentado por la señora de Carbonell, el edificio mencionado hubiera estado terminado y listo para arrendar el día 1º de agosto del año de 1954, fecha desde la cual contamos cuarenta y dos meses de lucro cesante hasta el 31 de enero del presente

año de 1958".

"Según el proyecto de construcción presentado por la demandante y el presupuesto que consta en el expediente, el área de construcción sumaba 1.012 metros cuadrados, divididos en planta baja, mezanine, primer piso y segundo piso, área ésta que por comparación con la de edificios similares situados en la misma zona, debió producir en el año de 1954 una renta aproximada de $ 2.30 por metro cuadrado mensualmente, o sea un arriendo mensual de $ 2.330.00 que en cuarenta y dos meses suman un arriendo total dejado de percibir de $ 97.860.00, m.l. Consideramos que este canon de arrendamiento no es alto, teniendo en cuenta, como lo hemos hecho, la ubicación del edificio que se proyectaba, en pleno centro de la ciudad y en predio de tres frentes sobre la calle 33, la carrera 45-B y la calle 34, pues ocupa dos esquinas.

"Por otra parte es cierto que el costo de construcción ha subido considerablemente en el tiempo transcurrido, el cual era de $ 150.00 por metro cuadrado en el año de 1954, precio corriente en esa época y que es el que figura en el presupuesto original incluido en el expediente, que para 1.012 metros cuadrados de construcción hubiera dado un costo total de $ 151.800.00, contra $ 250.00 que vale el metro de construcción hoy, según el precio corriente de materiales, de mano de obra y que nos consta, lo mismo que el precio anterior, como arquitecto e ingeniero que somos, precio éste de $ 250.00 que dará un total de $ 253.000.00 m.l. para la misma área; o sea una diferencia de $ 101.200.00 entre el costo del edificio en 1954, cuando la señora de Carbonell quiso construirlo, y el costo del mismo edificio si se construyera hoy".

"Sin embargo, consideramos que de las sumas establecidas anteriormente por arrendamiento y por mayor valor de la construcción, deben deducirse las siguientes cantidades por concepto de gastos.

Gastos de administración:

Valor del inmpuesto de construcción que hubiera cobrado la Secretaría de Obras Públicas Municipales: 1% sobre $ 151.800.00 ..... $ 1.518.00
Impuesto Predial que debió pagarse en este período sobre un avalúo catastral del edificio de $ 151.800, así: año de 1954: $ 607.20; año de 1955: $ 1.214.40; año de 1956: $ 1.215.40; año de 1957: $ 1.214.40; y año de 1958: $ 101.20. Total: $ 4.351.60.

Gastos de celaduría y conservación del edificio a razón de un diez por ciento sobre la renta mensual de $ 2.330.00: 42 meses a $ 233.00: $ 9.786.00.

Intereses al 4% anual sobre $ 151.800.00, durante este período: $ 21.252.00.

RESUMEN:

Mayor valor actual por construcción	$	101.200.00
Renta dejada de percibir	$	97.860.00
Suma	$	199.060.00

MENOS:

Impuesto de construcción	$	1.518.00
Impuesto Predial	$	4.351.00
Gastos celaduría y conservación	$	9.786.00
Intereses sobre el capital	$	21.252.00
Suman los perjuicios	$	162.152.40"

El dictamen de que se da cuenta anteriormente reune las condiciones que señala el artículo 721 del C. J. para constituir plena prueba, pues aparece uniforme, explicado y debidamente fundamentado, y por lo mismo le es obligatorio al juzgador tener en cuenta es elemento probatorio. Además de que como se anotó anteriormente, por parte del demandado hubo conformidad, pues la ampliación pedida por él para restarle fuerza al peritazgo era intrascendente.

Resta sólo considerar si la aceptación integral del peritazgo, como fundamento de la regulación de los perjuicios, pudiera originar un pronunciamiento **plus petita**, dada una afirmación contenida en la demanda, y teniendo en cuenta además que según el artículo 471 del C. J., las sentencias se deben proferir en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

La reiterada petición del actor es la siguiente: que se condene al Municipio de Barranquilla a pagarle los perjuicios que con ocasión de los hechos relacionados fueren deducidos por peritos. Sin embargo manifiesta:

"Señalo por mi parte, el monto de la indemnización que reclamo, en la cantidad de cuarenta y dos mil pesos moneda legal colombiana.

Los peritos que se nombren en este juicio, liquidarán los perjuicios que pido, que exijo que me pague el Municipio por los daños que me ha causado, de conformidad con los HECHOS de esta demanda y con los elementos probatorios que se lleven a los autos y, además, harán los mismos peritos el avalúo de lo que hubiere producido anualmente,

en cánones de arrendamiento, el edificio que, si el Municipio me concede el permiso que solicité, pude haber construído desde febrero de 1954".

Es indudable que esta afirmación equivale a una fijación por el propio demandante del **quantum,** lo que inexorablemente limita el campo del Juzgador al regular la condena. Por lo mismo la fijación de los perjuicios pedidos en la demanda, no podrá pasar de la suma de cuarenta mil pesos, según la explícita estimación del actor.

DECISION:

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

F A L L A :

1º) Se revoca la sentencia apelada.

2º) En su lugar condénase al Municipio de Barranquilla a pagar a la señora Cecilia Insignares de Carbonell, dentro del término fijado en el Art. 121 del C.C.A. la suma de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00) m.l., por concepto de los perjuicios causados a la demandante con ocasión de los hechos de que da cuenta este juicio.

3º) Concédese personería al doctor Arturo Tapias Pilonieta para representar en este juicio a la demandante.

4º) Revalídese el papel común utilizado en la actuación.
Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Jorge A. Velásquez. Gabriel Rojas Arbeláez. — Alvaro León Cajiao B., Secretario.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO V — **JUICIOS ELECTORALES**

ELECTORALES

SEGUNDA INSTANCIA DE JUICIOS ELECTORALES. 1.—No hay en ella término probatorio, como se deduce del artículo 236 del C. C. A. La fijación en lista que dicho precepto ordena no juega el papel de ser una oportunidad para pedir pruebas, sino que viene a ser una etapa de preparación que la ley concede a los interesados para que presenten sus alegatos escritos de bien probado.

2.—Los autos de sustanciación dictados en los juicios electorales que no hayan sido expresamente privados de todo recurso por la ley, son susceptibles del de reposición, el cual debe interponerse y tramitarse en la forma general establecida para esta clase de providencias por el artículo 487 del C. J.

Consejo de Estado. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., once de febrero de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY)

Concluído el trámite pertinente, corresponde decidir sobre la súplica interpuesta en tiempo por el doctor Eduardo Piñeros y Piñeros contra el auto del señor Consejero Francisco Eladio Gómez fechado el 24 de noviembre de 1962, por medio del cual y a petición del señor Fiscal, revocó el de 10 del mismo mes y año que decretaba unas pruebas y procedió a denegarlas.

El recurso se ha fundado en dos motivos: consiste el primero en que es principio general el de que en todo juicio donde hay período probatorio en la primera instancia, debe haberlo en la segunda y que por tanto, estableciendo el artículo 218 del C. de lo C. A. tal período en la primera etapa de los juicios electorales, debe aceptarse también en la segunda. Se agrega que no otra explicación tiene la fijación en lista establecida por el artículo 236. Se apoya el segundo en el hecho de que, según el recurrente, el recurso de súplica fue extemporáneo, pues el Fiscal, a quien se notificó el auto de pruebas el 15 de noviembre, sólo disponía de un día para recurrir de él en reposición, sin embargo de lo cual lo hizo un día después, esto es, el 17 del mismo mes, cuando ya no era procedente. Este argumento conduce a buscar una declaratoria de firmeza para el auto de 10 de noviembre que decretó las pruebas.

En cuanto al primer punto, no es novedad que en los juicios electorales no haya período de pruebas en la segunda instancia. Se trata de una práctica del Consejo nacida del texto mismo del tercer inciso del artículo 236 de la Ley 167 de 1941, que al disponer que inmediatamente después de vencido el término de fijación en lista y sin que el negocio

ELECTORALES

I. — SISTEMAS ELECTORALES: MAYORIA Y CUOCIENTE. Sistema aplicable cuando se trata de elegir dos ciudadanos en elecciones populares, pertenecientes a un mismo partido. El Consejo de Estado considerando que la aplicación del sistema del cuociente electoral en un mismo partido cuando se trata de proveer solamente dos curules y hayan existido dos o más listas, no puede verificarse sin quebranto del texto expreso del artículo 2º de la Reforma Constitucional Plebiscitaria de 1957, reafirma su constante doctrina sobre la materia, según la cual debe aplicarse el sistema de la mayoría. Razones históricas y jurídicas que conducen a esta aseveración.

II. — NULIDAD DE LOS REGISTROS DE LOS JURADOS. La presencia de la mayoría de los jurados de votación que exige el ordinal 2º del artículo 195 del Código Contencioso Administrativo, sólo puede constatarse con la firma de los jurados en el acta de escrutinio, documento éste que precisamente está destinado a dar fe del resultado y de los miembros del jurado que practicaron el escrutinio.

Consejo de Estado. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., veinticinco de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. ALEJANDRO DOMINGUEZ MOLINA)

Contra el Acuerdo Nº 14, de fecha 12 de julio de 1962, por medio del cual la H. Corte Electoral practicó el escrutinio general de los votos emitidos para Senadores y Representantes en la Circunscripción Electoral de Norte de Santander, en las elecciones del 18 de marzo del año citado, y se hace la correspondiente declaración de elección, se han presentado ante el Consejo de Estado tres demandas de nulidad, a saber: una propuesta por el doctor César Castro Perdomo, como apoderado del doctor Manuel Bayona Carrascal, sobre nulidad de la elección de Senadores, por el Partido Conservador; otra formulada por el doctor Guillermo Hernández Rodríguez, en su propio nombre y como apoderado del doctor Carlos Ardila Ordóñez, sobre nulidad de la elección de Senadores, y una tercera, presentada por el doctor Alfonso Torres, sobre nulidad de la elección de Representantes a la Cámara.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 229 del C. C. A., los tres juicios se reunieron para ser fallados en una sola sentencia que la Sala procede a dictar, con la ponencia del Consejero a quien designó la suerte.

PRIMERA DEMANDA. — El doctor César Castro Perdomo, como apoderado del doctor Manuel Bayona Carrascal, en demanda presentada el 25 de julio de 1962, formula las siguientes peticiones:

"PRIMERA. — Que son nulos los escrutinios y la declaratoria de elección de Senadores de la República, pertenecientes al Partido Conservador, por la Circunscripción Electoral de Norte de Santander, realizados por la Corte Electoral, mediante el Acuerdo Nº 14 de 1962 (julio 12), por cuanto los votos emitidos en dicha Circunscripción para aquella elección, se computaron por la Corte Electoral con violación del sistema del cuociente electoral vigente.

"SEGUNDA. — Que por el Consejo de Estado se practique un nuevo escrutinio y se haga nueva declaratoria de elección de Senadores Conservadores, Principales y Suplentes, por la Circunscripción Electoral de Norte de Santander, a fin de que se obtenga el cuociente electoral legalmente establecido; se hagan las adjudicaciones con arreglo al sistema electoral vigente; se cancelen las credenciales a quienes sea del caso, y se declaren electos a quienes resulten favorecidos, para lo cual se entregarán las credenciales respectivas, en especial a mi mandante el doctor Manuel Bayona Carrascal, y se ordenarán las comunicaciones de rigor".

Como motivos para demandar la nulidad, expone el libelo en resumen:

Que la Corte Electoral, según el acto acusado, practicó los escrutinios e hizo la declaratoria de elección, con violación del sistema del cuociente electoral, pues estando vigentes el artículo 172 de la Constitución Nacional, el artículo 2º de la Reforma Constitucional Plebiscitaria y las Leyes 67 de 1937 y 39 de 1946, no existe otro sistema distinto al del cuociente para hacer la declaratoria de elecciones de Senadores y no podría la Corte Electoral declarar electos por la Circunscripción de Norte de Santander a quienes obtuvieron la mayoría relativa sobre las demás listas.

Como disposiciones violadas señala los artículos 172 y 180 de la Constitución Nacional, el artículo 1º de la Ley 67 de 1937, el artículo 1º de la Ley 39 de 1946 y los artículos 1º y 6º del Decreto 800 de 1947.

El concepto de violación de estas disposiciones, lo hace consistir la demanda, en que la Corte Electoral no aplicó las normas mencionadas, cuando debía haberlo hecho "por cuanto en la Circunscripción Electoral de Norte de Santander en las elecciones del pasado 18 de marzo se votó por más de dos individuos dentro de cada partido tradicionalista colombiano".

"... Que en Colombia el único sistema electoral para hacer la declaratoria de elección de Senadores y Representantes, ha sido y es el del cuociente electoral. Ni la Constitución, ni la Ley han erigido como sistema para la elección de parlamentarios el sistema de la mayoría relativa, y por consiguiente la Corte Electoral no podía adoptar ese

sistema, por no estar establecido legalmente, y sin embargo este último fue el sistema adoptado por la Corte Electoral. Es más, al aprobarse el Plebiscito quedaron refrendados los artículos 172 y 180 de la Constitución Nacional, que constitucionalizaron (sic) el sistema del cuociente electoral, bajo las condiciones que determinare la ley. Y resulta que esa determinación legal también existía en Colombia, mediante las leyes 67 de 1937 y 39 de 1946. Basta tener a la vista el preámbulo del artículo primero del Plebiscito para concluir que efectivamente el sistema del cuociente electoral quedó garantizado".

Como coadyuvante de la demanda, se hizo parte el doctor Alfonso Arango Henao, con la manifestación de que hacía propias las tesis contenidas en la demanda que ante esta misma corporación ha presentado el doctor Hugo Escobar Sierra sobre la nulidad de la declaratoria de elección de Senadores por la Circunscripción Electoral del Magdalena y la Goajira, y que para ello adjuntaba la copia de dicha demanda, para que se considere como parte integrante de su alegato de conclusión.

SEGUNDA DEMANDA. — El doctor Guillermo Hernández Rodríguez, obrando personalmente y como apoderado del doctor Carlos Ardila Ordóñez, en demanda presentada también el 25 de julio de 1962, pide "que se declare la nulidad del acta de escrutinio de fecha 12 de julio de 1962, denominada Acuerdo Nº 14, mediante el cual la Corte Electoral verificó el recuento de los votos consignados en Santander del Norte para elegir Senadores de la República e hizo la correspondiente declaración", "que como consecuencia de la declaración anterior se decrete la nulidad de las credenciales de senadores y representantes expedida (sic) con base en dicho Acuerdo Nº 14 de 1962...", "se rectifiquen los escrutinios de los votos emitidos para senadores y representantes, en la circunscripción electoral de Santander del Norte, en las elecciones del 18 de marzo, y se haga una nueva declaración de elección por aplicación del sistema del cuciente electoral, y se declare en consecuencia elegido como senador por dicha circunscripción para el período constitucional de 1962 a 1966 al señor doctor Carlos Ardila Ordóñez con suplencia del señor doctor Juan Agustín Ramírez Calderón", y "que de conformidad con las declaraciones anteriores se deben expedir las nuevas credenciales".

Como fundamentos de hecho expone la demanda, en resumen:

"De conformidad con los resultados de dichas votaciones (las realizadas el 18 de marzo de 1962, para elegir senadores y representantes), la Honorable Corte Electoral al verificar el escrutinio por el Acuerdo Nº 14 de julio de 1962, se abstuvo de aplicar el sistema del cuociente electoral y en consecuencia declaró elegidos por el partido liberal, a los senadores que integraron la plancha que obtuvo la mayoría de votos descartando a la lista del Movimiento Revolucionario Liberal que obtu-

vo votos suficientes para sacar un Senador con aplicación del cuociente constitucional.

"Como resultado del método de escrutinio de la Honorable Corte Electoral fue desechada la plancha que encabezaba el doctor Carlos Ardila Ordóñez con suplencia del doctor Juan Ramírez Calderón, y se declararon electos en su lugar a los renglones de la plancha del liberalismo oficialista que encabezaba el doctor Virgilio Barco".

Para demandar la anulación se expresa como motivo "la necesidad de preservar el ordenamiento constitucional del país, que ordena dentro de las normas plebiscitarias, que se aplique el método del cuociente como sistema tradicional para tener la representación proporcional de las listas de los diversos partidos".

Expresa la demanda que el Acuerdo de la Honorable Corte Electoral, infringe las siguientes disposiciones:

"A.—Constitución Nacional: artículo 2º, artículo 55, artículo 171, 172, artículo 176, artículo 177, artículo 178, artículo 180 y artículo 215.

"B.—Actos Legislativos: Acto Legislativo Nº 3 de 1910, artículo 45; Acto Legislativo Nº 1 de 1930, artículo 4º; Acto Legislativo Nº 1 de 1936, artículos 2 y 34; Acto Legislativo Nº 1 de 1945, inciso 4, artículo 17 y artículo 2 de la reforma plebiscitaria del 1º de diciembre de 1957.

"C.—Leyes: Ley 85 de 1916; Ley 96 de 1920; Ley 31 de 1929; Ley 7 de 1932; Ley 187 de 1936; Ley 2ª de 1943; Ley 39 de 1946.

"D.—Leyes especiales: Ley 118 de 1959, por la cual se crea y organiza el departamento del Meta y especialmente en su artículo 13".

Para expresar el concepto de violación, hace la demanda una breve historia de la legislación colombiana sobre la representación de los partidos hasta la adopción del sistema del cuociente electoral y en seguida expone:

"A partir de 1910, todos los sistemas que se han empleado se han hecho con el propósito de asegurar la representación de los partidos. Esta tesis constituye en materias electorales, el principio fundamental incorporado en el artículo 172 de la Carta. Nuestra Constitución persigue la representación proporcional de los partidos como objeto fundamental, y el sistema del voto incompleto y el sistema del cuociente electoral son simplemente medios adjetivos para tratar de obtener la finalidad sustantiva principal indicada. Este principio no fue atenuado sino por el contrario destacado por la reforma plebiscitaria de 1957 la cual en el artículo 2º expresó que el sistema del cuociente electoral se

aplicaría no solamente de partido a partido, sino dentro de las distintas listas de cada partido. De manera que el plebiscito al establecer la paridad de los partidos políticos tradicionales en las corporaciones públicas, mantuvo al interior de cada partido el sistema tradicional de 1910 según el cual la opinión pública debe estar representada proporcionalmente, por los métodos que la ley indique, en este caso, mediante el cuociente electoral que fue constitucionalizado por las reformas de 1957 de manera exclusiva.

"Las dudas que han surgido cuando se trata de elegir dos senadores o dos representantes por un mismo partido se derivan de la redacción del artículo 2º de la reforma plebiscitaria..."

"Ni la Constitución ni la ley han dicho qué se debe hacer cuando se trata de elegir precisamente dos senadores o dos representantes. El sistema que se ha aplicado hasta ahora es una simple interpretación jurisprudencial, pero que no tiene a mi juicio respaldo ni en la Constitución ni en la tradición legal colombiana. Si se está en el caso de que ni la Constitución ni la ley han expresado cómo se procede en dichas circunstancias, lo justo es permanecer en el principio general de la Constitución, según el cual todo el ordenamiento electoral del país está subordinado a obtener la representación proporcional de las listas de cada partido, según los términos de la Constitución plebiscitaria. Y acontece que el sistema constitucional para alcanzar esta representación proporcional es el del cuociente electoral y no otro distinto. El sistema del cuociente permite, al partido que ponga más del 75% de los votos, sacar los dos senadores y los dos representantes. Pero al mismo tiempo crea la posibilidad para los partidos que pongan más del 25% de los sufragios, de no ver eliminado su electorado sino de obtener con su respetable volumen de votos, una representación proporcional. En esta forma se evitan los resultados dramáticos, antijurídicos y antitécnicos, según los cuales la lista que ponga un voto de mayoría, con ese voto elige un senador enfrentándose muchas veces contra diez mil, veinte mil y hasta treinta mil electores. A semejante aberración no puede llegarse por vía de interpretación jurisprudencial. La tesis que aquí se expone es una interpretación de la Constitución y de la legislación colombiana en materias electorales, y está por lo tanto en el mismo pie de igualdad con el sistema que hasta ahora se ha aplicado sobre escrutinio mayoritario, que también es una simple interpretación de la Constitución y de la ley. Pero no parece que esta interpretación se base en la tradición constitucional y legal colombiana, y especialmente en el sistema plebiscitario que estableció la representación proporcional de las listas de cada partido (mientras no se haya reglamentado por la ley) sino a través del sistema constitucional del cuociente electoral que tiene preeminencia sobre cualquier

otro sistema que no exista en la ley sino en la interpretación jurisprudencial".

Como puede observarse de las transcripciones anteriores, se identifican las dos demandas citadas, en cuanto acusan el acto de la Corte Electoral que declaró la elección de Senadores por la Circunscripción de Norte de Santander, porque no aplicó el sistema del cuociente electoral, pues adjudicó los puestos respectivos a las listas de los dos partidos que obtuvieron mayor número de votos. Las dos demandas coinciden en señalar como violadas las mismas normas de derecho, si bien la presentada por el doctor Hernández Rodríguez cita además muchas otras disposiciones, sin que de modo particular hubiera expresado el concepto en que ellas pudieron ser infringidas.

Dada pues la identidad jurídica de la controversia que plantean las demandas mencionadas, se consideran y deciden por la Sala mediante una misma motivación, tanto más, cuando respecto a ambas, son iguales los conceptos emitidos por el señor Fiscal Primero del Consejo.

Para sustentar los planteamientos de su demanda, el doctor Castro Perdomo presentó, en la oportunidad procesal, un extenso alegato, cuyo resumen es el siguiente:

La causal de nulidad alegada es la prevista en el artículo 204 del C. C. A., porque al hacerse la declaratoria de elección, se violó el sistema del cuociente electoral garantizado en el artículo 172 de la Constitución Nacional y en las Leyes 67 de 1937 y 39 de 1946 y en el Decreto Reglamentario 800 de 1947, pues la Corte Electoral adjudicó la totalidad de las curules conservadoras a la lista que obtuvo mayoría relativa, aplicando así un sistema no previsto en la legislación colombiana.

Sostiene que tanto la Reforma Constitucional Plebiscitaria como las leyes y decreto mencionados, prevén que el sistema aplicable, "cuando las curules por adjudicar SON MAS DE DOS" y "cuando se trata de elegir más de dos ciudadanos", es el del cuociente electoral y que aunque es cierto que la legislación no dice qué sistema se aplica cuando las curules por adjudicar son dos en determinada circunscripción, tampoco está previsto en ley alguna que el sistema aplicable en este caso, sea el de la mayoría relativa que quedó abolido desde el Acto Legislativo Nº 8 de 1905 y la Ley 42 de ese mismo año. Que ante el silencio del legislador para determinar cómo se procede cuando sólo hay que adjudicar dos puestos, se debe recurrir a las leyes que regulan casos o materias semejantes, conforme al artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y que como "las únicas leyes relacionadas con elecciones de Senadores y la forma de adjudicar las curules correspondientes, son ni más ni

menos la Ley 67 de 1937 (orgánica del Cuociente Electoral) y la Ley 39 de 1946" que la modificó, el sistema aplicable "tendrá que ser el del cuociente electoral" que es el que está legalmente previsto.

Se extiende en seguida sobre la historia constitucional y legal, en materia electoral, desde el año de 1905 hasta el de 1946, sobre la representación proporcional de los partidos, para sostener que la Reforma Constitucion l Plebiscitaria refrendó la vigencia del artículo 172 sobre representación proporcional, pero que como el artículo 2º de la Refo ma "institucionalizó el régimen de paridad política y colocó a los dos partidos políticos, el liberal y el conservador, en un mismo pie de igualdad jurídica, aquella representación proporcional prevista en el artículo 172 de la Carta, no se está refiriendo a la proporcionalidad de los partidos... entonces, el artículo 172 de la Constitución refrendado por el preámbulo del artículo 1º del Plebiscito debe interpretarse con un criterio práctico, y **este no es otro que el de la representación proporcional de los grupos políticos dentro de cada partido"** (subrayado en el alegato). Que "esta apreciación se confirma con lo dispuesto en el artículo segundo del Plebiscito que hace obligatorio el sistema del cuociente electoral, dentro de cada partido político, cuando a dicho partido (sic) le corresponde elegir MAS DE DOS CIUDADANOS".

Transcribe el alegato apartes de la sentencia de 6 de mayo de 1959, dictada por esta Corporación en la demanda sobre elecciones del Departamento del Magdalena y califica de equivocada la tesis sostenida en ella de que el sistema que regulaba el artículo 172 de la Carta, no era aplicable cuando se elegían dos renglones solamente, pues se aplicaba el sistema de las mayorías, porque según el alegato, desde el año de 1905 "en tratándose de elecciones de Senadores y Representantes siempre rigió el sistema de la representación proporcional" y quedó abolido el de la mayoría relativa y que como desde el año de 1886 "siempre ha habido un mínimo de 3 SENADORES por cada Departamento, era imposible que se hubiera presentado el caso de aplicar en este siglo 20 el sistema de la mayoría relativa en aquella clase de elecciones, porque nunca se pudieron elegir menos de 3 SENADORES, y nunca se pudo haber presentado el caso de elección de 2 SENADORES..."

En la demanda de nulidad de la declaratoria de elección de los Senadores por la circunscripción electoral del Magdalena y la Goajira que presentó ante esta misma Corporación el doctor Hugo Escobar Sierra y que la parte coadyuvante en este juicio, doctor Arango Henao, adjuntó para que se considere como su alegato de conclusión, se plantea en derecho, la misma cuestión que es materia de las dos demandas acumuladas que se deciden en el presente fallo. Y aunque es cierto que aquélla y ésta coinciden en algunas de las disposiciones que se señalan como violadas, difieren en muchos aspectos sobre el concepto

de violación lo cual impide que en esta sentencia cuyo campo está limitado por las demandas acumuladas de los doctores Castro Perdomo y Hernández Rodríguez, pueda apreciarse el problema jurídico desde los puntos de vista que sobre violación de las normas constitucionales y legales, expresa el doctor Escobar Sierra en su demanda. Mas, sí hay identidad en la tesis central sostenida en las tres demandas, pues en la del doctor Escobar Sierra se expone:

"El artículo 172 de la Carta Fundamental reza:

" 'Cuando se vote por más de dos individuos en elección popular o en una corporación pública, se empleará el sistema del cuociente electoral u otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos. La ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho'.

"La norma constitucional deja, pues, a la libre elección del legislador el sistema que asegure la representación proporcional **cuando se vote por más de dos individuos** en elección popular o en una corporación pública. La regla inflexible es la proporcionalidad de los partidos. El legislador optó por el sistema del cuociente electoral en las Leyes 39 de 1946 y en el Decreto 800 de 1947, que son las actualmente vigentes, y desechó el sistema del voto incompleto, el acumulativo y el de las mayorías.

"Posteriormente, la reforma constitucional plebiscitaria de 1957, en su artículo 2º, sustituye la regla de la **representación proporcional** por la de la **paridad** de los partidos políticos, el liberal y el conservador, y esos términos modifican clara y expresamente el artículo 172 de la Constitución.

"No quedó allí la reforma plebiscitaria, sino que expresó que 'si hubiere dos o más listas de un mismo partido, y los puestos que a éste correspondieren fueren más de dos, se aplicará para adjudicarlos el sistema del cuociente electoral, pero teniendo en cuenta únicamente los votos emitidos por las listas de tal partido'.

"En este segundo aspecto, el constituyente plebiscitario consagra constitucionalmente el evento de **'dos o mjs listas de un mismo partido'**, por una parte; y de la otra, expresa que cuando fueren **más de dos puestos** los que corresponden a cada partido, se aplicará para adjudicarlos el sistema del cuociente electoral, agregando, finalmente, que para la adjudicación se tienen en cuenta, en cada caso, los votos del respectivo partido.

"El texto plebiscitario se refiere de este modo a la elección de seis ciudadanos, 3 liberales y 3 conservadores, **o más,** y para este evento

estatuye el sistema del cuociente. No legisla el constituyente plebiscitario para aquellos casos en que se eligen cuatro ciudadanos, dos conservadores y dos liberales.

"Lo anterior demuestra que el artículo 172 quedó vigente para cuando se eligen cuatro ciudadanos puesto que su texto se refiere a la votación **por más de dos individuos,** naturalmente dentro del sistema de la paridad de los partidos en las corporaciones públicas, que es la regla de oro del plebiscito, que no derogó el sistema del cuociente sino que estableció modalidades para su aplicación.

"Si el artículo 172 no fue derogado totalmente y fue reglamentado según sus propios designios por el legislador y éste adoptó el sistema del cuociente electoral, es éste el que debe ser aplicado **cuando se vota por más de dos individuos** en elección popular o en una corporación pública; y ese mismo procedimiento rige para todos los demás casos, por mandato expreso de la reforma plebiscitaria. Es decir, que en Colombia rige el cuociente electoral para todos los casos en que se eligen dos o más ciudadanos pero respetando la paridad entre los partidos políticos".

CONCEPTO DEL SEÑOR FISCAL PRIMERO DEL CONSEJO:

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado, doctor Francisco José Camacho Amaya, conceptuó en sus alegatos de fondo "que deben ser despachadas favorablemente las súplicas de las demandas", por las consideraciones siguientes:

La tesis sostenida por el Consejo, en sentencia de 6 de mayo de 1959 con ponencia del Consejero doctor Carlos Gustavo Arrieta, según la cual, cuando a cada partido político le correspondiere elegir dos renglones y se presentare al debate uno de ellos o ambos, con varias listas, los dos puestos que corresponden se adjudican a la plancha mayoritaria de cada partido, debe ser revisada por la Corporación, porque:

1º—"El Plebiscito no abrogó el principio de la REPRESENTACION PROPORCIONAL; apenas introdujo una modalidad para asegurar el funcionamiento de la paridad, toda vez que en su artículo 2º fijó el sistema del cuociente electoral tendiente a garantizar dentro de un mismo partido y en forma independiente del otro, el derecho ciudadano para votar por el candidato de sus simpatías.

"Rastreando los antecedentes de la Reforma Constitucional de 1910 se encuentra que entonces se consagró como norma constitucional el principio de asegurar el derecho de las minorías de quedar representadas en los cuerpos de elección popular.

"En efecto, después de modificaciones y submodificaciones de los Diputados Rodríguez, Esguerra, Espinosa, Holguín y Caro, Lombana Barreneche y Quevedo Alvarez, el artículo 45 de la Reforma quedó así, según la Relación de los debates respectivos de que da cuenta la 'Historia de las Leyes' de Lácides Segovia, edición de 1914:

'En toda elección en que se vote por más de dos individuos, aquélla se hará por el sistema del voto incompleto, o del cuociente electoral, o del voto acumulativo, u otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos. La ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho'.

"También se discutió en la Asamblea Nacional Constituyente la conveniencia de aplicar el principio que garantizara el derecho de las minorías cuando se tratara de elegir más de un individuo para una corporación de elección popular, pero fue negado en virtud de que se dispuso en el artículo 46 de la Reforma que ningún Distrito Electoral podía elegir menos de 3 representantes y 3 diputados para que 2 correspondieran a la mayoría y 1 por lo menos a la minoría.

"Esta misma razón inspiró lo dispuesto en los artículos 93 y 99 de la Constitución al disponer que ningún Departamento elegiría menos de 3 senadores ni menos de 3 representantes. Conservando ese mismo espíritu y esa misma lógica el artículo 172 de la Constitución establece como sistema que asegure la representación proporcional el del cuociente electoral u otro cualquiera, cuando se vote por más de dos individuos ya que en ningún caso podrían elegirse menos de 3.

"Este artículo 172 contempla, desde luego, dos situaciones diferentes de elección, a saber:

"a) Elección por voto popular.

"b) Elección en corporaciones públicas.

"Para el primer evento no tenía objeto reglamentar el caso de elección de menos de 3 individuos. Para el segundo que no tiene las mismas características del primero, pues no se trata de asegurar el derecho de representación de las minorías por el voto directo de los ciudadanos, puede decirse que existe un vacío en la Constitución en orden a determinar cuál es el sistema que deba emplearse, ya que el de la mayoría relativa NO ES EL UNICO, y no siéndolo, cabe la hipótesis de que pueda adoptarse otro sistema.

"2º—El Plebiscito repitió el principio de la aplicabilidad del sistema del cuociente electoral dentro de cada partido político, como medio de asegurar la representación proporcional de las minorías tomando

como base la elección de dos individuos, en la misma forma que lo dice el artículo 172 de la Constitución. Pero olvidaron los miembros de la Junta Militar de Gobierno que presentaron al pueblo colombiano el texto de la Reforma para su aprobación, que por razón de la **paridad** debía reglamentarse el caso de elección de DOS INDIVIDUOS y no simplemente el de MAS DE DOS.

"La consecuencia que sacaron los ilustres miembros de la Comisión Redactora del Anteproyecto del Plebiscito, a que se refiere la sentencia del Consejo y Según la cual cuando se eligen 2 individuos se aplica el sistema de la mayoría, no sirve como criterio de interpretación pues como lo anota la sentencia atrás transcrita el punto quedó sometido a la consideración de la Junta Militar de Gobierno desconociéndose la verdadera intención de aquélla. Ahora bien, en el caso del Plebiscito el constituyente fue el pueblo y para saber la intención de éste ha debido quedar claro en el proyecto sometido al Referendum popular cómo debía procederse en el caso de la elección de dos Senadores o dos Representantes.

"Además, si la consecuencia o apreciación que sacaron los miembros de la Comisión redactora del Anteproyecto era exacta, ¿por qué razón no lo dijeron en el texto del artículo 2º, reservándose la opinión para el simple informe? La respuesta a esa pregunta parece encontrarse en la falta de acuerdo por la rivalidad política existente entonces entre los grupos de un partido político, como lo anota la sentencia aludida ya que en la Comisión Paritaria no hubo acuerdo sobre la fórmula respectiva; anótese que el ex-Presidente Eduardo Santos era partidario de la aplicación del sistema del cuociente electoral cuando se debían elegir solamente dos individuos.

"3º—La simple enunciación del sistema para elegir 3 senadores o representantes en el artículo 2º del Plebiscito, no es suficiente para excluir a **contrario sensu**, como lo hace la sentencia comentada, la aplicación del mismo sistema cuando se trata de dos Senadores o Representantes, y menos aún para concluir que la Reforma consagró la elección en caso tal por el sistema de la mayoría relativa.

"Si este último extremo era el adoptado ha debido expresarse claramente ya que el sistema consagrado en la Constitución y en la ley para **elecciones populares por el voto directo de los ciudadanos** es el del cuociente electoral pues el de la simple mayoría quedó abolido como sistema para **elecciones populares** desde la reforma consagrada en el Acto Legislativo Nº 8 de 1905.

"4º—Síguese de todo lo anterior que si por razones políticas del momento no se aclaró suficiente y expresamente el punto discutido, ahora no cabe hacer referencias a las consideraciones de los redactores

del Anteproyecto porque lo cierto es que el vacío constitucional proviene del constituyente que fue el pueblo colombiano y entonces no queda otra fuente de interpretación que la de recurrir al sistema análogo tal como lo prevé la sabia norma del artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

"5º—El constituyente confió la guarda de la integridad de la Constitución a la Corte Suprema de Justicia según lo dispone el artículo 214 de la Carta.

"En ejercicio de esa función, la Corte Suprema de Justicia declaró por sentencia del 14 de septiembre de 1955 (ponente doctor Cardozo Gaitán) inexequibles el inciso tercero y parte del inciso cuarto, ambos del artículo 1º de la Ley 39 de 1946.

"Los mencionados incisos de la ley establecían el sistema del 'arrastre' de los residuos que no hubieren alcanzado a la mitad del cuociente para acumular los respectivos votos a las listas del mismo partido que hubieren obtenido el mayor número de votos.

"Precisamente la Corte en tal oportunidad consideró inconstitucional el sistema del 'arrastre' porque burlaba el derecho del ciudadano de votar por el candidato de sus simpatías al acumular su voto a otra lista por la cual tal elector no había deseado sufragar. Lo que la Corte afirma respecto del derecho del sufragio como función constitucional del ciudadano con relación a la unidad de los partidos políticos antes del Plebiscito, se puede predicar también con relación al sistema después de la reforma, considerando que ésta ha eliminado la representación proporcional de los partidos por razón de que existe paridad de puestos o curules para ambos, pero en cambio, ha dejado intacto tal principio de la representación proporcional para los grupos en que estén divididos dichos partidos".

La vista fiscal transcribe apartes de la sentencia de la Corte, y agrega:

"Síguese de lo anterior que si la acumulación de unos votos a la lista que obtenga mayores sufragios es inconstitucional por declaración de la Corte Suprema de Justicia, con tanta mayor razón lo será el despreciar un volumen de votación considerable que si bien no es mayoritario en su conjunto lo es, por representar un residuo superior al de otra lista, pudiéndose presentar el caso de que una lista que obtenga un puesto por cuociente no tenga siquiera un residuo suficiente para entrar en el escrutinio, y sin embargo, por el sistema de la simple mayoría llegar a adjudicarse con residuo ínfimo, un puesto, despreciando los votos del residuo mayor.

"Así, resulta que la aplicación del sistema de la mayoría relativa

'es inadmisible', como lo dice la Corte 'por opuesto a la voluntad del elector', ya que en la práctica equivale a 'trasladar' o invalidar el efecto de su sufragio, que para el caso es lo mismo, 'a personas distintas de las que señaló al sufragar'.

"6º—Finalmente, no se justifica ni jurídica ni equitativamente que el sistema del cuociente electoral sea aplicado para unos casos y desechado para otros ya que donde existe una misma razón debe existir una misma disposición. Al respecto el ilustre profesor de Derecho Público doctor Alvaro Copete Lizarralde en su obra de Derecho Constitucional Colombiano, expresa:

" 'Dentro del régimen ordinario de la Constitución no se exige perentoriamente el sistema del cuociente electoral, pues la ley puede escoger otro cualquiera que garantice la proporcionalidad en la representación de los partidos. En cambio, el Plebiscito sí estableció precisamente el cuociente electoral para adjudicar los puestos de un determinado partido, en el caso de que se presente más de una lista de un mismo partido. Nunca hemos encontrado justificación al hecho de que tanto en la Carta como en el Plebiscito, el sistema de la representación proporcional solamente haya de aplicarse cuando los candidatos sean más de dos, porque las razones que se invocan en favor de la representación proporcional tienen perfecta aplicación cuando se trata de elegir cualquier número plural de personas'.

"Contra la tesis anterior —continúa la vista— seguramente se arguye que no pueden quedar colocados en igualdad la mayoría con la minoría; pero precisamente con el sistema del cuociente electoral se garantiza que una pequeña minoría esté en incapacidad de restarle puestos a la mayoría y que una exigua mayoría sea también incapaz de anular los efectivos electorales de una minoría grande. Ahora bien: el argumento no tiene ningún fundamento en la práctica porque existen muchas circunscripciones electorales en las cuales se elige **número par** de Senadores y Representantes de un mismo partido (cuatro, seis, ocho, etc.) y como en ellas sí se ha venido aplicando el sistema del cuociente por la Corte Electoral, resulta que, cuando la votación es bastante equilibrada entre dos listas, necesariamente tienen derecho la mayoría y la minoría a igual número de puestos. Valga para el caso un ejemplo:

"En la circunscripción electoral de Cundinamarca se eligen 6 Senadores por cada partido tradicional. Suponiendo que se hubieran inscrito 2 listas de ese (sic) partido se procedería así:

"Lista A) obtuvo	170.000 votos (Mayoritaria)
"Lista B) obtuvo	130.000 votos (Minoritaria)
"Total	300.000 votos

"300.000 votos divididos por seis (6) curules resulta un cuociente de 50.000 votos.

"La lista A) elige 3 Senadores por cuociente y le queda un residuo de 20.000 votos.

"La lista B) elige 2 Senadores por cuociente y le queda un residuo de 30.000 o sea que como este último residuo es mayor elige otro Senador por residuo, con lo cual quedan ambas listas, la mayoritaria y la minoritaria, con un número igual de Senadores.

"Por todas las consideraciones anteriores la Fiscalía se permite solicitar del H. Consejo revise su jurisprudencia sobre el caso sub-judice que aunque basada en muy respetables razones, no la comparte en su punto fundamental, y en consecuencia, considera que deben ser despachadas favorablemente las súplicas de las demandas".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Hasta el año de 1905, en virtud de lo dispuesto por el artículo 181 de la Constitución de 1886, correspondía a la ley la determinación de lo concerniente a elecciones y escrutinios, pues aquel estatuto se limitó a disponer en relación con la composición de las Cámaras que el Senado se compondría "de tantos Senadores cuantos correspondan a los Departamentos, a razón de tres por cada Departamento" (artículo 93); que los Senadores durarían seis años y el Senado se renovaría "por terceras partes en la forma que determine la ley" (artículo 95); que los Senadores eran elegidos por las Asambleas Departamentales (artículo 175); que para las elecciones de representantes cada Departamento se dividiría en tantos distritos electorales cuantos le correspondieran en razón del número de habitantes, "para que cada distrito eligiera un representante" (artículo 178); y en cuanto a las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, que se elegirían popularmente.

Fue, pues, al legislador a quien correspondió determinar el sistema de elección y así lo hizo mediante las Leyes 7ª de 1888 y 119 de 1892. En la primera se dispuso que en las elecciones populares se declaraban electos los candidatos "que obtuvieren el mayor número de votos y en el orden descendente de estos" (artículos 48 y 103). En la segunda, que las Asambleas Departamentales elegirían por mayoría absoluta cada dos años, un Senador principal, para un período de seis años (art. 137).

Mas, vino el Acto Legislativo Nº 8 de 1905 y reconoció el derecho de las minorías, dejando a la ley la manera y término de llevarlo a efecto, y entonces la Ley 42 de ese mismo año desarrolló ese principio cuando el número de los que hubieran de ser elegidos, fuera exactamente divisible por tres y dispuso que cada Departamento elegiría tres

senadores y cada circunscripción electoral, tres representantes.

Posteriormente, el Acto Legislativo Nº 3 de 1910, estableció en su artículo 45 que "toda elección en que se vote por más de dos individuos, se hará por el sistema del voto incompleto, o del cuociente electoral, o del voto acumulativo, u otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos". Y el legislador de 1916, mediante la Ley 85, dispuso entonces que "en toda elección popular o hecha por corporación pública en que haya de votarse por más de dos individuos" se aplicaría el sistema electoral del voto incompleto (artículo 111), lo que ratificó en forma expresa la Ley 92 de 1920 que ordenó en su artículo 12 que la Ley 85 de 1916 debía ser interpretada y aplicada "en el sentido de acatar en todo caso, la letra y el espíritu del artículo 45 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, que establece la representación proporcional de los partidos en la elección de más de dos individuos, de acuerdo con el sistema del voto incompleto".

Este sistema de representación proporcional estuvo en vigencia hasta el año de 1929, pues mediante la Ley 31 de este año, se dispuso que "en toda elección popular en que haya de votarse por más de dos individuos, se observará el sistema del cuociente electoral" (artículo 4º).

Las Leyes 7ª de 1932 (artículo 1º), 67 de 1937 (artículo 1º) y 39 de 1946 (artículo 1º), ratificaron la aplicación del mismo sistema del cuociente, haciéndolo extensivo a las elecciones que deben hacer las corporaciones públicas, pues todas ellas expresaron que "en toda elección popular y en las que deban hacer las corporaciones públicas, cuando se trate de elegir más de dos ciudadanos, se observará el sistema del cuociente electoral".

El Acto Legislativo Nº 1 de 1945 en su artículo 77 que corresponde al artículo 172 de la actual codificación constitucional, repitió el mismo principio ya consagrado en el Acto Legislativo de 1910, con algunas diferencias de redacción, pues mientras éste se refería a "toda elección en que se vote por más de dos individuos", aquél se refiere a "cuando se vote por más de dos individuos en elección popular o en una corporación pública"; el Acto Legislativo de 1910 mencionaba varios sistemas electorales, entre ellos el del cuociente, mientras que el de 1945 sólo menciona éste, pero ambos agregan "u otro cualquiera".

De la breve reseña histórica que se deja expuesta, se deduce que el sistema de las mayorías electorales que rigió hasta el año de 1905, quedó derogado solamente en cuanto se tratara de elegir más de dos ciudadanos, pero no cuando se trataba de elegir dos. Los textos legales y constitucionales son muy claros y precisos al respecto. De la aplicación del sistema del voto incompleto, primero, y del cuociente electoral, después, siempre se excluyó el caso de las elecciones de dos ciu-

dadanos.

Establecido el principio de la representación proporcional de los partidos, se impuso la necesidad de que no podían ser menos de tres los senadores o representantes que correspondían a cada circunscripción electoral, para que pudiera ser operante en la práctica, cualesquiera de los sistemas que para asegurar ese derecho de representación proporcional, fuera acogido por el legislador, porque con la elección de uno solo se haría imposible y con la de dos, la mayoría y la minoría podían llegar a obtener el mismo número de curules.

Pero del hecho de que en toda elección popular siempre se han elegido más de dos, desde que se implantó la representación proporcional, y que en todas las ocasiones se haya aplicado, en tal clase de elecciones, el sistema del voto incompleto o el del cuociente, no se puede concluir que el sistema haya de aplicarse también cuando por razón de una reforma constitucional se hubiere de llegar a elegir, en votación popular, solamente dos.

El sistema electoral para asegurar la representación proporcional de los partidos, cualquiera que él fuere, no se limitó en la reforma del año de 1910, ni en la del año de 1945 que prácticamente se identifican, a elecciones populares sino también a las que fueren hechas por corporaciones públicas "en que se vote —o cuando se vote— por más de dos individuos". Y si por mandato de la Constitución y de la Ley, en las elecciones populares siempre había de aplicarse el sistema, por votarse en todos los casos por más de dos, lo mismo no ocurría en elecciones realizadas por corporaciones, pues a éstas podía y puede aún corresponderles, en muchos casos, la elección de sólo dos individuos, cuando se trata de proveer igual número de cargos.

Y entonces se pregunta: ¿Qué sistema habría de aplicarse en este caso? Siguiendo la tesis sostenida en las demandas tendría que ser el del cuociente electoral, porque en la ley no está previsto otro. Pero es evidente que en forma expresa, el constituyente mandó de modo categórico que el sistema se "empleará" cuando se vote por más de dos individuos, lo que excluye lógicamente su empleo o aplicación cuando se vota por dos solamente.

El mismo legislador no ha entendido que sea el sistema del cuociente el que se emplea cuando una corporación elige sólo dos. Al contrario, ha creído que en este caso el sistema aplicable es el de las mayorías. En efecto: en los Reglamentos del Congreso Pleno y del Senado adoptados por la Ley 7ª de 1945 "con fuerza de ley", se encuentra establecido que en una elección en que se vote por dos, decide la pluralidad o mayoría relativa.

El artículo 277 del Reglamento del Senado dice: "En toda elección en que se vote por más de dos individuos o ternas, aquélla se hará por el sistema que rija de conformidad con lo dispuesto en el artículo 172 de la Constitución. Si la elección fuere de un solo individuo, decidirá la mayoría absoluta; **si fuere de dos, decidirá la pluralidad relativa".** (Subraya la Sala).

Pluralidad relativa es lo mismo que mayoría relativa, pues el Reglamento del Congreso Pleno en su artículo 31 dice que "entiéndese por mayoría o pluralidad relativa el número más alto que resulte de un escrutinio".

De acuerdo con este entendimiento del propio legislador, ha estado siempre la doctrina del Consejo de Estado. Efectivamente, en sentencia de fecha 15 de junio de 1939, con ponencia del Consejero Guillermo Peñaranda Arenas, se pronunció esta Corporación sobre la aplicación del cuociente electoral en las corporaciones públicas. En ese fallo, después de hacer una síntesis de los sistemas electorales que han regido en el país, para asegurar la representación proporcional de los partidos de 1905 en adelante y de hacer notar que tanto el sistema del voto incompleto que estableció el artículo 111 de la Ley 85 de 1916 y confirmó la Ley 96 de 1920, en su artículo 12, como el del cuociente electoral establecido por las Leyes 7ª de 1932 y 67 de 1937, coincidían en que se aplicaban "en toda elección popular o hecha por corporación pública en que hubiera de elegirse más de dos ciudadanos", llegó a la conclusión de que el cuociente electoral no tiene cabida cuando se va a elegir menos de tres, pues en este caso la elección se hace por mayoría de votos. (V. Anales del Consejo de Estado, Nos. 278 a 280, página 383).

Esta doctrina aparece ratificada en sentencias de 6 de junio de 1940, con ponencia del Consejero Ramón Miranda (Anales, Nos. 288 a 292, pág. 344), de 3 de marzo de 1941, con ponencia del Consejero Carlos Rivadeneira (Anales, Nos. 299 a 301, pág. 186), y de 25 de marzo de 1943, con ponencia del Consejero Tulio Enrique Tascón (Anales, Nos. 323 a 328, página 16).

Es un hecho indiscutible que el artículo 172 de la Constitución quedó reformado por el artículo 2º de la Reforma Constitucional Plebiscitaria de 1º de diciembre de 1957, pues mientras aquél consagró, como ya lo había hecho el Acto Legislativo Nº 3 de 1910, la representación proporcional de los partidos y determinó que "se empleará el sistema del cuociente electoral u otro cualquiera que asegure" esa representación proporcional, la reforma aprobada por el plebiscito, estableció la representación igualitaria o paritaria de los dos partidos políticos tradicionales, el liberal y el conservador. No es, pues, cierto que aquel artículo pudiera haber quedado vigente para cuando se eligen cuatro

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ciudadanos por una circunscripción electoral, porque en virtud de la reforma, esos cuatro puestos se adjudican de por mitad a cada uno de los dos partidos tradicionales.

El sistema del cuociente electoral ya no es el que se emplea para determinar cuántos puestos corresponden a cada uno de los partidos. El sistema sólo se aplica para adjudicar los puestos de un mismo partido si hubiere dos o más listas de ese partido y "los puestos que a éste corresponden fuesen más de dos".

La tesis de que cuando cada partido elige dos, o sea que los puestos que corresponden a una circunscripción electoral son cuatro, debe aplicarse el artículo 172 de la Constitución, sólo podría ser aceptable, si se hace caso omiso a lo que dispone el artículo 2º de la Reforma Plebiscitaria, porque choca abiertamente con lo que ordena esta disposición, de que el cuociente se aplica "si hubiere dos o más listas de un mismo partido, y los puestos que a éste corresponden fuesen más de dos".

Dados, pues, los términos de la Reforma Plebiscitaria para aplicar el cuociente no se atiende al número de puestos que corresponden a cada circunscripción electoral; el sistema no se emplea para determinar la representación proporcional de los partidos, en cada circunscripción, porque la reforma manda que la representación de ellos sea paritaria y que los puestos se les adjudican por mitad. El cuociente se aplica, como ya se ha dicho, para adjudicar dentro de cada partido, los puestos que le corresponden, siempre que "hubiere dos o más listas de un mismo partido, y los puestos que a éste corresponden fuesen más de dos".

Según esto, el cuociente electoral ya no se emplea o aplica cuando "en elección popular o en una corporación pública" se vote por más de dos individuos, sino cuando un partido vota por más de dos o sea cuando tiene derecho a elegir más de dos y concurre a la elección con dos o más listas.

El sistema es, pues, el mismo, antes y después de la reforma, pero con la diferencia de que, por virtud de ésta, no se emplea ya para determinar la representación proporcional de los partidos que intervienen en las elecciones, sino para la representación de los dos partidos tradicionales, separadamente, cuando cada uno elige más de dos. Así, pues, que por voluntad del constituyente de 1957, el cuociente electoral sigue aplicándose cuando se vota por más de dos individuos, como antes, pero ya no cuando el total de puestos por elegir por los partidos, sean más de dos, sino cuando los que le corresponde elegir a cada partido fuesen más de dos. Porque, a cada partido corresponde la mitad de los puestos

que elige la circunscripción electoral, por mandato del constituyente y, por voluntad de este mismo, cuando esa mitad pasa de dos y cualquiera de los dos partidos tradicionales concurre a la elección con dos o más listas, es cuando debe aplicarse el cuociente para adjudicar los puestos respectivos, "pero teniendo en cuenta únicamente los votos emitidos por las listas de tal partido".

De modo, pues, que si por la disposición constitucional el cuociente electoral se emplea cuando a un partido corresponden más de dos puestos, no puede decirse con lógica que cuando sólo elige dos y no se emplea el cuociente, la elección sea nula por violación del sistema electoral adoptado por la ley, conforme al artículo 204 del C. C. A., porque la norma constitucional vigente, no ordena que se emplee el cuociente en este caso.

Las consideraciones expuestas llevan ineludiblemente a ratificar la doctrina que con la ponencia del Consejero doctor Carlos Gustavo Arrieta sentó esta misma Sala en sentencia de 6 de mayo de 1959 y que infructuosamente se ha querido impugnar en los juicios acumulados que son objeto del presente fallo. Esa doctrina aparece concretada en los siguientes párrafos de aquella decisión:

"Del cotejo de la disposición precedente (se refiere al artículo 172 de la Constitución Nacional) con la consagrada en el artículo 2º de la enmienda plebiscitaria, surgen necesariamente estas conclusiones lógicas:

"1ª—La norma constitucional anterior regulaba el sistema electoral aplicable a los resultados obtenidos por los partidos a efecto de señalar a cada uno de ellos la representación que le correspondiera de acuerdo con su contingente electoral, pero sólo en el caso de que se fuera a votar por más de dos personas en total. Cuando hubiese de elegir dos renglones solamente, el sistema del cuociente era inoperante y habría de recurrirse al de las mayorías. Así, pues, la aplicabilidad del régimen de la representación proporcional dependía del número de casillas que debían proveerse, pero la base para computar ese número era el fijado por la ley para toda la circunscripción electoral, sin consideración a guna a cupos especiales de cada partido. Estos intervenían en el debate en un pie de igualdad, para disputarse los puestos que se debían elegir y en el evento de que fueran dos, la simple mayoría de sufragios determinaba la adjudicación de ambos a una sola agrupación política.

"2ª—Este sistema del artículo 172 es el mismo adoptado por la reforma plebiscitaria, pero con estas modalidades un tanto diferentes: cuando deban proveerse dos curules para cada colectividad, se aplicará en la adjudicación a los distintos grupos del partido dividido el criterio de la mayoría, tal como se hacía durante la vigencia del régimen

jurídico anterior para la distribución del mismo número de renglones entre todas las agrupaciones participantes en las elecciones; cuando hayan de elegirse tres o más puestos para un partido, se aplicará el sistema del cuociente electoral a los contingentes electorales de cada grupo, pero sólo tomando en consideración, para efectos de computar el cuociente, los sufragios emitidos por las listas pertenecientes a cada partido.

"La regla que domina todo el campo jurídico de la enmienda es la de que siempre que haya lugar a la aplicación del cuociente electoral, éste se computará sobre las bases de los votos de cada partido. En este orden de ideas, es forzoso llegar a la conclusión de que la esencia jurídica y la razón de ser de la reforma contenida en el artículo 2° es la de asignar una participación numérica igualitaria a las dos colectividades tradicionales en el control de las corporaciones públicas, y la de que los sufragios de un partido político únicamente beneficien a éste, bien sea para aplicar el sistema de las mayorías o bien si ha de emplearse el régimen del cuociente electoral cuando se deban proveer más de dos casillas. El principio general no se altera en uno y otro evento. Por sus características diferenciales y sus modalidades específicas, este nuevo sistema jurídico desplaza total y absolutamente el régimen anterior y no deja subsistente ninguno de sus mandatos.

"Una regla elemental de lógica indica que la regulación jurídica de un hecho determinado implica que aquellos hechos distintos al primero están implícitamente excluídos de tal reglamentación. Si el régimen del cuociente sólo es aplicable cuando han de elegirse más de dos puestos para cada partido, **a contrario sensu**, no se empleará ese sistema cuando hayan de proveerse sólo dos renglones. Las casillas que deba designar el otro partido no cuentan, ni inciden en forma alguna para modificar esta situación porque ese es un factor extraño por mandato expreso del artículo comentado.

"Esa regla constitucional contiene dos hipótesis amparadas ambas por el mismo principio general de que los votos correspondientes a las listas de un partido sólo afectan la distribución de renglones de esa colectividad, pero cuyas proyecciones son diferentes en cuanto al sistema jurídico de la distribución: la hipótesis de dos puestos para cada partido y la de más de dos. En ambos eventos la regla general opera en idéntico sentido: para la adjudicación de casillas en uno y otro caso sólo se tomarán en cuenta los sufragios del mismo partido, con la diferencia de que en la primera hipótesis se tendrán en consideración esos votos para los efectos de determinar la opinión mayoritaria y hacer, en consecuencia, las adjudicaciones de acuerdo con ella, y en la segunda para aplicar el sistema del cuociente electoral". (Anales, Tomo LXI-Bis, páginas 97 y 98.)

Las consideraciones anteriores llevan a la conclusión de que no pueden prosperar las peticiones de las demandas formuladas por los doctores Castro Perdomo y Hernández Rodríguez.

TERCERA DEMANDA. Invocando su condición de ciudadano colombiano y de abogado inscrito, el doctor Alfonso Torres presentó demanda el 25 de julio de 1962, para que se declare "la nulidad del Acuerdo número 12 de 12 de julio de 1962, dictado por la H. Corte Electoral, por medio de la (sic) cual se practicaron los escrutinios generales de los votos emitidos para Representantes en la Circunscripción Electoral del Norte de Santander el pasado 18 de marzo y se hizo la correspondiente declaratoria de elección"; y que "como consecuencia de esa nulidad, se practique por el H. Consejo de Estado un nuevo escrutinio, en el cual no se deberán tener en cuenta los votos emitidos para representante a la Cámara en las mesas de votación a que se refieren los hechos de la demanda".

Estudia la Sala los motivos de anulación, las disposiciones violadas y el concepto de la violación que expone la demanda, teniendo en cuenta las pruebas que obran en el juicio, y en lo pertinente, el alegato del señor Fiscal Segundo y el del doctor Miguel González Rodríguez, apoderado del doctor Julio César Pernia quien se constituyó parte impugnadora de la demanda.

1º—"Mesas de votación números 158, 1959, 160 y 161 de la cabecera municipal de Cúcuta y adicionales número 2 (sic) de la Inspección de Policía del Escobal de ese Municipio".

Dice la demanda: que estas mesas son adicionales y fueron establecidas para que votaran "los ciudadanos que tenían cédula registrada dentro del Municipio, con la formalidad previa de firmar el formulario especial 16-A que exige el artículo 6º de la Ley 39 de 1961"; que "el número de ciudadanos que puede votar en estas mesas está compuesto por el número de formularios que resulten", que según el Acta de la Comisión Escrutadora Municipal de Cúcuta que se acompaña como prueba, "en los documentos relacionados con la mesa de votación número 159 el número de votantes ascendió a 299 y los certificados suman 177"; "en la mesa de votación número 160 aparecen 343 sufragantes y sólo se encontraron 278 certificados"; "en relación con la mesa número 158, los sufragantes 273 y los certificados 253" y "sobre la mesa número 161 sufragaron 23 ciudadanos, sin encontrarse ningún certificado".

Y sostiene el libelo que los registros de las mesas mencionadas

están afectados de nulidad por la causal citada en el numeral 4º del artículo 195 del C. C. A., pues en ellas no podían votar sino los ciudadanos con formulario 16-A y "los sufragantes a quienes no se expidió el formulario no forman parte del registro de votantes hábiles y por consiguiente su voto es excedente en la respectiva mesa de votación". Y que "la Corte Electoral al computar en el escrutinio para Representantes a la Cámara, por el Norte de Santander en las elecciones del 18 de marzo de 1962, ha debido excluir los votos emitidos en estas mesas del cómputo general de los votos de la circunscripción y al no hacerlo violó las disposiciones del artículo 7º de la Ley 39 de 1961, 196 de la Ley 167 de 1941 numeral 5º y 197 de la misma ley y es nulo en consecuencia, el escrutinio verificado por ella el 12 de julio de 1962".

En la diligencia de inspección ocular practicada en el término de prueba del juicio, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por comisión del Consejero sustanciador doctor de Velasco Alvarez, en los archivos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, sobre los documentos que sirvieron de base para que la Corte Electoral practicara los escrutinios demandados, aparece:

"... en relación con la mesa número 158, se comprobó lo siguiente: que no se halló la lista parcial de sufragantes, no pudiéndose comprobar si sufragaron ciudadanos cuyas cédulas no aparecían en dichas listas que correspondían a la cabecera municipal o al corregimiento sin el formulario 16-A. Por tal razón, el Magistrado, en vista de lo solicitado por el demandante en el punto 8º del memorial de pruebas, considera que dicho punto aclara y complementa lo pedido en el punto 3º, acápite c) y, por consiguiente, hace el recuento de los formularios 16-A para confrontarlos con el número de sufragantes, y hecha la confrontación dio el siguiente resultado: aparecen doscientos cincuenta y seis (256) formularios 16-A expedidos a ciudadanos para que consignaran su voto y en el registro especial de sufragantes aparece que votaron doscientos setenta y tres (273) ciudadanos, número que corresponde al anotado en el acta de escrutinios. La diferencia entre estas dos cantidades, o sea diez y siete (17) votos, surge del hecho de que los jurados de votación hicieron una sola lista involucrando en ella a los ciudadanos que votaron con formulario 16-A y los que sufragaron como inscritos.

"MESA DE VOTACION Nº 159. Del examen de los pliegos electorales de esta mesa se comprobó lo siguiente: En el registro general de votantes, aparece que votaron doscientos noventa y ocho (298) ciudadanos y que el número de ciudadanos que tenía derecho a votar en esta mesa con formulario 16-A, es de ciento setenta y ocho (178). En relación con la parte final del acápite c) se deja constancia de que no apareció la lista parcial de sufragantes.

"MESA DE VOTACION Nº 160. Al examinar los documentos electorales de esta mesa, se comprobó lo siguiente: En relación con la solicitud contenida en la parte final del acápite c) del punto tercero del memorial de pruebas, no se pudo establecer lo que allí se pide, por no aparecer dentro de los documentos pertinentes, la lista parcial de sufragantes. En referencia al punto 8º del memorial de pruebas, aclaratorio y complementario del acápite c), se comprobó lo siguiente: Según aparece del registro especial de sufragantes y del acta de escrutinio respectiva, debidamente firmada por los encargados de la mesa, votaron trescientos cuarenta y tres ciudadanos y aparecen expedidos en esta mesa 278 formularios 16-A.

"MESA DE VOTACION Nº 161. En relación con esta mesa, tampoco aparece la lista parcial de sufragantes. Además, dentro de los documentos examinados no se encuentran formularios 16-A, pero de acuerdo con el acta de escrutinio, firmada por el Presidente, Vicepresidente y un vocal, aparece que sufragaron veintitrés ciudadanos".

En concepto del señor Fiscal no es procedente la nulidad de los registros de estas mesas, pues en lo que respecta a la Nº 158 con la diligencia de inspección ocular se demostró plenamente que los votos emitidos "fueron reales y sólo por falta de claridad y ordenación en la confección de los registros del respectivo jurado de votación, se hacen aparecer más sufragios de los que fueron emitidos con certificados", y en lo que respecta a las mesas números 159, 160 y 161, que como no se ha demostrado en el juicio que hubieran "sido constituídas exclusivamente para que en ellas pudieran votar tan solo aquellos ciudadanos que estuvieran provistos del formulario 16-A... el exceso de votantes en relación con el número que podían votar provistos del formulario 16-A... no constituye una nulidad que pueda fácilmente deducirse de la demanda".

Para la Sala la anulación no es procedente, porque contra lo que sostiene la demanda de que todas las mesas mencionadas tenían el carácter de adicionales, para que en ellas se votara exclusivamente mediante la firma del formulario 16-A, según el certificado expedido por el Registrador del Estado Civil de Cúcuta y que obra visible a folio 64 del cuaderno número 2 de pruebas del demandante, "las mesas de votación números 158, 159 y 160 fueron para ciudadanos inscritos con cédulas de otros Municipios diferentes a Cúcuta, y la Nº 161 para aquellos ciudadanos que presentaran cédulas expedidas en los corregimientos de Cúcuta y deseaban votar en la cabecera".

Por consiguiente, como las mesas de votación 158, 159 y 160 no eran exclusivas para ciudadanos con cédulas expedidas en los corregimientos del Municipio de Cúcuta, y aunque ellas sí estaban destinadas

a los inscritos con cédulas de otros Municipios, podían sufragar también en ellas los cedulados en los corregimientos, mediante la presentación de sus cédulas y con la firma del formulario 16 A. De modo que la diferencia entre el total de sufragantes y el número de formularios, se explica fácilmente porque no sólo votaron ciudadanos inscritos con cédulas de otros Municipios sino los que teniendo cédulas de los corregimientos de Cúcuta podían y pudieron sufragar en la cabecera, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6º de la Ley 39 de 1961.

La mesa 161 sí era para cedulados en los corregimientos, pero, según la inspección ocular, en ella sólo se depositaron 23 votos, y aunque no aparecieron en dicha diligencia formularios 16-A, debe descartarse la posibilidad de que hubiera habido exceso de votos, porque no hay lista parcial de sufragantes en mesas de esta clase, para hacer la confrontación entre el número que podía votar y el número de los que sufragaron.

En consecuencia, por las razones anotadas, no resulta fundado el cargo que formula la demanda de que hubiera habido exceso de sufragios en las mesas examinadas, por la diferencia en tres de ellas entre el total de sufragantes y el número de formularios 16-A, pues tal diferencia tenía que resultar desde el momento en que votaron en ellas ciudadanos inscritos con cédulas de otros municipios, como que tales mesas estaban destinadas para ellos y, además, sufragaron, mediante la firma de tales formularios, ciudadanos con cédulas de los corregimientos del mismo Municipio de Cúcuta, lo cual podían hacer legalmente.

2º—Mesa del Corregimiento de Las Vegas en el Municipio del Carmen. Sostiene la demanda que en esta mesa "también se produjo exceso de votantes, por cuanto los electores con cédulas correspondientes a la cabecera o a otros corregimientos sufragaron sin el requisito del formulario Nº 16-A, exigido por la Ley 39 de 1961".

En la diligencia de inspección ocular a que se hizo alusión anteriormente, se comprobó en relación con los documentos electorales de esta mesa que "no apareció la lista parcial de sufragantes", que "aparecieron sesenta y nueve formularios 16-A, y la lista de inscritos con diez (10) nombres, lo que da un total de setenta y nueve (79)", y que "en el registro especial de sufragantes aparece que votaron ciento diez y nueve (119) ciudadanos y en el acta de escrutinio consta que sufragaron ciento diez y ocho (118)".

La parte actora no probó que en la mesa que se examina sólo se pudiera sufragar mediante el requisito del formulario Nº 16-A y como

el motivo de anulación alegado no se refiere a las diferencias numéricas anotadas en la diligencia de inspección, el cargo debe desecharse.

3º—"Mesas uno (1) y dos (2) adicional de la Inspección de Policía de El Escobal". Dice la demanda: "Fueron escrutados por la H. Corte sin que haga ninguna alusión, no ya a la nulidad anotada antes a la mesa adicional, sino al hecho de que la casi totalidad de los ciudadanos que aparecen votando como vecinos del Municipio de Cúcuta no lo son en realidad por tener sus cédulas expedidas en otros Municipios y no haberse inscrito previamente o por tenerlas revalidadas en otros municipios. Son falsos o apócrifos los elementos que se tuvieron en cuenta para la formación de los registros de esas mesas y en consecuencia, están viciados de nulidad, de acuerdo con el ordinal 2º del artículo 196 del C. C. A., por cuanto la casi totalidad de los ciudadanos que aparecen votando no podían hacerlo por tener sus cédulas registradas en otros municipios".

En la diligencia de inspección ocular practicada sobre los pliegos correspondientes a la mesa Nº 1, se comprobó que "según el registro de votantes sufragaron ciento diez y seis (116) ciudadanos, igual al número de inscritos y cedulados". En consecuencia, en cuanto a esa mesa se refiere, el cargo formulado en la demanda no tiene fundamento alguno.

En la inspección sobre los documentos de la mesa Nº 2, se comprobó: "Aparece en el registro de sufragantes que en esta mesa votaron doscientos cuarenta y cinco (245) ciudadanos, igual al número de formularios 16-A que se encontraron".

No aparece, como lo anotó el señor Fiscal en su vista de fondo, que los sufragantes en las dos mesas de la Inspección de Policía de El Escobal "no fueran en realidad de verdad vecinos del Municipio de Cúcuta y que sus cédulas hubieran sido expedidas en otros municipios, como tampoco que no se hubieran inscrito en oportunidad", o que hubieran votado con cédulas revalidadas en otros municipios. Por tanto, el motivo en que se funda la anulación demandada, no se probó en forma alguna.

4º—"Mesas números 18, 42, 88, 90, 95, 113, 116, 125, 133, 144 y 149 de la cabecera del Municipio de Cúcuta".

El cargo que específicamente se formula contra estas mesas, es el de que las actas de escrutinios no están firmadas cuando menos por tres de los miembros del respectivo jurado de votación.

En la diligencia de inspección ocular practicada en el juicio, se comprobó en relación con las mesas mencionadas:

"Mesa Nº 18. — Se comprobó que el acta de escrutinio de esta mesa no lleva la firma de la mayoría de los miembros del respectivo jurado, pues solamente aparece firmada por el Vicepresidente y un vocal...

"Mesa Nº 45. — Con respecto al acta de escrutinio de esta mesa no se pudo comprobar lo pedido, por estar incompleta, pues solamente se encontró la primera hoja de esta acta (formulario 20-A), el cual debe constar de cuatro hojas conforme a modelos que se tuvieron a la vista...

"Mesa Nº 88. — De su examen se comprobó que el acta de escrutinios de esta mesa no lleva la firma de la mayoría de los miembros del respectivo jurado, pues sólo aparece firmada por el Presidente y un vocal suplente...

"Mesa de votación Nº 90. — En relación con esta mesa se comprobó que el acta de escrutinios no lleva la firma de la mayoría de los miembros del jurado respectivo, pues solamente aparece firmada por el Presidente y un vocal...

"Mesa de votación Nº 113. — En relación con el acta de escrutinios de esta mesa se comprobó que no lleva la firma de la mayoría de los miembros del jurado de votación pues sólo aparece firmada por el presidente y el vicepresidente de la mesa...

"Mesa de votación Nº 116. — Se comprobó que el acta de escrutinio de esta mesa no lleva la firma de la mayoría de los miembros del jurado respectivo, pues solamente aparece firmada por el presidente y el Vicepresidente...

"Mesa de votación Nº 125. — En relación con esta mesa se comprobó que la acta de escrutinio de esta mesa (sic) no lleva la firma de la mayoría de los miembros del jurado de votación respectivo, pues sólo aparece firmada por el presidente y un vocal...

"Mesa de votación Nº 133. — En relación con esta mesa se comprobó que el acta de escrutinio correspondiente, no lleva la firma de la mayoría de los miembros del jurado respectivo, pues solo aparece firmada por el presidente y el vicepresidente...

"Mesa de votación Nº 144. — Se comprobó que el acta de escrutinio de esta mesa no lleva la firma de la mayoría de los miembros del respectivo jurado, pues solamente aparece firmada por el presidente y el vicepresidente de la misma...

"Mesa de votación Nº 149. — En relación con esta mesa se com-

probó que no aparece en los documentos correspondientes a ella el acta de escrutinios...

"Mesa de votación Nº 95. — En relación con los documentos electorales de esta mesa se comprobó que dentro de ellos no existe el acta de escrutinios correspondiente..."

En concepto del señor Fiscal las actas de escrutinios de las mesas números 18, 88, 90, 113, 116, 125, 144 y 133 carecen de valor legal, porque dichos documentos sólo fueron firmados por dos de los miembros de los respectivos jurados, pues el acta de escrutinio concreta el resultado de las votaciones y "el numeral 2º del artículo 195 del Código Contencioso erige en causal de nulidad el hecho de que el escrutinio del jurado de votación no se haya verificado en presencia, por lo menos, de la mayoría absoluta del jurado y de esto no puede dar fe sino la misma acta de escrutinios".

Que en consecuencia, como los votos correspondientes a las mesas mencionadas no aparece que hubieran sido excluídos por la Corte Electoral al hacer los respectivos escrutinios, el Consejo debe anular los correspondientes registros y rectificar dichos escrutinios con la exclusión de los votos de tales mesas.

En cuanto a las mesas números 42, 95 y 149, estima el señor Fiscal que por cuanto no pudieron ser examinados los respectivos registros de los escrutinios, en la diligencia de inspección ocular, porque no aparecieron, "ninguna conclusión puede sacarse respecto a su legalidad", o sea que no existe base para que el Consejo pudiera anularlos.

El señor apoderado de la parte impugnadora consideró en su alegato de conclusión que el cargo formulado contra las mesas números 18, 88, 90, 113, 116, 125, 133 y 144, no puede prosperar, porque del hecho de que las actas de escrutinios no aparezcan firmadas sino por dos de los miembros del jurado respectivo, no se deduce que la votación y los escrutinios no fueran presenciados por la mayoría; que la falta de firmas sólo entraña una anomalía que no puede conllevar la drástica sanción de nulidad de los votos, "ya que como lo ha dicho sabiamente el H. Consejo de Estado en sentencia dictada el 13 de mayo de 1959, no es acertado jurídicamente anular elecciones cuando sólo se patentizan leves defectos en algunos de sus elementos, porque en este caso, se burlaría la voluntad mayoritaria de los electores del respectivo lugar".

La Sala está de acuerdo con el concepto emitido por el señor Fiscal Segundo, doctor Uladislao Domínguez, en que no hay base para decretar la nulidad de los registros o actas de escrutinios de las mesas números 42, 95 y 149, y en que sí la hay para decretar la nulidad de los registros de las demás.

En cuanto a lo primero, porque siendo la diligencia de inspección ocular que se practicó en el juicio, la única prueba aducida para demostrar que los registros o actas de escrutinios de las mesas números 42, 95 y 149, no fueron firmadas por la mayoría de los miembros de los respectivos jurados, como no aparecieron dichas actas entre los documentos examinados, el cargo referido no resulta comprobado.

Sobre lo segundo, conviene observar que el registro o acta en que se hace constar el resultado del escrutinio de la mesa de votación, debe ser firmado por todos los miembros del jurado, según la Ley 85 de 1916, artículo 129, y el artículo 33 del Decreto Ley 3325 de 1959; y que la ley autoriza en los escrutinios o recuentos de votos que practican los delegados de la Corte Electoral a abstenerse de computar los votos, en el caso en que "las actas de los Jurados de Votación estén firmadas por menos de tres (3) de estos" y cualquier ciudadano formulare reclamación por ello (V. artículos 51, ordinal 7º, y 52 del Decreto 3325 de 1959).

Ahora bien, conforme al ordinal 2º del artículo 195 del C. C. A., los registros de los jurados de votación son nulos "cuando no se hayan verificado las elecciones o escrutinios respectivos en presencia, por lo menos, de la mayoría absoluta de los miembros de la corporación". Esta presencia de la mayoría sólo puede constatarse con la firma de los jurados en el acta de escrutinio, pues precisamente este documento es el que está destinado a dar fe del resultado y de los miembros del jurado que practicaron el escrutinio.

La doctrina invocada por el señor apoderado de la parte impugnadora y que se contiene en la sentencia del Consejo de fecha 13 de mayo de 1959, no se refiere precisamente a la falta de las firmas de la mayoría del jurado en las actas de escrutinio, sino al caso en que para la confección de un registro general de votantes, tan sólo algunos de los elementos que sirvieron para su formación resultan falsos o apócrifos. Por tanto, tal doctrina no tiene la menor aplicación en el caso de autos.

En consecuencia, la demanda sí prospera en cuanto a la nulidad de las actas de escrutinios de las mesas números 18, 88, 90, 113, 116, 125, 133 y 144 de la cabecera municipal de Cúcuta.

5º—"Mesa de la Inspección de Policía de Encerraderos del Municipio de El Zulia".

Acusa la demanda el escrutinio de esta mesa, de la misma nulidad a que se refiere el punto anterior, es decir, que el escrutinio no se practicó "en presencia por lo menos de la mayoría absoluta de los miembros de la corporación".

Consta en la diligencia de inspección ocular "que en los archivos de la Registraduría no se encontraron los documentos electorales relativos" a dicha mesa.

No hay, pues, como lo observa el señor Fiscal en su vista, base alguna para que la Sala pueda pronunciarse sobre la nulidad del registro de escrutinio de esta mesa de votación.

6º — "Mesas 109 y 130 de la cabecera del Municipio de Cúcuta".

Los registros de estas mesas los tacha la demanda con base en lo que dice el acta de la Comisión Escrutadora Municipal de Cúcuta, de que "el sobre correspondiente a la mesa de votación Nº 109 no contiene votos" y que además "en el sobre relativo a las mesas de votación números 109 y 130 de Cúcuta, no se incluyeron las actas de los escrutinios practicados por los encargados de las mesas de votación" y que "para dar cumplimiento al artículo 171 de la Ley 85 de 1916... se procedió a solicitar del H. Tribunal de lo Contencioso y del señor Juez Primero Civil Municipal, las copias de las actas que la Comisión escrutadora ha encontrado inconformes...", y que "sirvieron para ser escrutadas las actas de las mesas de votación números 109 y 130..."

Y al expresar las disposiciones violadas y el concepto de violación, concreta el cargo así:

"La Comisión Escrutadora Municipal de Cúcuta allegó al escrutinio para producir el resultado de las mesas de la cabecera números 109 y 130, unas actas sin las formalidades legales que les dieran autenticidad necesaria para producir efecto legal.

"De esta manera, se violó entre otros el artículo 171 de la Ley 85 de 1916 para cuya recta aplicación se requiere:

"a) Solicitud escrita de la Comisión Escrutadora al Tribunal;

"b) Acto escrito del Tribunal (Sala Plena) ordenando abrir el sobre correspondiente, que debió recibir oportunamente y disponiendo compulsar la copia;

"c) Remisión a la Comisión de la copia legalizada.

"En el caso de autos aparecen unas actas que se dicen proceder del Tribunal de lo Contencioso, pero como no aparece acto del Tribunal que demuestre que dispuso enviar esos originales y que los enviados son los que tenían en su despacho, hay que concluir que las actas enviadas carecen de autenticidad, es decir, son apócrifas y no deben computarse los votos relacionados en ellas".

El cargo no puede prosperar, a juicio de la Sala, pues en la diligencia de inspección ocular se comprobó que entre los documentos electorales de las dos mesas mencionadas, sí estaban las actas de escrutinios en ejemplares originales, como así lo reconoció el vocero del demandante en tal diligencia, aunque observando que el ejemplar de la mesa Nº 130 "aparece suscrita únicamente por un vocal", hecho éste que la demanda no invoca como motivo de nulidad del registro de escrutinio de esta mesa.

De otra parte, pertinente es observar que según el certificado expedido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander que como prueba solicitó el demandante, dicha entidad sí compulsó las copias de las actas de las mesas números 109 y 130, atendiendo la solicitud escrita que le formuló la Comisión Escrutadora Municipal de Cúcuta, aunque en el auto respectivo "sólo aparece la autorización de préstamo de dichas actas". Dentro de la certificación aludida aparecen la copia de la solicitud y la del auto en referencia. (V. fs. 60 del cuaderno de pruebas).

Según esto, es cierto que la Comisión Escrutadora Municipal escrutó los votos emitidos en las dos mesas citadas teniendo en cuenta las copias de las actas de escrutinios que solicitó al Tribunal Administrativo y que éste le envió, de acuerdo con lo prescrito por la ley electoral, pero aparece también que entre los documentos que sirvieron a la Corte Electoral para practicar los escrutinios, sí estuvieron los ejemplares originales de tales actas, según reza la inspección ocular. De modo que aunque esto último no hubiera resultado, y la Corte Electoral hubiera actuado sobre las mismas copias que sirvieron a la Comisión Escrutadora Municipal, carece de fundamento el cargo de falta de autenticidad que formula la demanda, porque tales copias sí fueron solicitadas al Tribunal y expedidas por éste, con arreglo a lo prescrito por el artículo 171 de la Ley 85 de 1916.

7º — "Mesa número 123 del Municipio de Cúcuta".

Dice la demanda que "el sobre del Jurado de Votación correspondiente a esta mesa no contenía los votos emitidos ni el acta de escrutinio. Sobre el particular dice la comisión escrutadora: 'Constancia: En relación con el escrutinio de la mesa Nº 123 sólo se encontró el acta correspondiente a la Registraduría y por ella se guió la Comisión Escrutadora' ".

Y sostiene al expresar las disposiciones violadas y el concepto de la violación que "a términos del artículo 122 de la Ley 85 de 1916, el escrutinio tiene que practicarse abriendo públicamente la urna en que fueron depositadas las papeletas y contándolas una a una. La función de las Comisiones Escrutadoras Municipales, en relación con diputa-

dos, representantes y senadores, es hacer el recuento de votos y aquí no se hizo porque no se encontró ni siquiera el acta. El acta de la Registraduría es elemento apócrifo si no aparecen por (sic) los votos mismos y nulo, con base en el ordinal 2º del artículo 196 del C. C. A., el escrutinio de esta mesa. Aquí no hubo escrutinio de votos, puesto que no aparecieron".

El cargo es absolutamente infundado, porque el artículo 122 de la Ley 85 de 1916 se refiere a los escrutinios que practican los Jurados de Votación y no a los que realizan las Comisiones Escrutadoras los cuales versan sobre las actas de escrutinios de las mesas, según lo dispuesto por los artículos 41 y 42 del Decreto Ley 3325 de 1959, y solamente hacen el recuento de votos "como está dispuesto para los Jurados de Votación", en los casos "en que la Comisión Escrutadora tuviere duda sobre la exactitud de los cómputos hechos por los Jurados de Votación, o noticia de otras irregularidades", dice el inciso final del artículo últimamente citado.

Por otra parte, el ejemplar del acta de escrutinios suministrado por la Registraduría y que sirvió de base a la Comisión Escrutadora no es un elemento apócrifo como lo asevera la demanda, sino todo lo contrario, es un ejemplar original que tiene el mismo valor legal de los otros seis en que se extiende el acta de recuento de votos realizado por los Jurados de Votación, según el artículo 33 del Decreto Ley que se deja citado.

8º—"Registros electorales del Municipio del Carmen".

Sobre esta tacha expresa la demanda: "La Comisión Escrutadora designada por el Tribunal Superior de Pamplona inició la labor de escrutinio de los votos emitidos en este Municipio el día 25 de marzo de 1961 (sic) y al efecto abrió la urna triclave y dio comienzo al acto. Como se produjeran impugnaciones que la Comisión no supo desatar, dictó una resolución por medio de la cual se abstenía de continuar el escrutinio y ordenaba remitir la urna a Cúcuta al cuidado del señor Registrador Municipal del Estado Civil. Pero, para la conducción y entrega de esa urna, no se tomaron las previsiones contempladas en la Ley 85 de 1916. No aparece constancia de que el acta triclave hubiera sido cerrada y sellada por los claveros de El Carmen ni que el Registrador la hubiera entregado en oportunidad, con lo cual los pliegos de dicha urna perdieron toda autenticidad, son apócrifos o falsos o nulos de acuerdo con el ordinal 2º del artículo 196 de la Ley 167 de 1941".

En relación con los hechos que sirven de fundamento a la nulidad de estos registros, observa la Sala:

1º—Que en el acta de inspección ocular se comprobó que en el acta de introducción de los pliegos electorales del Municipio de El Carmen en el Arca Triclave, ésta fue cerrada tomando cada clavero su respectiva llave y sellada con el sello firmado por los tres claveros **(V. fs. 19);**

2º—Que la Comisión Escrutadora Municipal no fue que se abstuviera "de continuar el escrutinio", sino que ni siquiera lo inició, pues consta en la Resolución que al efecto dictó que por haberse presentado "antes de haberse abierto el Arca Triclave y comenzado el escrutinio", un memorial por el señor Ciro Castillo Jácome para que la Comisión declarara la nulidad total de las elecciones con fundamento en "hechos demostrables sólo ante un Tribunal Contencioso Administrativo" y que "aunque esas reclamaciones escritas y que se adjuntan a esta Resolución, no se refieren a ningún registro computable, en concreto porque no se han abierto ni empezado a escrutar", los comisionados resolvieron abstenerse "de verificar los escrutinios que se les ha encomendado y consecuencialmente ordenar y autorizar al señor Registrador Municipal del Estado Civil de El Carmen (N. de S.) para que él personalmente lleve los pliegos electorales dentro del Arca Triclave, tal como fueron recibidos de los Jurados de Votación, a los señores Delegados Departamentales del Estado Civil en Cúcuta, a fin de que ellos como entidad inmediatamente superior y facultada por la ley, los reciban y los pongan de manifiesto a la autoridad competente en este caso, para verificar los escrutinios..." (V. fs. 63 cuaderno de pruebas del actor).

3º—Que el Arca Triclave de El Carmen "debidamente sellada con la firma de los Claveros, encontrándose el sello en perfecto estado", fue introducida en el Arca Triclave con los demás pliegos electorales del Departamento, el 26 de marzo de 1962 en el despacho de la Delegación Departamental en presencia de los claveros de la segunda, del Gobernador, del Delegado Departamental y del Visitador Departamental, encarcago de la Primera zona, "siendo las doce meridiano", según consta de la copia del acta respectiva traída a los autos a petición del mismo demandante y que aparece visible al folio 24 del cuaderno de pruebas.

4º—Que al abrirse el Arca Triclave que contenía los pliegos electorales del Departamento para retirar éstos y enviarlos a la Corte Electoral conforme a lo ordenado por los Delegados de la Corte, apareció: "EL CARMEN - Caja Nº 4. Una caja de madera (Urna Triclave) debidamente sellada por los claveros a la cual se adhieren las llaves correspondientes". (V. Acta visible al folio 25 del cuaderno citado).

Según estas pruebas el arca triclave del Municipio de El Carmen sí fue cerrada y sellada por los respectivos claveros y fue entregada por el Registrador para ser introducida tal como estaba en el Arca

Triclave, de la Delegación Departamental, en tiempo oportuno, pues se introdujo junto con los demás pliegos electorales del Departamento.

Ahora bien, inepto o como dice con sobrada razón el señor Fiscal en su vista, "injusto" y que "más parece un acto de necedad que un deseo de que impere la justicia", es el cargo derivado del hecho de que el Registrador Municipal de El Carmen hubiere recibido y llevado el Arca Triclave, porque, para rechazarlo como motivo de nulidad, le basta a la Sala observar que si cuando las Comisiones Escrutadoras sí hacen los escrutinios "los Registradores Municipales —según el artículo 44 del Decreto Ley 3325 de 1959—, deberán conducir personalmente, bajo su responsabilidad, y entregar a la respectiva Delegación Departamental todos los documentos que las Comisiones Escrutadoras hayan tenido presentes (actas de escrutinio de los Jurados de Votación, registros de votantes, papeletas, etc.), lo mismo que las actas de escrutinio levantadas por aquéllas", no se ve el por qué si la Comisión Escrutadora Municipal se abstiene de practicar el escrutinio, sea condenable y los pliegos electorales pierdan su autenticidad, porque el Registrador conduce personalmente el arca triclave que los contiene, con sus sellos intactos, para hacer su entrega a la respectiva Delegación Departamental.

De todo lo expuesto se concluye que, como lo pide el señor Fiscal, la demanda sólo puede prosperar respecto a la anulación de los registros de escrutinios de las mesas de votación de la cabecera municipal de Cúcuta, números 18, 88, 90, 113, 116, 125, 133 y 144, por las razones que se expresaron oportunamente. En consecuencia, el Acuerdo número 14 de 12 de julio de 1962, dictado por la Corte Electoral, debe declararse nulo en cuanto en el escrutinio general de los votos emitidos para Representantes en la Circunscripción de Norte de Santander, computó los votos de esas mesas y, en su lugar, habrá de practicarse por el Consejo un nuevo escrutinio con la exclusión de estos votos.

En mérito de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado —Sala Plena administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO. — Niéganse las peticiones de la demanda formulada por el doctor César Castro Perdomo, como apoderado del doctor Manuel Bayona Carrascal, sobre nulidad del escrutinio y declaratoria de elección de Senadores de la República, pertenecientes al Partido Conservador, por la Circunscripción Electoral de Norte de Santander que realizó la Corte Electoral por medio del Acuerdo Nº 14 de 12 de julio de 1962;

SEGUNDO. — Niéganse igualmente las peticiones de la demanda formulada por el doctor Guillermo Hernández Rodríguez, en su propio nombre y como apoderado del doctor Carlos Ardila Ordóñez, sobre nulidad del escrutinio y declaratoria de elección de Senadores de la República, por la Circunscripción Electoral de Norte de Santander, que realizó la Corte Electoral en el Acuerdo citado en el punto anterior;

TERCERO. — Conforme a lo pedido en la demanda propuesta por el doctor Alfonso Torres, DECLARANSE NULOS los registros de escrutinios de los votos emitidos para Representantes a la Cámara en la Circunscripción Electoral de Norte de Santander, en las elecciones del 18 de marzo de 1962, en las mesas de votación números 18, 88, 90, 113, 116, 125, 133 y 144 de la cabecera del Municipio de Cúcuta y, consecuencialmente, DECLARANSE NULOS el escrutinio y la declaratoria de elección de Representantes al Congreso que por dicha Circunscripción Electoral hizo la Corte Electoral, mediante el Acuerdo número 14 de 12 de julio de 1962;

CUARTO. — Practíquese por el Consejo de Estado un nuevo escrutinio de los votos emitidos en la elección de Representantes al Congreso por la Circunscripción Electoral de Norte de Santander, celebrada el 18 de marzo de 1962, con la exclusión de los votos de las mesas de votación a que se refiere el punto anterior. Para la práctica del escrutinio señálase la hora de las nueve de la mañana (9 a.m.) del quinto (5º) día hábil siguiente al de la ejecutoria de esta sentencia, y para tal efecto, solicítese a la Registraduría del Estado Civil la remisión inmediata de las actas de escrutinio de las mesas de votación ya mencionadas;

QUINTO. — NIEGANSE las demás nulidades pedidas en la demanda del doctor Alfonso Torres.

Cópiese y notifíquese.

José Urbano Múnera. — Alejandro Domínguez Molina. — Carlos Gustavo Arrieta. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez D. — Guillermo González Charry. — Jorge de Velasco Alvarez. — Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Alfonso Meluk. Alvaro Cajiao Bolaños, Secretario General.

ELECTORALES

JURAMENTO DE PERTENECER A LA COLECTIVIDAD POLITICA POR LA CUAL SE INSCRIBE UNA LISTA. — (Validez del prestado ante el Secretario de Gobierno de la Alcaldía por omisión del Alcalde. Presunción de inscripción regular de la lista). Lo que constituye la inscripción de los candidatos es el lleno de todas las formalidades exigidas por las Leyes 7ª de 1932 y 39 de 1946, de tal manera que si no se cumplió con ellas no se puede dar por hecha la inscripción, aunque se haya registrado la lista en la Alcaldía respectiva. Y, por el contrario, la inscripción la presume la ley cuando se llenaron todos los requisitos correspondientes al candidato, aunque no se hubiere verificado el registro (artículo 5º, inciso 2º, de la Ley 187 de 1936). Si para la inscripción bastó primeramente con la solicitud acompañada de la aceptación de los candidatos, preceptos posteriores agregaron la formalidad de que los solicitantes de la inscripción y los candidatos declararan bajo juramento, ante el Alcalde, la filiación política respectiva. Sólo así, llenado este requisito y los anteriores, es procedente el acto de la inscripción. Pero es claro que si el Alcalde está obligado a verificar la inscripción, también lo está a realizar los actos que ella implica, en cuanto dependan de sus funciones de autoridad y, si ello no ocurre así, la ley suple la omisión considerando o presumiendo inscrita la lista de que se trata. Salvamento de voto conjunto de los doctores José Urbano Múnera, Francisco Eladio Gómez y Jorge de Velasco Alvarez, en cuanto a la parte resolutiva del fallo, y salvamento que suscribe el doctor Carlos Gustavo Arrieta, en cuanto a la motivación del mismo fallo.

Consejo de Estado. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., tres de abril de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. GABRIEL ROJAS ARBELAEZ)

REF: Expedientes acumulados Nos. 1.956 y 1.958, adelantados por los doctores César Castro Perdomo y Hugo Escobar Sierra, respectivamente, para pedir la nulidad de la elección de los Senadores cuya lista encabezó el doctor Francisco Plata Bermúdez y de los Representantes cuya lista encabezó la señora María Eugenia Rojas de Moreno Díaz.

Decide la Sala en esta ocasión los Juicios Electorales acumulados en que son actores los doctores César Castro Perdomo y Hugo Escobar Sierra, opositores al doctor Francisco Plata Bermúdez y la señora María Eugenia Rojas de Moreno Díaz por medio de sus representantes legales, doctores Baudilio Galán Rodríguez y Eduardo Piñeros y Piñeros, respectivamente, juicios encaminados a obtener la declaratoria de nulidad del Acuerdo número 09 de 29 de mayo de 1962, expedido por la Corte Electoral, y las operaciones consiguientes a la declaración mencionada.

Se radicó la primera demanda bajo el número 1.956 y la segunda bajo el número 1.958; y en cuanto a las partes petitorias de una y otra, ellas fueron formuladas así:

En la primera:

"Demando precisamente la nulidad de los escrutinios y de la declaratoria de la elección de Senadores y Representantes por la Circunscripción Electoral de Cundinamarca, llevados a cabo por la Corte Electoral el día 29 de mayo de 1962, mediante la expedición del Acuerdo número 09, respecto a las elecciones verificadas el 18 de marzo último, pero sólo en la parte correspondiente a los escrutinios y a la declaratoria de elección relacionados con la Lista de Senado encabezada por el doctor Francisco Plata Bermúdez, y con la Lista de la Cámara en-encabezada por doña María Eugenia Rojas de Moreno Díaz".

"Pido que se rectifique el escrutinio de los votos y de los candidatos conservadores, y que sólo se computen por el Consejo de Estado los votos sufragados por las listas encabezadas por el doctor Alvaro Gómez Hurtado (para Senado), por el doctor Alvaro Leal Morales (para la Cámara); por doña Bertha Hernández de Ospina Pérez (para Senado), y por el doctor Efraín J. Quiroz (para la Cámara). Consecuencialmente solicito que se cancelen las credenciales del senador Francisco Plata Bermúdez y de su suplente, la de la señora María Eugenia Rojas de Moreno Díaz, como Representante y la de su suplente, y que en lugar de ellos se declare la elección de los candidatos conservadores que resulten favorecidos al verificar las nuevas operaciones aritméticas; y que se hagan las comunicaciones pertinentes".

En la segunda:

"... Muy respetuosamente demando ante ustedes la nulidad del Acuerdo número 09 de la Corte Electoral, proferido el día 29 de mayo del año en curso, en cuanto en su artículo primero, declaró la elección del doctor Francisco Plata Bermúdez como Senador Principal y Ernesto Vargas Ardila como Senador Suplente, y en cuanto en su artículo segundo declaró la elección de la señora María Eugenia Rojas de Moreno Díaz como Representante Principal y de Francisco Palacio Terán como Suplente, todos ellos por la Circunscripción Electoral de Cundinamarca y en representación del Partido Conservador".

"Solicito igualmente que se ordene la rectificación del respectivo acto de declaración de elección de Senadores y Representantes mediante un nuevo cómputo de votos que excluya los votos emitidos a favor de las listas conservadoras encabezadas por Francisco Plata Bermúdez para el Senado de la República y por María Eugenia Rojas de Moreno Díaz para la Cámara de Representantes, listas éstas cuyos votos no de-

bieron computarse por no haber sido inscritas en forma legal".

"Pido que como consecuencia de lo anterior se anulen las credenciales de los Senadores electos Francisco Plata Bermúdez (Principal) y Ernesto Vargas Ardila (Suplente) y de los Representantes electos María Eugenia Rojas de Moreno Díaz (Principal) y Francisco Palacio Terán (Suplente), expedidas con base en el Acuerdo acusado".

"Finalmente solicito que esa Corporación señale la hora y día para la práctica de los nuevos escrutinios y luego expida las credenciales a quienes corresponda, con base en las listas conservadoras inscritas para Senado y Cámara en la Circunscripción de Cundinamarca y aplicando el sistema del Cuociente Electoral, teniendo en cuenta la regla de la Paridad Política establecida por la Reforma Constitucional Plebiscitaria".

H E C H O S :

Para sustentar las peticiones formuladas en la primera de las demandas mencionadas, hizo el actor la siguiente relación de hechos:

1º) En la Circunscripción Electoral de Cundinamarca se verificaron las elecciones para Senadores y Representantes el pasado 18 de marzo.

2º) La totalidad de los candidatos liberales se inscribieron en legal forma, y la mayoría de los conservadores lo mismo, menos los candidatos de las listas encabezadas por el doctor Francisco Plata Bermúdez, para Senado, y por doña María Eugenia Rojas de Moreno Díaz, para la Cámara, quienes no supieron inscribirse.

3º) Las listas encabezadas por el doctor Francisco Plata Bermúdez, para Senado, y por doña María Eugenia Rojas de Moreno Díaz, para Cámara, no pueden ser tenidas en cuenta en el escrutinio respectivo porque sus candidatos no prestaron el juramento de rigor en la forma y términos prevenidos en la legislación electoral.

4º) Los candidatos de tales listas son inelegibles por mala inscripción y los votos correspondientes deben excluirse del cómputo general para la formación del cuociente electoral perteneciente a las listas conservadoras.

5º) El objeto de la inscripción en legal forma, es posesionarse cada candidato de su investidura electoral, para tener la aptitud legal de ser elegido válidamente, y como consecuencia el pueblo elector pueda igualmente sufragar por quien es elegible.

6º) Todo candidato debe conocer las formalidades propias de su inscripción; debe saber ante quién debe prestar el juramento exigido por la legislación electoral; ante qué funcionario público debe hacer la manifestación expresa de pertenecer al partido político por el cual fue inscrito; tiene que darse cuenta de que hay actos electorales que sólo pueden realizarse en presencia del Alcalde, y que cuando la ley dispone que es el Alcalde quien los autoriza, no pueden realizarse ante ningún otro funcionario dependiente de la Alcaldía, ya que si se ejecutan no tienen ninguna validez.

. . . . . .

7º) Ni el doctor Francisco Plata Bermúdez, ni doña María Eugenia Rojas de Moreno Díaz, ni los suplentes de éstos, podían ser declarados electos como Senadores y Representantes, porque su ligereza en darle poca importancia a la solemnidad del juramento, los convirtió en candidatos inelegibles, al tenor del artículo 202 del C.C.A. y como lo tiene sentado en jurisprudencia el Consejo de Estado, y sin embargo la Corte Electoral les entregó la credencial correspondiente.

8º) No habiendo ninguno de los candidatos de las referidas listas cumplido con el requisito legal del juramento solemne ante el señor Alcalde Mayor de Bogotá, esas listas deben excluirse del escrutinio electoral. Los votos respectivos no juegan papel en la formación del cuociente electoral, por falta de candidatos válidamente inscritos. En consecuencia debe rectificarse el escrutinio de Senadores y Representantes conservadores por la Circunscripción Electoral de Cundinamarca, y formarse un nuevo cuociente electoral con los votos exclusivos del conservatismo doctrinario y unionista, y declararse electos a los candidatos conservadores que resulten favorecidos con las nuevas operaciones aritméticas y que habrán de reemplazar dentro del Conservatismo, en el Congreso, al doctor Francisco Plata Bermúdez y a doña María Eugenia Rojas de Moreno Díaz.

. . . . . .

A su vez, en la segunda de las demandas a que se ha hecho referencia, la relación de los hechos es la siguiente:

"a) Por Acuerdo número 09 del 29 de mayo de este año, la Corte Electoral declaró la elección de Senadores, Representantes y diputados de la circunscripción electoral de Cundinamarca, a propósito de las elecciones realizadas el 18 de marzo de 1962.

"b) La Corte Electoral computó los votos obtenidos por las listas conservadoras encabezadas por Francisco Plata Bermúdez para Senado de la República y María Eugenia Rojas de Moreno Díaz para la Cámara de Representantes.

"c) Tales candidatos no fueron inscritos legalmente porque no cumplieron con la solemnidad de prestar ante el Alcalde de Bogotá el juramento de estar afiliados al partido conservador, lo cual hace ineficaces los votos dados a su favor que no podían computarse y vicia su elección de acuerdo con las disposiciones legales que rigen sobre la materia y con la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado.

"d) Al computar los votos obtenidos por las listas encabezadas por el doctor Francisco Plata Bermúdez y la señora de Moreno Díaz, la Corte Electoral aplicó equivocadamente e indebidamente el sistema de cuociente electoral, lo mismo que al expedir credenciales a Francisco Plata Bermúdez y Ernesto Vargas Ardila para Senado y a María Eugenia Rojas de Moreno Díaz y Francisco Palacio Terán para la Cámara de Representantes, cuya elección por las razones antes anotadas es nula".

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En la demanda del doctor Castro Perdomo se citaron como disposiciones violadas los artículos 4º de la Ley 7ª de 1932; 2º de la Ley 39 de 1946; 3º de la Ley 47 de 1946; y 8º, 10 y 11 del Decreto Reglamentario número 800 de 1947.

Y en la del doctor Escobar Sierra las siguientes: artículo 2º de la Reforma Plebiscitaria, 172 de la Constitución Nacional; 1º y 2º de la Ley 39 de 1946; 2º y 4º de la Ley 7ª de 1932; 3º de la Ley 47 de 1946; 1º, 6º, 8º y 11 del Decreto 0800 de 1947; y 204 de la Ley 167 de 1941.

El concepto de la violación lo expresó aquel demandante así:

"En que a pesar de no haberse llevado a cabo la inscripción de las listas conservadoras encabezadas por el doctor Francisco Plata Bermúdez y por doña María Eugenia Rojas de Moreno Díaz, de acuerdo con las prescripciones legales, ya que no existen las diligencias de juramentación de los candidatos de tales listas, en ninguna dependencia de la Alcaldía Mayor de Bogotá, ni existe documento público alguno que acredite que el señor Alcalde Mayor de Bogotá, por sí y ante sí, hubiese recibido tales juramentos, en forma personal y directa, sin embargo fueron tomados en cuenta los votos emitidos por las listas encabezadas para el Senado por el doctor Francisco Plata Bermúdez y para la Cámara por doña María Eugenia Rojas de Moreno Díaz.

"En que a pesar de esta previsto que toda lista debía inscribirse antes de las seis de la tarde del 12 de marzo de 1962, para que sirviera válidamente para las elecciones del 18 de marzo último, y prestarse el juramento de pertenecer al Partido Conservador por parte de los candidatos impugnados, sin embargo en el caso controvertido estas exigencias no se cumplieron. Este cumplimiento era obligatorio si se tiene

en cuenta que el artículo 2º de la Ley 7ª de 1932, hizo obligatoria esa serie de formalidades en toda inscripción como se desprende de su texto que dice:

"Para toda elección popular es necesario inscribir las listas por que haya de sufragarse en los términos y condiciones prescritos en el artículo siguiente..."

Por su parte el dóctor Escobar Sierra enunció el concepto de violación en los términos siguientes:

"El sistema del cuociente electoral está definido de manera clara y precisa en el inciso 1º del artículo 1º de la Ley 39 de 1946, exequible según fallo de la Corte Suprema de Justicia del 14 de septiembre de 1955, y por el artículo 1º del Decreto 0800 de 1947, y se obtiene de dividir el total de votos VALIDOS depositados en la respectiva circunscripción electoral por el número de individuos que deban elegirse. Complementa las disposiciones anteriores la Reforma Plebiscitaria que establece cuociente electoral para cada partido político en orden a asegurar su representación paritaria en los cuerpos colegiados, regla establecida por el mismo Plebiscito, que conservó las operaciones aritméticas indispensables para conocer el cuociente electoral.

"El artículo 4º de la Ley 7ª de 1932 dispone que las Corporaciones Electorales no tomarán en cuenta los votos emitidos a favor de las listas que no se hayan inscrito de conformidad con la ley, no obstante lo cual la Corte Electoral computó los votos obtenidos por las listas encabezadas por Francisco Plata Bermúdez para el Senado y María Eugenia Rojas de Moreno Díaz para la Cámara, irregularmente inscritas, votos que no son VALIDOS, con lo cual se violó el sistema del cuociente electoral. Esto constituye una expresa y manifiesta violación de los artículos 1º de la Ley 39 de 1946 y del artículo 1º del Decreto 0800 de 1947, y, al mismo tiempo y por las mismas razones, constituye también violación del artículo 204 de la Ley 167 de 1041 que sanciona con nulidad, cuando ese evento tiene ocurrencia, no obstante lo cual, la nulidad de las elecciones no ha sido declarada y es por ello por lo que se solicita al H. Consejo de Estado que lo haga en el fallo a que dé lugar esta demanda".

Transcribe luego el actor apartes de lo dicho por el Consejo en sentencia del 17 de marzo de 1961, mediante la cual se anuló la credencial de un Representante sobre la consideración de que no había prestado el juramento que disponen los preceptos electorales, y concluye así:

"Esa es la situación en que se colocaron los candidatos Francisco Plata Bermúdez, Ernesto Vargas Ardila, María Eugenia Rojas de Moreno Díaz y Francisco Palacio Terán, al no prestar el juramento de ley ante el Alcalde Mayor de Bogotá D. E."

CONCEPTO DEL SEÑOR FISCAL SEGUNDO:

El señor Fiscal Segundo, doctor Uladislao Domínguez, expresa en su vista de fondo que se deben negar las súplicas formuladas por los actores. Fundamenta su parecer el señor Agente del Ministerio Público en la consideración de que, siendo el cargo fundamental formulado por los demandantes, el de que ni el doctor Francisco Plata Bermúdez ni la señora María Eugenia Rojas de Moreno Díaz, prestaron el juramento ante el señor Alcalde del Distrito, sino ante el Secretario de Gobierno, esto es, ante funcionario no competente, se trata de una omisión de los funcionarios. Y que:

"Si el funcionario no cumplió con este deber, mal puede hacerse al ciudadano responsable de tal omisión, pues tal práctica conduciría a que por la pereza, incapacidad o desidia del funcionario se burlara la verdad electoral, desconociendo el derecho de un ciudadano a ser elegido y de un conglomerado electoral a elegir.

Agrega el señor Fiscal:

"Nada permite deducir que el memorial fuera presentado extemporáneamente y que quienes aceptaron eran personas distintas de los elegidos. Pues de haber ocurrido lo primero, era obligación elemental de los funcionarios municipales dejar las respectivas constancias, y en cuanto a lo segundo, elemental era exigirles la presentación de sus documentos de identificación, aunque de ello no se dejara constancia en el respectivo memorial".

"En materia de obligación y responsabilidad de los funcionarios en el cumplimiento de sus obligaciones cuando ellas tengan incidencia en el ciudadano común, el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de pronunciarse en sentencia de 18 de septiembre de 1961, cuando dijo:

'La ley impone dos obligaciones: una de cargo del actor, como es obvio, y otra que corre por cuenta del funcionario público. Cada cual debe responder independientemente, de su acción u omisión, y de los efectos jurídicos que ocasione. Pero lo que sí desborda los límites de la lógica y del derecho es que los efectos jurídicos de una omisión imputable al empleado haya de sufrirlos el particular que no ha incurrido en ella y que ninguna intervención directa tenía en el acto'.

"En la diligencia de inspección ocular se dejó así mismo constancia de que en el texto del memorial firmado por el doctor Francisco Plata Bermúdez y otros, no se individualiza la lista de candidatos en la cual aceptan los firmantes su postulación, siendo así que aparecen las actas de inscripción 1 y 4 de 7 y 12 de marzo de 1962 para Senadores y 1 y 3 de 7 y 10 de marzo del mismo año para Representantes".

"Pero ocurre que tal planteamiento no ha sido hecho en la demanda como motivo de nulidad. Por tanto no es materia sobre la cual pueda decidir el Consejo de Estado.

"En cuanto a la tacha de fondo de la demanda, ésta radica en que los candidatos de las listas encabezadas por el doctor Francisco Plata Bermúdez y por doña María Eugenia Rojas de Moreno Díaz, no fueron juramentados en ninguna de las dependencias de la Alcaldía de pertenecer al partido conservador, pues no existe documento público alguno que acredite que el señor Alcalde Mayor de Bogotá, por sí y ante sí, hubiese recibido tales juramentos, en forma personal y directa, y que no obstante tal irregularidad los sufragios emitidos por tales ciudadanos fueron tomados en cuenta por la Corte Electoral al hacer el escrutinio que concluyó con la declaratoria de elección de Senadores y Representantes en tales ciudadanos.

"En diligenciamiento del despacho número 162 de 18 de julio de 1962 y por orden del Alcalde Mayor de Bogotá, doctor Jorge Gaitán Cortés, el Secretario de Gobierno Municipal expidió la siguiente certificación:

'... El suscrito Secretario de Gobierno de Bogotá, D. E. CERTIFICA: que los señores Francisco Plata Bermúdez, Ernesto Vargas Ardila, María Eugenia Rojas de Moreno Díaz y Francisco Palacio Terán, en el momento de inscribir y aceptar sus candidaturas para el Senado y la Cámara de Representantes prestaron juramento de pertenecer al Partido Conservador, ante el suscrito Secretario de Gobierno, por delegación expresa del señor Alcalde Mayor, teniendo en cuenta que en su despacho había numerosas personas'. . .

'Que no hay actas de tales diligencias, por cuanto éstas no fueron redactadas en el momento de prestar el juramento los candidatos, debido a que éstos presentaron el memorial conjuntamente y no juraron en el mismo día y hora sino entre los días siete y doce de marzo de mil novecientos sesenta y dos'.

"En este documento que no ha sido redargüído de falso aparece, pues, que los señores Plata Bermúdez, Ernesto Vargas Ardila, María Eugenia Rojas de Moreno Díaz y Francisco Palacio Terán, sí juraron ante el señor Secretario de Gobierno de Bogotá, en el momento de aceptar sus candidaturas, pertenecer al partido conservador".

"Se ha tachado este juramento, y se afirma por el demandante, que él no tiene validez porque él no fue hecho directamente ante el Alcalde Mayor de Bogotá, quien era el único funcionario que tenía competencia para tomar el juramento, y que no existe el acta protocolizada del juramento".

"En cuanto a lo primero, la misma certificación del Secretario de Gobierno Municipal pone de presente que los ciudadanos juramentados se presentaron ante el despacho de la Alcaldía para efectos de que el Alcalde tomara el juramento de rigor, pero que la circunstancia de estar el despacho del Jefe del Gobierno Municipal atestado de numerosas personas, impidió que el juramento fuera tomado directamente por el Alcalde y delegó en su Secretario tal misión".

.....

Y en cuanto a los cargos formulados en la demanda instaurada por el doctor Hugo Escobar Sierra considera el señor Fiscal:

"En realidad de verdad no encuentra esta Fiscalía violación alguna del sistema del cuociente electoral, porque una cosa es que una lista esté mal inscrita, y otra que se viole el cuociente, pues éste establece la proporcionalidad de los grupos del mismo partido, o sea el número de casillas que cada uno de ellos debe tener, mientras que una mala inscripción genera la nulidad de los votos emitidos por la lista mal inscrita, lo que nada tiene que ver con el cuociente".

EN ORDEN A RESOLVER LA CONTROVERSIA

SE CONSIDERA LO SIGUIENTE:

Las demandas que se mencionan, dirigidas ambas a obtener la anulación del Acuerdo número 09 de 29 de mayo de 1962, expedido por la Corte Electoral, y por el cual se declaran electos el doctor Francisco Plata Bermúdez y la señora María Eugenia Rojas de Moreno Díaz, el primero como Senador y la segunda como Representante a la Cámara, se afirman en un solo hecho estructural: el de que los candidatos no quedaron inscritos legalmente por no haber cumplido con el requisito señalado en los artículos 2º de la Ley 39 de 1946 y 11 del Decreto 800 de 1947, según los cuales "para la inscripción de una lista será necesario hacer mención expresa del partido político por el cual se inscribe, y tanto los que soliciten la inscripción como los candidatos harán ante el respectivo Alcalde, bajo juramento, la declaración de que son afiliados a ese partido". Como los candidatos —dicen los demandantes— prestaron el juramento ante el Secretario de Gobierno Distrital, y no ante el señor Alcalde, ese juramento no es válido, y como consecuencia no es válida la inscripción. Esta tesis fundamental es la que inspira las demandas, y la que debe ser examinada para decidir los juicios acumulados, pues otros cargos secundarios como los de que el memorial de aceptación no tiene fecha y que los candidatos al aceptar no individualizaron las listas correspondientes, además de que no fueron materia de los libelos, como debían serlo necesariamente si se pretendía que fueran materia de la sentencia, no configuran nulidades

electorales y aparecen desvirtuados en el proceso. Al pie del memorial de aceptación, por ejemplo, memorial que en copia obra al folio 65 del cuaderno principal del juicio número 1.956, y que es el diligenciamiento de un despacho del Consejo, hay una nota suscrita por el doctor Germán Rueda Escobar, Secretario de Gobierno, y que dice: "Este memorial fue presentado ante el señor Alcalde Mayor el día doce de marzo de mil novecientos sesenta y dos, antes de las seis de la tarde".

Y por lo que hace a la individualización que los actores echan de menos, para comprender que no existe esa pretendida irregularidad adventicia, basta leer el memorial de aceptación que dice así:

"Señor Alcalde de Bogotá. - E.S.D. - Nosotros mayores de edad, ciudadanos en ejercicio, portadores de las cédulas de ciudadanía que aparecen con nuestras firmas, muy antentamente manifestamos a usted que aceptamos la candidatura para Senadores y Representantes en las listas por el partido conservador, que encabezan Francisco Plata Bermúdez y María Eugenia Rojas de Moreno Díaz, respectivamente, por la Circunscripción Electoral de Cundinamarca. Estamos dispuestos a jurar que pertenecemos al partido conservador".

Siguen las firmas del doctor Plata Bermúdez, de la señora de Moreno Díaz y de los demás candidatos principales y suplentes. La ley no exige, ni parece tenga objeto alguno, que los candidatos después de presentar las listas y de identificarlas en el memorial de aceptación por los nombres que las encabezan, deban relacionarlas "in integrum" nuevamente.

Lo que sí es evidente, por mandarlo la ley, es que los candidatos deben prestar ante el Alcalde el juramento de pertenecer a un partido político. También es evidente, por constar así de los juicios, que en el presente caso los candidatos no prestaron el juramento ante el Alcalde sino ante el Secretario de Gobierno Distrital.

Como se han encargado de recordarlo los demandantes, el Consejo se ha pronunciado dos veces últimamente sobre la rigurosidad de ese requisito del juramento. La primera en octubre de 1960 al decidir la demanda de nulidad de la credencial de un señor Diputado a la Asamblea de Antioquia que se presentó a jurar extemporáneamente. La segunda, en marzo de 1961 al proferir sentencia en el juicio originado en la demanda en que se pidió la anulación de la credencial de un señor Representante a la Cámara, que en un memorial autenticado ante Notario y dirigido desde esta ciudad al señor Alcalde de Tunja, manifestó estar dispuesto a jurar. Ahora debe estudiarse si lo dicho entonces tiene validez para el caso de autos, o si éste difiere de los contemplados anteriormente.

El doctor Francisco Plata Bermúdez y la señora María Eugenia Rojas de Moreno Díaz concurrieron en tiempo oportuno a la Alcaldía Distrital a prestar el juramento, pero éste no lo recibió el Alcalde mismo sino el Secretario de Gobierno. Naturalmente la ceremonia exige la concurrencia de dos partes, y no puede exigirse a cada una sino el aporte correspondiente. Mal puede un candidato jurar ante un funcionario determinado, si éste por cualquier razón no concurre al acto.

Que el doctor Plata Bermúdez y la señora Rojas de Moreno Díaz se presentaron a la Alcaldía en tiempo oportuno a prestar el juramento, y que éste fue prestado, lo demuestran las varias certificaciones allegadas al expediente y las declaraciones recibidas al mismo efecto. Al folio 56 del cuaderno principal del juicio número 1.956 se ve el certificado suscrito por el doctor Jorge Gaitán Cortés, Alcalde Mayor de Bogotá, y el Secretario de Gobierno doctor Germán Rueda Escobar, en el que se dice:

"... Los suscritos Alcalde Mayor y Secretario de Gobierno del Distrito Especial de Bogotá, CERTIFICAN: PRIMERO: Que la señora María Eugenia Rojas de Moreno, Carlos Monroy e Iván Gómez Afanador, quienes inscribieron ante este Despacho las listas conservadoras que encabezan para el Senado por la Circunscripción Electoral de Cundinamarca Francisco Plata Bermúdez; para la Cámara por María Eugenia Rojas de Moreno; para la Asamblea por Iván Gómez Afanador y para el Concejo de Bogotá por María Eugenia Rojas de Moreno, juraron pertenecer al Partido Conservador el día 7 de marzo de 1962.

.....

SEGUNDO: Al segundo punto certificamos que los señores que se enumeran a continuación y que figuran en las mencionadas listas, juraron pertenecer al Partido Conservador:

SENADO:

Francisco Plata Bermúdez.

CAMARA:

María Eugenia Rojas de Moreno.

TERCERO: Al punto tercero certificamos que estos juramentos se prestaron con el lleno de los requisitos que establese la ley y dentro del término legal.

Dado en Bogotá, a los veintiseis días del mes de marzo de mil novecientos sesenta y dos".

Sigue la certificación, suscrita ya solamente por el señor Secretario de Gobierno, expresando lo siguiente:

"Se aclara el anterior certificado en el sentido de dar las listas definitivas que fueron inscritas el 12 de marzo de 1962 por el Partido Conservador y por la Circunscripción Electoral de Cundinamarca y el Concejo de Bogotá, D. E., para los períodos constitucionales y legales:

SENADO: (Peréodo 1962-1966).

Principales:	Suplentes:
Francisco Plata Bermúdez	Ernesto Vargas Ardila
.....	.....

CAMARA: (Período 1962-1966)

Principales:	Suplentes:
María Eugenia Rojas de Moreno	Francisco Palacio Terán
.....	.....

"Como se dijo anteriormente los inscritos para las corporaciones legislativas prestaron el juramento de pertenecer al partido conservador con el lleno de los requisitos que establece la ley y dentro del término legal".

"Diligenciado el Despacho, vuelva a la oficina de origen".

"Germán Rueda Escobar: Secretario de Gobierno".

Al folio 60, y en diligenciamiento del Despacho número 162, el señor Secretario de Gobierno Distrital CERTIFICA:

"Que los señores Francisco Plata Bermúdez, Ernesto Vargas Ardila, María Eugenia Rojas de Moreno Díaz, y Francisco Palacio Terán, en el momento de inscribir y aceptar sus candidaturas para el Senado y la Cámara de Representantes prestaron juramento de pertenecer al Partido Conservador, ante el suscrito Secretario de Gobierno, por delegación expresa del señor Alcalde Mayor, teniendo en cuenta que en su Despacho había numerosas personas.

"Que no hay actas de tales diligencias, por cuanto éstas no fueron redactadas en el momento de prestar el juramento los candidatos, debido a que éstos presentaron el memorial conjuntamente y no juraron en el mismo día y hora, sino entre los días siete (7) y doce (12) de marzo de mil novecientos sesenta y dos".

Al folio 84 vuelto, aparece otro certificado del señor Secretario de Gobierno Distrital, en el que expresa:

"Que personalmente recibió el juramento del doctor Francisco Plata Bermúdez y de la señora María Eugenia Rojas de Moreno, en el sentido de que pertenecen al Partido Conservador, y de que aceptan su postulación de candidatos para el Senado y la Cámara respectivamente. El doctor Francisco Plata Bermúdez, el día doce de marzo de mil novecientos sesenta y dos y la señora María Eugenia Rojas de Moreno el día siete de los mismos mes y año, en el Despacho de la Secretaría de Gobierno".

Al folio 53 obra la declaración rendida por el Capitán Jaime del Portillo, el día diecisiete de agosto de mil novecientos sesenta y dos, ante el señor Consejero Sustanciador, en la que dice:

"....."

"Sí me consta por haberlo presenciado personalmente que el día doce de marzo del año en curso, más o menos a las tres de la tarde el doctor Francisco Plata Bermúdez prestó el juramento en forma legal ante el señor Secretario de Gobierno del Distrito Especial de Bogotá, doctor Germán Rueda Escobar, en la misma forma en que lo hicieron alrededor de unos treinta o cuarenta candidatos más de diferentes corrientes políticas en la tarde del mismo día y ante el mismo funcionario".

"....."

Al 54, de la señorita Mariela Vargas Alvarez, en la que afirma:

"Sí me consta por haberlo presenciado que el doctor Francisco Plata Bermúdez prestó el juramento de pertenecer al Partido Conservador como candidato principal al Senado de la República por la Circunscripción Electoral de Cundinamarca y para el período constitucional de 1962 a 1966, ante el señor Secretario de Gobierno del Distrito Especial de Bogotá como lo hicieron los demás candidatos para Corporaciones Públicas".

Al 67 está la declaración del doctor Carlos Albornoz, en la que se lee:

"Me consta que en la fecha oportuna para hacer inscripción de las listas de candidatos para las Corporaciones Públicas correspondientes a las elecciones de marzo del presente año, en el Despacho del señor Secretario de Gobierno del Distrito Especial de Bogotá, tanto el doctor Francisco Plata Bermúdez como diferentes candidatos de distintos grupos y partidos prestaron su respectivo juramento de pertenecer al partido político para el cual figuraban en las listas. En el despacho del

señor Secretario encontré entre otros y fuera del doctor Plata Bermúdez a los doctores Juan Lozano y Lozano y Héctor Charry Samper, quienes ante el mismo funcionario, juraron pertenecer al partido liberal. El doctor Plata Bermúdez lo hizo declarando que era miembro del partido conservador. La diligencia de juramento quedaba certificada posteriormente con la firma del señor Alcalde del Distrito, quien se encontraba en un recinto cercano al cual le llevaron las respectivas constancias elaboradas por el señor Secretario de Gobierno. Posteriormente a estos hechos que presencié, regresé al despacho del señor Secretario de Gobierno, ya que yo figuraba en la lista de Senadores por el Departamento de Nariño, y presencié que más de un centenar de candidatos para Congresistas, Diputados y Concejales cumplían con el requisito del juramento ante el mismo Secretario de Gobierno, y en ninguno de estos casos intervino personalmente el señor Alcalde. Cuando pregunté si en esa forma la diligencia quedaba completa, se me manifestó que el señor Secretario de Gobierno estaba delegado para cumplir tal función y que el Alcalde la garantizaba con su firma".

Comprobado como está que los candidatos doctor Francisco Plata Bermúdez y Señora María Eugenia Rojas de Moreno Díaz prestaron el juramento que exige la ley, no ante el Alcalde del Distrito sino ante el Secretario de Gobierno, y por delegación o autorización que aquél funcionario hizo a este último, corresponde averiguar si con ese acto se consumó la prescripción; si los candidatos quedaron investidos regularmente, y si en consecuencia, y al obtener sufragios en la cantidad requerida, la credencial que se les dio y que ahora se acusa, es válida.

La Ley 7ª de 1932 impuso la inscripción, y así por el artículo 2º de ella se estableció que para toda elección popular sería necesario inscribir las listas por que habría de sufragarse. Y en el 3º se determinó que la inscripción se haría conforme a las siguientes normas:

1ª) A más tardar cinco días hábiles antes de la fecha en que deba verificarse la elección, se inscribirán ante el Alcalde del lugar donde funcione la respectiva Corporación electoral que deba declarar la elección, las listas de candidatos que presenten los electores.

2ª) Cada solicitud de inscripción será firmada por no menos de treinta ciudadanos vecinos del respectivo Municipio, Círculo, Distrito o Circunscripción Electoral, según el caso.

3ª) Las listas que se inscriban no podrán contener un número mayor de candidatos que el de personas por elegir en la respectiva Circunscripción.

4ª) Los solicitantes acompañarán la constancia de la aceptación de sus candidatos, excepto en el caso de elecciones de Concejales.

5ª) El Alcalde está obligado a verificar la inscripción que de él se solicite y dará inmediata certificación de tal hecho a los interesados, siempre que las listas llenen los requisitos anteriores.

La Ley 187 de 1936, artículos 4º y 5º, señaló las seis de la tarde del lunes inmediatamente anterior al día en que deberían verificarse las elecciones, como la hora hasta la cual se podía hacer la inscripción de las listas de candidatos; preceptuó que "si después de presentada una lista renunciaren alguno o algunos de los candidatos que la forman, o por cualquier causa justa como muerte o pérdida de los derechos políticos, hubieren de cancelar sus nombres de esa lista, podrán reemplazarse por el grupo o partido interesado hasta las seis de la tarde del día miércoles inmediatamente anterior al domingo en que deban verificarse las elecciones", y estatuyó perentoriamente que:

"El Alcalde estará obligado a verificar la inscripción que de él se solicite y dará inmediatamente certificación de tal hecho a los interesados y a quienes lo exijan en cualquier tiempo. Caso de contravenir a estas disposiciones, lo que podrá comprobarse en forma legal, se considerará inscrita la respectiva lista".

En el orden cronológico en que se han producido las disposiciones electorales referentes a la materia de la inscripción, vino luego la Ley 39 de 1946 que, sin modificar lo anterior, agregó la formalidad del juramento en los términos siguientes:

"**Artículo 2º**: Para la inscripción de una lista será necesario hacer mención expresa del partido político por el cual se inscribe, y tanto los que solicitan la inscripción como los candidatos harán ante el respectivo Alcalde, bajo juramento, la declaración de que son afiliados a ese partido.

"**Parágrafo:** Cuando quienes soliciten la inscripción o los candidatos no se encontraren en el lugar en que aquélla deba hacerse, prestarán el juramento ante el Alcalde o ante el respectivo Juez Municipal del lugar donde estuvieren, o ante el respectivo funcionario diplomático o consular, y de ello se extenderá la atestación correspondiente al pie del respectivo o respectivos memoriales".

La disposición posterior es la contenida en el artículo 3º de la Ley 47 de 1946, según la cual:

"La inscripción de las listas de Senadores, Representantes y Diputados se hará en las Alcaldías de la capital del respectivo Círculo o Circunscripción Electoral, antes de las seis de la tarde del día lunes inmediatamente anterior al de las elecciones. La solicitud de inscripción podrá ser hecha por cualquier número de ciudadanos, y a ella se acompañará la constancia escrita de la aceptación de los candidatos".

El Decreto Reglamentario número 800 de 1947, vino a reafirmar lo dicho en el artículo 2º de la Ley 39 de 1946.

La inscripción de una lista no se entiende hecha sino mediante el cumplimiento de varias formalidades, entre las cuales se cuenta la prestación del juramento. El artículo 2º de la Ley 7ª de 1932 dice que para toda elección popular "es necesario" inscribir las listas. Y también el artículo 2º de la Ley 39 de 1946 expresa que para la inscripción de una lista será "necesario" hacer mención exppresa del partido político por el cual se inscribe y declarar bajo juramento, ante el respectivo Alcalde, que se pertenece a ese partido.

Se ve que la Ley da el carácter de **necesidad** a esas diligencias, así: al juramento para la inscripción, y a la inscripción para que el candidato sea elegible. Y, como se sabe, cuando se dice de algo que "es necesario", debe entendesre que donde ese algo no concurra nada existe ni se configura.

La "necesidad" del juramento se hace mayor con la vigencia del Decreto Legislativo número 0070 de 1958, según el cual "será nula la elección para miembros de las Cámaras Legislativas, de las Asambleas Departamentales o de los Concejos Municipales, de ciudadanos que no pertenezcan a ninguno de los dos Partidos tradicionales, el Conservador y el Liberal".

En todo caso, lo que constituye la inscripción de los candidatos es el lleno de todas las formalidades enunciadas anteriormente, de tal manera que si no se cumplió con ellas no se puede dar la inscripción por hecha, aunque se haya registrado la lista en la Alcaldía respectiva. Y por el contrario, la inscripción la presume la ley cuando se llenaron todos los requisitos correspondientes al candidato, aunque no se hubiere verificado el registro. Esto es lo que se dice en el segundo inciso del artículo 5º de la Ley 187 de 1936.

Resulta notorio a través de las disposiciones mencionadas que si para la inscripción bastó primeramente con la solicitur, acompañada de la aceptación de los candidatos, preceptos posteriores agregaron la formalidad de que los solicitantes de la inscripción y los candidatos

declararan bajo juramento, ante el Alcalde, la afiliación política respectiva. Sólo así, llenando este requisito y los anteriores, es procedente el acto de la inscripción. Pero es claro que si el Alcalde está obligado a verificar la inscripción, según lo ordenado en el artículo 5º de la Ley 187 de 1936, está obligado también a verificar los actos que implica ella, en cuanto dependen de sus funciones de Autoridad, y que si ello no ocurre así, la ley suple la omisión considerando o presumiendo inscrita la lista de que se trata.

Es lo ocurrido en el caso de que dan cuenta los juicios y que fue el fundametno de las demandas. Los candidatos de entonces, y hoy congresistas electos, con credenciales 'sub-júdice, doctor Francisco Plata Bermúdez y señora María Eugenia Rojas de Moreno Díaz, cumplieron con las formalidades propias de su iniciativa particular. Pero al presentarse a prestar el juramento que exigen las normas legales, faltó el concurso privativo del señor Alcalde Distrital. El caso está previsto en la disposición anteriormente citada, y por lo mismo es preciso concluir que por ministerio de la ley, el que se ejerce alta y prudentemente al establecer las presunciones, la inscripción de aquellos señores se consumó con todos los requisitos formales.

La cuestión no es, pues, para ser considerada por el aspecto de la invalidez de la delegación, tal como la plantean los actores; ni siquiera por el de la invalidez de los actos de los funcionarios de hecho como la plantean las partes opositoras. La delegación —como es sabido— es el acto mediante el cual el funcionario que tiene una competencia la transfiere a otro agente de la Administración. Pero aquí, sin que haya necesidad de ventilar si el señor Alcalde Distrital contaba con norma positiva que le permitiera autorizar al señor Secretario de Gobierno para recibir los juramentos, o si éste para el efecto era funcionario de hecho o de derecho, lo que se encuentra es que la ley misma acude a suplir los efectos de una omisión.

La Sala mantiene el pensamiento expuesto en los fallos en que se debió considerar esta materia, pero encuentra una diferencia fundamental entre esos casos y el presente. En aquéllos los postulantes incumplieron formalidades de su incumbencia; en éste las agotaron, siendo un acto de la Primera Autoridad Distrital el que, sin lesionar derechos reconocidos por la ley, pudiera prestarse a consideraciones sobre su eficacia jurídica. Dondequiera que el sufragio popular efectivo es la base de la formación de la voluntad estatal y el principio de estructuración de los órganos del Gobierno, tiende a ser provisto de las formas mejores de su expresión y a ser protegido de todo lo que pueda enturbiar su significado. Es este el único modo de legitimar el poder y de crear la atmósfera de derecho que afiance la Autoridad, haga posible la vida social y dignifique a los ciudadanos. Pero el sufragio uni-

versal y el ejercicio de la democracia, como actividades humanas que son, no tendrán nunca el grado de perfectibilidad que suponga la eliminación definitiva de toda irregularidad. Por eso nuestra legislación electoral apenas se preocupa de sancionar con la anulación aquellos hechos que significan una acción u omisión graves, pero prescinde de catalogar los de otro orden, y prevé cómo se han de considerar ocurrencias como la que se contempla en los autos.

Por el aspecto que anteriormente se ha tratado, las demandas de los doctores Castro Perdomo y Escobar Sierra no podrán prosperar. El último alegó una causal más de anulación, y es la de haberse violado el cuociente electoral. Pero el cuociente, que originalmente es un factor numérico, no es en cuestiones electorales sino un problema matemático —genuinamente matemático lo llama Kelsen— mediante el cual se averigua y establece la proporcionalidad de los partidos o grupos en los cuerpos de representación popular. La violación del sistema, entonces, no implicaría otra cosa que la alteración de los factores cuantitativos por mala aplicación de la ley que los determina, y en ese caso se encontraría que la violación legal no sería otra que la alegada de consuno por los actores, ya analizada y consecuencialmente descartada como ocurrida en el caso a que se refieren los juicios.

DECISION

Por lo expuesto anteriormente el Consejo de Estado en Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Niéganse las súplicas de las demandas acumuladas, instauradas por los doctores César Castro Perdomo y Hugo Escobar Sierra, y en las cuales se solicitó la anulación del Acuerdo número 09 de 29 de mayo de 1962, expedido por al Corte Electoral.

Notifíquese y cópiese.

José Urbano Múnera (con salvamento de voto). — **Carlos Gustavo Arrieta** (con salvamento de voto). — **Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez** (con salvamento de voto). — **Guillermo González Charry. — Alfonso Meluk. — Jorge de Velasco Alvarez** (con salvamento de voto). — **Jorge A. Velásquez. Gabriel Rojas Arbeláez. — Alvaro León Cajiao B.,** Secretario General.

SALVAMENTO DE VOTO

Bogotá, D. E., abril 3 de 1963.

Con el mayor respeto nos apartamos de la decisión de la mayoría, en la sentencia recaída a los juicios electorales acumulados contra el Acuerdo número 09 de 29 de mayo de 1962, emanado de la Corte Electoral, por las siguientes consideraciones:

Del estudio del proceso, aparece lo siguiente:

Que, con excepción de las listas encabezadas por el doctor Francisco Plata Bermúdez para el Senado y por la señora María Eugenia Rojas de Moreno Díaz para la Cámara, todos los demás candidatos de las otras listas conservadoras, como también las llamadas del liberalismo oficialista inscribieron éstas y juraron pertenecer a su partido, ante el señor Alcalde Mayor de Bogotá, dejando sobre ello sentadas y firmadas las actas correspondientes.

Que hay una manifiesta contradicción entre las certificaciones que obran a folios 56 Cno. principal, expedida por el Alcalde y el Secretario de Gobierno el 1º de agosto de 1962; a folios 63 del Secretario de Gobierno el 13 de agosto; y 84 vto. del mismo Secretario con fecha 26 de marzo, en cuanto a las fechas en que se dice prestaron el juramento y los funcionarios ante quienes lo hicieron los candidatos de las listas acusadas, por lo cual cabría aplicar la disposición contenida en el artículo 651 del C. J. que dice:

"Cuando una parte presente dos o más instrumentos de una misma naturaleza contrarios entre sí, se desestiman en lo contradictorio, salvo que, por otros medios de prueba, se demuestre ser verdad lo consignado en alguno de ellos".

Desestimando tales certificaciones se concluiría que no podría tenerse como prestado el juramento por los señores Plata Bermúdez, María Eugenia de Moreno, Vargas Ardila y Palacio Terán, ya que las declaraciones de testigos aportadas por ellos, no son prueba adecuada para demostrar la prestación del juramento.

Pero aun aceptando como probado que los señores Francisco Plata Bermúdez, Ernesto Vargas Ardila, la señora de Moreno Díaz y Francisco Palacio Terán, no prestaron el juramento de rigor ante el Alcalde sino ante el Secretario de Gobierno, según certificación de este mismo funcionario, pues a pesar de que existe una certificación firmada por el señor Alcalde (folio 1º Cno. 3º) en la que se dice que los candidatos

juraron "con los requisitos que establece la ley", pero sin especificar el funcionario que recibió el juramento, tal constancia hay que entenderla en el sentido de que el señor Alcalde y su Secretario consideraron que el juramento prestado ante este último era legal, pues que el mismo Secretario de Gobierno certifica que fue ante él y no ante el Alcalde ante quien juraron los nombrados señores, se tiene lo siguiente:

La razón que se da para que el Secretario de Gobierno recibiera los juramentos es la de que el Alcalde, por estar en ese momento ocupado con muchas personas, le delegó al Secretario esa facultad.

Antes de estudiar la legalidad de un juramento así prestado, conviene advertir que es posible que en un determinado momento al Alcalde no le fuera fácil atender a los candidatos que iban a jurar. Pero el Secretario de Gobierno ha dicho que los integrantes de las listas acusadas, no se presentaron juntos sino que fueron a la Alcaldía en diferentes días, del 7 al 12 de marzo, tiempo éste durante el cual fueron prestando sus juramentos. De tal suerte que no se puede admitir que en ninguno de esos días el Alcalde careciera de tiempo para no recibir a ninguno de los inscriptores.

También resulta por lo menos inadecuada la razón dada por el Secretario, de que no se extendieron actas porque los candidatos se presentaron en diferentes días.

En cuanto al aspecto de orden legal, se tiene lo siguiente:

El artículo 2º de la Ley 39 de 1946 estatuye que "para la inscripción de una lista será necesario hacer mención expresa del partido político por el cual se inscribe, y tanto los que solicitan la inscripción como los candidatos, **harán ante el respectivo Alcalde,** bajo juramento, la declaración de que son afiliados a ese partido".

La competencia entonces, para recibir este juramento radica exclusivamente en el Alcalde (o en el Juez Municipal si los candidatos residen en otro lugar, parágrafo ibidem), pero en ningún otro funcionario o autoridad, pues si el legislador lo hubiera querido así habría hecho la declaración de que el juramento podía prestarse ante cualquier funcionario del orden administrativo o judicial.

El texto del artículo transcrito es claro, contundente y preciso. Y conforme a un principio universal de hermenéutica jurídica que, además, está consignado en nuestra legislación positiva, cuando el texto de la ley es claro no se le pueden hacer otras interpretaciones so pretexto de consultar su espíritu.

Por otra parte, la competencia que las leyes señalan a los funcionarios es indelegable, a menos que la misma ley autorice expresamente la delegación. No es este el caso, pues el señor Alcalde no tiene por ley esa facultad. No podría hacerlo ni siquiera por resolución escrita. Mucho menos verbalmente como aconteció según lo dice el señor Secretario de Gobierno.

Según principio legal, los ciudadanos pueden hacer cuanto la ley no les prohibe, pero a diferencia de aquéllos, los funcionarios sólo pueden hacer lo que la ley les permita. Por tanto el señor A calde Mayor, cualquiera que hubiera sido la congestión de su despacho, no podía delegar esta función en el señor Secretario de Gobierno, y así como le recibió el juramento de que se está tratando a la mayor parte de los mentados candidatos, ha debido hacerlo también con los que prestaron ese juramento ante el Secretario de Gobierno, juramento que aquéllos debían saber que no era válido legalmente, pues hay que presumir que cuando los ciudadanos concurren a las justas electorales conocen sus derechos sin ignorar sus deberes. Hubo, pues, culpa tanto del Alcalde como de los interesados, pues la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

Nos parece igualmente que la doctrina sentada por el Consejo sobre este particular, entre otras en la sentencia de 17 de marzo de 1961, sí es aplicable al caso de autos, pues aun cuando los hechos contemplados en aquéllas sean diferentes el punto de derecho es el mismo.

Allí se dijo, acogiendo la vista de fondo del señor Fiscal 2º de la Corporación:

"Ha querido el legislador rodear de la mayor solemnidad el acto de juramento que los candidatos hacen de pertenecer a un determinado partido político, pues éstos deben definir su filiación en oportunidad y en la forma que lo manda la ley, esto es, antes de las seis de la tarde del día lunes inmediatamente anterior al de las elecciones (Art. 3º, Ley 147 (sic) de 1947) y ante el respectivo A calde de la Circunscripción Electoral en donde se hace la inscripción o ante el A calde o Juez Municipal del lugar dónde el candidato residiere (Art. 2º, Ley 39 de 1948 (sic).

"La ley ha dado la competencia para recibir tal juramento exclusivamente al Alcalde de la Circunscripción Electoral respectiva o al Alcalde o Juez Municipal de la residencia de los candidatos, pero no a otro funcionario o autoridad, pues de haberlo querido así habría bastado que hubiera dicho que la declaración bajo juramento de pertenecer al partido político por el cual se inscribe podría hacerse ante cualquier funcionario del orden administrativo o judicial.

"De suerte que, cuando un candidato no presta el juramento ante el funcionario que ordena la ley o lo hace en forma irregular, la elección de ese candidato queda viciada ya que por su culpa o negligencia ha creado un impedimento para su elección, es decir, el de no haber hecho ante el funcionario competente el juramento de riguroso requisito que manda la ley".

Y añade el fallo citado:

"El juramento de pertenecer al partido político por el cual la lista se inscribe, que la ley le exige al candidato, se debe prestar ante quien se inscribe la lista o sea el Alcalde de la capital de la respectiva Circunscripción Electoral, pero, cuando el candidato no se encuentra allí, el juramento debe prestarlo ante el Alcalde o Juez Municipal del lugar donde estuviere, o ante el respectivo funcionario diplomático o consular en el caso de hallarse fuera del territorio nacional (V. artículos 2º Ley 39 de 1946, 3º Ley 47 de 1946 y 11 Decreto 800 de 1947).

"La ley exige que el juramento se preste y que se deje por el funcionario que lo recibe, la correspondiente atestación al pie del respectivo memorial (Art. 2º Ley 39 de 1946 y 11 Decreto 800 de 1947). No basta, pues, con hacer autenticar el memorial ante el funcionario, sino que es indispensable comparecer ante el Alcalde o Juez Municipal, rendir o prestar el juramento y sentarse por dicho Alcalde o Juez al pie del memorial, una diligencia o atestación en que conste todo esto".

"Ahora bien, si la inscripción de la lista con la aceptación y juramento oportunos de los candidatos, es lo que da a éstos la capacidad jurídica para recibir eficazmente los votos y la aptitud para ser escrutados y se haga la declaración de su elección, cuando falta el juramento o la aceptación, aunque la lista haya sido inscrita, se hacen ineficaces los votos emitidos por la lista en lo que respecta al candidato o candidatos que no juraron o aceptaron o lo hicieron extemporáneamente, pues, por razón de esta circunstancia son inelegibles. En consecuencia, de la elección hecha en su favor, se puede pedir la nulidad de conformidad con el artículo 202 del C. C. A.

Esta doctrina fue expuesta y acogida unánimemente por el Consejo en la sentencia de fecha 25 de octubre de 1960".

Resulta de todo lo anterior que los candidatos de las listas acusadas eran inelegibles por falta de juramento, pues éste no es válido sino cuando se presta ante quien tiene facultad legal para recibirlo.

El fallo hace un recuento de las disposiciones electorales para ile-

gar a esta conclusión: como la Ley 187 de 1936 dispuso que cuando el Alcalde no verificara la inscripción de las listas, contraviniendo a su obligación, "se consideraría inscrita la respectiva lista"; y como la Ley 39 de 1946 que fue la que exigió el juramento no derogó la disposición de la Ley 187 de 1936, debe aceptarse que aun cuando el Alcalde no reciba el juramento, la inscripción por virtud de lo dispuesto en la Ley de 1936, puede considerarse como hecha.

Pero en concepto nuestro, no puede aceptarse esa argumentación. En primer lugar porque en 1936 no se exigía la formalidad del juramento; y cuando ésta se exigió por la Ley 39 de 1946 y el Decreto 800 de 1947, el legislador quiso un requisito más —y esta vez un requisito de especial solemnidad— por lo que modifica por este aspecto la disposición de la Ley 187 de 1936. En adelante, no podría considerarse legalmente inscrita una lista sin que sus integrantes juraran ante el Alcalde sobre su partido político, en garantía de los electores. En segundo lugar la Ley 187 de 1936 habla de cuando el Alcalde contraviene a sus obligaciones, vale decir cuando se niega a recibir el juramento para este caso. Y eso hay que probarlo de acuerdo con la misma disposición. No está demostrado —ni nadie lo ha sostenido— que el señor Alcalde de Bogotá se negara a recibir a los señores candidatos, sino simplemente que encomendó al Secretario para que lo hiciera. Los interesados habían podido insistir y obligar al Alcalde; y sólo en el caso de que éste se negara, dejando la respectiva constancia para crear la prueba, acudir a otros medios para su inscripción, si fuere el caso.

De aceptarse la tesis anterior, podría suceder que en muchos casos, por cualquier motivo aparentemente aceptable, irían a los debates electorales candidatos sin juramentar, con violación de una ley clara y con falta deun requisito que ésta exige perentoriamente. Esto daría también como último resultado, el hecho de que la formalidad del juramento no tiene la importancia que la ley le asigna ya que, en tales casos, se podría prescindir de él para considerar una lista como debidamente inscrita.

Por las anteriores consideraciones, nos hemos apartado del fallo comentado, pues para nosotros el Consejo ha debido anular las credenciales acusadas y expedirlas a quienes legalmente hubieren correspondido.

HH. Consejeros,

José Urbano Múnera. — Francisco Eladio Gómez. — Jorge de Velasco Alvarez. — Alvaro León Cajiao B., Secretario General.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS GUSTAVO ARRIETA

Estoy de acuerdo con la parte resolutiva de la sentencia anterior, pero me aparto totalmente de su motivación, por las mismas razones que tuve para salvar mi voto en el fallo de 17 de marzo de 1961, cuya doctrina se ratifica en esta oportunidad por la mayoría de la Sala. Estimo que la omisión del juramento no invalida la elección de un ciudadano, por los siguientes motivos:

1º—Las causales de nulidad están expresamente consagradas en los textos, son de aplicación restrictiva, y no dan lugar a interpretaciones analógicas. Ciertamente que las leyes establecen formalidades diversas para la inscripción de listas y para garantizar la pureza del proceso electoral, pero no todas ellas tienen el mismo grado de importancia. De allí que se consagre cierta proporcionalidad entre la sanción aplicable y la magnitud de la infracción, y que la nulidad se reserve para aquellas acciones u omisiones que afectan gravemente la verdad del sufragio. Orientado por ese criterio, el legislador estatuyó las causales precisas de anulación en los artículos 195 y siguientes de la Ley 167 de 1941 y en algunas otras disposiciones dispersas, pero en ninguno de tales preceptos se señala como motivo de nulidad de una elección, la circunstancia de pertenecer a determinado partido o el hecho de que lo formule deficientemente. El artículo 2º de la Ley 39 de 1946 no consagra ese motivo de anulación y, por consiguiente, su texto no puede servir de apoyo a una declaratoria de invalidez. Si las causales de nulidad deben ser expresas; si su interpretación es restrictiva, y, por lo tanto, no permite la extensión por analogía; y si las leyes no han erigido la falta del juramento del candidato como motivo de anulación, mal puede hacerlo la jurisprudencia. En estas materias especiales el juzgador no puede suplir el deliberado silencio del legislador. Las sanciones, como medios punitivos que son, no existen sin una ley que las autorice, de acuerdo con el conocido aforismo;

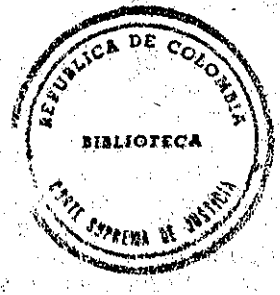
2º—La Constitución Nacional establece el principio general de que todos los ciudadanos colombianos son elegibles (artículos 15 de la Carta y 1º de la enmienda plebiscitaria), y a la vez determina con precisión las excepciones a esa regla. Entre ellas pueden citarse las consagradas en los artículos 94, 100, 108, 111, 115, 129, 139, 144, 146, 150, 154, 155 y 174 del Estatuto Fundamental, en los cuales se fija explícitamente el criterio que orientó al constituyente en estas materias. Ni en esas normas, ni en precepto alguno de la Carta o de la ley, existe una palabra siquiera que directa o indirectamente sugiera la posibilidad de que la omisión del juramento que debe prestar el candidato constituya una excepción a la regla general de la elegibilidad. Y como las

excepciones son de estrictísima interpretación y, por consiguiente, repelen todo intento de aplicación analógica, resulta a todas luces inadmisible que por vía jurisprudencial se creen nuevas excepciones al principio general establecido en la propia Constitución, máxime si se tiene en cuenta, como es preciso hacerlo, que nuestro derecho público es legislado, que no pretoriano, y que, por lo tanto, los poderes jurídicos del fallador están notoriamente restringidos por los textos aplicables a la materia litigiosa.

Estimo, por consiguiente, que la acción intentada carece de apoyo, no en razón de que el juramento se hubiese prestado ante el Secretario de Gobierno Distrital, sino porque la omisión total de esa ormalidad no hace inelegible al candidato, ni está erigida en causal de nulidad de la elección.

Carlos Gustavo Arrieta. — **Alvaro León Cajiao B.**, Secretario General.

Bogotá, abril 3 de 1963.



ELECTORALES

ORDEN DEPARTAMENTAL. ELECCION DE CONTRALOR DE CUNDINAMARCA. — Nulidad del acto electoral respectivo por haberse realizado la elección en una sesión diferente a aquella en que ha debido hacerse según el orden del día y la citación pertinentes. Interpretación de los artículos 21 y 63 del Reglamento de la Asamblea Departamental de Cundinamar a. Salvedad de voto del Consejero do tor Guillermo González Charry.

Consejo de Estado. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., junio cinco de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. JORGE DE VELASCO ALVAREZ)

Ha venido al Consejo en apelación la sentencia que, con fecha 26 de febrero de 1963, profirió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sobre nulidad de la elección del Contralor Departamental.

El juicio se originó con la demanda presentada, a nombre de algunos diputados a la Asamblea, por el doctor Gustavo Samper Bernal en acción electoral. El demandante pidió la nulidad del "acto administrativo de elección de Contralor General del Departamento de Cundinamarca, cumplido en la sesión pública de la Corporación del día 18 del mes de octubre de 1962 y en virtud del cual resultó elegido el doctor Hugo Pabón Escobar, por haberse verificado la elección en día distinto y en hora diferente de los señalados por la Asamblea de Cundinamarca, con facultad legal e ineludible de su propio Reglamento".

Impugnó la acción el doctor Roberto Moreno Gómez, quien dentro de los términos legales presentó sus alegatos; y coadyuvó el señor Elías Sánchez Barreto quien no hizo ninguna otra manifestación. El Tribunal, por mayoría de votos, negó las peticiones de la demanda.

Los hechos, debidamente acreditados en el expediente y aceptados por todas las partes, fueron éstos:

El día 5 de octubre de 1962 la Asamblea de Cundinamarca aprobó una proposición fijando la sesión del 16 del mismo mes para elegir Contralor y Sub-Contralor del Departamento. Reunida la Corporación el día fijado se procedió a la elección, pero al no lograrse un acuerdo entre los Diputados hubo de levantarse la sesión a las 12 de la noche sin que se hubiera verificado la elección y convocado el Presidente para el día siguiente a las 4 de la tarde.

El día 17 no hubo sesión y en la reunión del 18 se verificó la elección que no se había podido hacer el día 16.

Considera el demandante que la elección así hecha es nula, porque conforme a las disposiciones legales que rigen sobre la materia, para esta clase de elecciones debe citarse con tres días por lo menos de anticipación, lo que no ocurrió en el presente caso toda vez que transcurrida la sesión de la Asamblea del día 16 de octubre que debía elegir al Contralor y para lo cual se había hecho la citación correspondiente, sin que se hubiera verificado la elección, era menester una nueva citación conforme al artículo 21 del Reglamento de la Asamblea. Al no haber sucedido así se violaron, en su concepto, las siguientes disposiciones: la Ley 85 de 1916 en sus artículos 60, 106, 110 y 179; el artículo 21 del Reglamento de la Corporación y el artículo 195 de la Ley 167 de 1941.

El impugnador doctor Moreno Gómez estima que no hubo ninguna violación de la ley ni del Reglamento y que la elección del Contralor fue correcta, pues que en el orden del día para la sesión del 18 se incluyó la continuación de la elección y en esa misma sesión se aprobó el acta de la anterior, "lo que vale decir que la Asamblea ratificó lo hecho en la sesión del día diez y seis". "No estableció —agrega— solución de continuidad entre una y otra fecha, pues consideró que la elección ya se había iniciado y que sólo restaba continuarla".

Esta última tesis ha sido la acogida por el Tribunal, con el salvamento de voto del doctor Carlos Portocarrero quien acogió la del demandante, lo mismo que los señores fiscales, del Tribunal doctor Mario Suárez Paz y del Consejo doctor Osvaldo Abello Noguera.

La Sala considera:

El punto que se discute consiste en saber si, para la elección de Contralor hecha el 18 de octubre de 1962, es válida la citación a los diputados hecha en la sesión del día 5 del mismo mes y que señalaba la sesión del 16 para verificar tal elección.

El artículo 195 del Código Contencioso Administrativo estatuye:

"Son nulos los registros practicados por los jurados de votación en los siguientes casos...: 1º) Cuando la elección se verifica en días distintos de los señalados por la ley, o de los señalados por la respectiva autoridad con facultad legal"... "Parágrafo: Las actas de elecciones y escrutinios verificadas por las asambleas departamentales o por otras corporaciones públicas del orden nacional, departamental o municipal, serán nulas por los mismos motivos, a excepción de los comprendidos en los incisos 3º y 4º de este artículo".

La disposición anterior es suficientemente clara para el caso de autos. Es nula la elección que haga una Asamblea en días distintos de los señalados por ella para el efecto.

El artículo 21 del Reglamento de la Asamblea de Cundinamarca (aquí la facultad legal) dice: "La Asamblea fijará por lo menos con tres días de anticipación, la fecha de toda elección que le compete". Como se ha visto la Asamblea fijó para la elección de Contralor el día 16 de octubre de 1962, fecha ésta que transcurrió sin que tal elección fuera hecha. Era solo en ese día cuando podía verificarse la elección de acuerdo con la citación que para ello se había hecho y no otro día posterior pues, como bien lo apunta el doctor Portocarrero en su salvamento de voto, "el día señalado no puede ser sino uno". El mismo Magistrado consigna el siguiente aparte que el Consejo acoge: "La Asamblea de Cundinamarca, al haber dejado transcurrir la sesión del 16 de octubre sin llegar a elegir Contralor del Departamento, perdió la oportunidad de hacerlo puesto que el artículo 21 del Reglamento es terminante... Se fija la fecha de una elección y si ésta no puede realizarse... debe fijarse nuevamente fecha puesto que la "facultad" para elegir se encuentra agotada".

Es verdad que otro artículo del Reglamento, el 63, dispone que "cuando en una sesión no se hubiere agotado el orden del día señalado para ella, continuará en la siguiente el mismo orden, hasta su conclusión". Pero tal disposición no puede aplicarse, como se ha pretendido, en contra del artículo 21 que se refiere de una manera especial a las elecciones, al paso que la del artículo 63 hace referencia de modo general al trabajo ordinario de la Corporación.

Además, si se le concediera prelación a este artículo 63 del Reglamento sobre el 21 del mismo estatuto, se llegaría al extremo de que el Reglamento prima sobre la ley, puesto que el artículo 195 de la ley 167 de 1941 dice que será nula la elección que verifique en día distinto al señalado. Conforme al artículo 28 del C. C. "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras..." Según este principio, cuando la ley 167 de 1941 habla (artículo 195) de "días señalados", no puede interpretarse para el caso de autos en forma distinta a que el "día señalado" por la Asamblea era uno determinado, el 16 de octubre de 1962 y ninguno otro. Resulta imposible lógica y jurídicamente que esa secuencia de días del 16 al 18 inclusive, se pueda reputar como el mismo día 16 o como su continuación.

Es natural que para actos de la trascendencia como el de una elección, se señalen requisitos especiales como lo hizo el Reglamento de la Asamblea en su artículo 21. La obligación de fijar con la debida

anticipación el día para elegir tiene por objeto evitar sorpresas entre los diputados, es decir que todos ellos tengan conocimiento de lo que en determinado día va a suceder. No importa que, como lo dice la sentencia apelada, la sesión de la Asamblea del día 18 no fuera "clandestina o sorpresiva" ni "que se reunió a espaldas de alguno o algunos de los señores diputados para impedir su intervención", pues no se trata de que los hechos hayan demostrado que no hubo sorpresas ni falta de asistencia en la sesión, sino que hubiera podido haberlos por la falta de observancia de lo que exige el artículo 21 sobre elecciones. Es decir, que no se puede rebatir la obligatoriedad de ese artículo 21 con el argumento de que no sucedieron los hechos para evitar los cuales fue concebido.

En resumen: no puede admitirse que como continuación del orden del día la Asamblea pudiera elegir Contralor en día distinto del que previamente se había señalado. Al hacerlo así violó el artículo 195 de la Ley 167 de 1941; y conforme a esa misma disposición la elección quedó afectada de nulidad, como habrá de resolverlo el Consejo, revocando la sentencia del Tribunal, fallo que, no obstante su estudio cuidadoso de la cuestión y su bien razonada exposición, no convence a la Sala por las razones que se han expuesto.

Por tanto, el Consejo de Estado en Sala Plena, de acuerdo con su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º—Revócase la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 26 de febrero de 1963;

2º—Es nulo y por tanto sin valor alguno, el acto administrativo de elección de Contralor General del Departamento de Cundinamarca, cumplido en la sesión de la Asamblea el día 18 de octubre de 1962, y en virtud del cual resultó elegido el doctor Hugo Pabón Escobar.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José Urbano Múnera. — Jorge de Velasco Alvarez. — Alejandro Domínguez M. — Carlos Gustavo Arrieta. — Francisco Eladio Gómez G. Guillermo González Charry (salvamento de voto). — **Gabriel Rojas Arbeláez. — Alfonso Meluk. — Jorge A. Velásquez. — Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Alvaro León Cajiao B.,** Secretario General.

SALVEDAD DE VOTO

Bogotá, D. E., cinco de junio de mil novecientos sesenta y tres.

Con todo respeto me aparto de la motivación y decisión del presente fallo, por las siguientes razones:

PRIMERA. — La cuestión fundamental consiste en saber si los artículos 21 y 63 del Reglamento de la Asamblea, insertos en una Ordenanza de la misma, son excluyentes o son complementarios. La mayoría se ha decidido por lo primero. Yo considero que lo jurídico y real es lo segundo. En efecto, es evidente que por el artículo 21, la Asamblea debe fijar, por lo menos con tres días de anticipación, la fecha de toda elección que le competa, y que en cumplimiento de ello, el 5 de octubre de 1962, señaló la fecha del 16 para elegir el Contralor; pero no es menos cierto que el artículo 63 dispone que cuando en una sesión no se hubiere agotado el orden del día señalado para ella, continuará en la siguiente el mismo orden hasta su conclusión. Por ninguna parte aparece que, como lo deduce la mayoría, este precepto sea aplicable solamente "al trabajo ordinario de la corporación", pues fuera de que se hace una distinción sin causa alguna, el fallo conduce a estimar la elección de empleados departamentales de competencia de la Asamblea, como cuestión ajena a sus funciones ordinarias, lo cual es contrario al texto Constitucional que precisamente señala a tales entidades entre sus funciones normales, la de elegir el Contralor (Ord. 3º Art. 187). Además, la práctica indica que este razonamiento es el que más se acerca a la recta aplicación de los textos en concordancia con su finalidad, pues si hecha una citación para los efectos indicados y dentro de los términos legales, o reglamentarios como en este caso, y comenzado el acto electoral, por razón de hechos que son cotidianos en la Corporaciones Públicas, el acto no se alcanza a concluir, nada se opondría a que en la sesión inmediatamente posterior, se rematara. Tal procedimiento no violaría texto ni quebrantaría interés particular alguno. En el caso de autos, por ejemplo, bien hubiera podido el Presidente de la Asamblea, ante la dilación provocada por las discusiones dentro del seno de la Corporación, convocar a ésta para terminar la elección a las 12 y 5 minutos del día siguiente, ya que, de una parte, el acto se estaba realizando precedido por una convocatoria hecha en los términos legales, y por otra, la aplicación del artículo 63 no implicaba sorpresa para nadie.

SEGUNDA. — Por otro lado, los autos demuestran que a la reunión del 18, subsiguiente a la del 16, asistió el mismo número de Diputados que concurrieron a ésta, luego es procesalmente indudable que la finalidad de la citación previa, que es la de evitar atropellos, sorpresas o maniobras que priven a uno o varios grupos de intervenir en

la decisión, se cumplió a cabalidad, y demostró que en realidad de verdad el ánimo de la Asamblea era el de elegir Contralor del Departamento al doctor Pabón Escobar. No creo que la literalidad del criterio deba llevarse a extremos de formalismo tales que só pretexto de mantener las finalidades del precepto, conduzca a una situación que las desconozca; pues reconociendo como lo hace la sentencia, que la asistencia de casi todos los Diputados (41. Fl. 2 y 49 de los Anales) demuestra que no pudo haber sorpresas ni procedimientos indebidos, es decir, que la finalidad de la citación previa que ya se había cumplido para la sesión del 16, cumplió su finalidad, carece de sentido anular el acto con fundamento en lo dispuesto por el artículo 195 de la Ley 167 de 1941, como si dicha finalidad no hubiera tenido lugar y la elección hubiera sido intempestiva. Se advierte además que en este punto el fallo es contradictorio.

Por lo expuesto estimo que la elección del Contralor del Departamento se hizo válidamente, y que por consiguiente ha debido mantenerse la sentencia apelada.

Atentamente,

Guillermo González Charry
Consejero

ELECTORALES

I.—FIRMA DEL CANDIDATO. La firma del candidato en la atestación o testificación a que alude el artículo 2º de la Ley 39 de 1946 relativa a que el candidato prestó el juramento de pertenecer al partido por el cual se inscribe la lista, no es formalidad que la ley imponga, ni puede decirse que sin ella no se pueda dar por prestado el juramento.

II.—JURAMENTO DEL CANDIDATO INSCRIPTOR. Cuando el candidato que inscribe una lista en la cual figura, ha jurado pertenecer al partido político por el cual se ha inscrito la lista, no es necesario que al presentar la aceptación de su candidatura jure nuevamente su afiliación.

III.—LISTAS INSCRITAS Y PAPELETAS DE VOTACION. Si todos los candidatos que figuran en una papeleta corresponden a listas legalmente inscritas, no importa que la plancha de Senadores no haya sido inscrita por quienes inscribieron la de Representantes, pues lo fundamental es la inscripción.

IV.—PERFORACIONES. Su omisión en las papeletas que se reparten a los electores para sufragar es un hecho intrascendente.

V.—DISTINTIVOS ADICIONALES. Los impresos en las papeletas de votación no implican invalidez de los sufragios. Lo que prohibe el inciso 2º del artículo 10 de la Ley 7ª de 1932 son los distintivos de las cubiertas, que si conducirían a hacer perder al voto su carácter secreto.

VI.—MODELOS DE FORMULARIOS ELECTORALES. No induce nulidad el hecho de que un funcionario no haya seguido con toda fidelidad los textos aprobados por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

VII.—VOTACIONES DIFERIDAS. No implican la suspensión del escrutinio general de la respectiva circunscripción electoral, ni hay nulidad del escrutinio realizado cuando las elecciones diferidas no se habían verificado todavía.

Consejo de Estado. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., 18 de julio de 1963.

(Consejero Ponente: Dr. GABRIEL ROJAS ARBELAEZ)

REF: Expediente Nº 2.213 relacionado con demanda de nulidad del Acuerdo Nº 15 de 14 de julio de 1962 expedido por la Corte Electoral que declaró la elección de Senadores, Representantes y Diputados por la Circunscripción Electoral de Boyacá, para los períodos constitucionales de 1962 a 1966 y 1962 a 1964, respectivamente.

En demanda presentada ante esta Corporación el día 23 de julio de 1962, el doctor Fidel Perilla Barreto, obrando en su propio nombre

pidió se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA: La nulidad del Acuerdo Nº 15 de 14 de julio del presente año de la Corte Electoral, por el cual se practicó el escrutinio de los votos emitidos para Senadores, Representantes y Diputados en la Circunscripción Electoral del Departamento de Boyacá, en el pasado 18 de marzo de 1962 y se hace la correspondiente declaración de elección, así:

"a) En cuanto en su artículo 1º declaró elegidos Senadores por la Circunscripción Electoral de Boyacá para el período constitucional de 1962 a 1966, por el Partido Conservador, a Luis Torres Quintero y Carlos Alberto Olano, principales, y a Gilberto Avila Bottia y Julio Plazas Olarte como suplentes de la lista conservadora encabezada por el dicho doctor Luis Torres Quintero, y al doctor José María Villarreal como principal, y al doctor Bernardo Rodríguez García, suplente de la lista conservadora encabezada por el mismo doctor Villarreal para Senado;

"b) En cuanto en el artículo 2º del mismo Acuerdo, fueron declarados Representantes a la Cámara para el período constitucional de 1962 a 1964 por el Partido Conservador, a los doctores Eduardo Rodríguez Castillo y Julio Barón Ortega como principales, y a Raúl Díaz y Adelino Farfán como suplentes de la lista encabezada por el mencionado doctor Eduardo Rodríguez Castillo;

"c) En cuanto por el mismo artículo se declaró elegido Representante Principal al señor Ernesto Roa Gómez y como su suplente a Marco Aurelio Bernal C. en la lista encabezada por aquel señor;

"SEGUNDA: Que se proceda a la rectificación de los escrutinios realizados por la H. Corte Electoral, mediante un nuevo recuento y cómputo de votos, excluyendo los emitidos en favor de los candidatos principales y suplentes para Senado y Cámara de Representantes de que trata la anterior petición por no haber cumplido todos los requisitos legales.

"TERCERA: Que al hacer el recuento y cómputo de votos que solicité, se excluyan los diez mil doscientos setenta y uno (10.271) acumulados ilegalmente por la Corte Electoral, a la lista ospinista conservadora oficial, que figura en la papeleta anexa cuyo contenido transcribo más adelante con la cual se sufragó el 18 de marzo de 1962 en los municipios de Sutatenza, Guayatá, Somondoco, Guateque, Garagoa, Umbita, Zetaquirá, Chicavita, Guamal, Capilla de Tenza, Pachavita, Horizontes, Tenza, Miraflores y en otros municipios del Valle de Tenza y de la región de Casanare, por candidatos y listas que no corresponden a inscripción alguna, incumpliéndose, así, los trámites elec-

torales de aceptación y de juramento de pertenecer al Partido Conservador.

"CUARTA: En consecuencia, se declaren elegidos y se les expidan las correspondientes credenciales a los señores candidatos conservadores que sí llenaron absolutamente los requisitos legales preelectorales, siguientes, así:

"1º) A favor de los doctores Carlos Arturo Torres Poveda, Fidel Perilla Barreto, principales, y al coronel Julio Millán, suplente al Senado;

"2º) A favor de los Representantes doctores José María Nieto Rojas, Alfredo Cuadros Pinilla, Rafael Martínez Salamanca, principales, y a los señores Mayor Julio Enrique Olarte, César Aponte, Efraím Neira, suplentes;

"3º) A favor de los señores Adolfo León Lucas, principal y Alfonso Suárez Reina, suplente a la Cámara de Representantes.

H E C H O S

Para fundamentar su acción el demandante hizo la siguiente relación de hechos de que se da cuenta más adelante.

DISPOSICIONES VIOLADAS

Consideró el actor como disposiciones violadas las siguientes:

Artículo 2º de la Reforma Plebiscitaria Constitucional de 1957, en armonía con el artículo 172 de la Coistitución Nacional y leyes que la reglamentan, concretamente el artículo 3º de la Ley 47 de 1946; artículos 1º y 2º de la Ley 39 de 1946; artículos 8º, 9º, 10 y 11 del Decreto 800 de 1947; artículos 2º y 4º de la Ley 7ª de 1932 en armonía con el artículo 41 del Decreto 400 de 1947, en armonía con el fallo de la Corte Suprema de Justicia del 14 de Septiembre de 1955; artículo 204 de la Ley 167 de 1941; artículos 684 a 689 del C. Judicial; Resolución Nº 2039 de 7 de diciembre de 1961 por la cual se aprueba el catálogo de formularios para las elecciones del 18 de marzo de 1962 y las elecciones del 6 de mayo del mismo año.

CONCEPTO DE LA VIOLACION DE LAS DISPOSICIONES

"A) En el orden de cargos y de acusaciones relacionados en este libelo y que formulé ante la Corte Electoral, con respecto a las listas

o planchas de candidatos de los grupos conservadores ospinounionistas, disidentes ospinistas y laureanistas de reintegración conservadora, que juraron en el pasado debate electoral del 18 de marzo pasado, cargos o acusaciones que la mentada Corte Electoral esquivó estudiar y decidir, pretextando incompetencia por tratarse de cuestiones de derecho, sin parar mientes de que ella sí resolvió como tenía que resolver, precisamente cuestiones de esa índole al declarar elegidos y expedir credenciales para los referidos cuerpos colegiados mediante el Acuerdo número 15 del catorce del presente mes, desatendiendo sistemáticamente mis bien razonadas alegaciones del 21 al 24 de junio pasado, con abundante respaldo de documentos auténticos de procedencia oficial, fehacientes por tanto de plena certeza, sobre estos hechos:

"1º) Que todos los candidatos de la lista disidente ospinista, inscrita por Ernesto Roa Gómez y Marco Aurelio Bernal por la que realmente no se votó con papeleta propia perforada reproduciendo exactamente su contenido y tal como fue presentada en la Alcaldía Mayor de Tunja, sino adicionada con lista extraña de Senadores que, como lo he referido varias veces, no cumplieron el proceso electoral que exige la ley. Ni uno solo de los candidatos cumplió los requisitos de presentar ante autoridad competente, Alcalde o Juez Municipal de Guateque, la diligencia de juramento suscrita por el testigo y por los funcionarios que lo recibieron, presenciaron y autorizaron, violándose en esta forma los artículos 2º de la Ley 39 de 1946, 11 del Decreto 800 de 1947, 3º de la Ley 47 de 1946, y artículo 3º del Decreto 3035 de 1936, que dicen en su orden:

"Inciso 2º del artículo 1º del Decreto 847 de 1947: 'En las referidas elecciones (para Senadores, Representantes y Diputados) se votará en una sola papeleta que estará dividida en tres secciones en que figurarán, en su orden, las listas para Senadores, para Representantes y para Diputados y que se separarán debidamente por líneas perforadas'.

"Parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 47 de 1946: 'Al tiempo de verificarse el escrutinio en los jurados de votación se hará la correspondiente separación de cada boleta para el cómputo separado de ellas'.

"Artículo 3º del Decreto 3035 de 1936: 'Cada voto que se deposite en la urna encerrará una sola papeleta. Esta contendrá tanto la lista de Representantes como la de Diputados, por la cual se vaya a sufragar, separadas por una perforación que permita fácilmente su desunión'.

"2º) En cuanto a que en el debate electoral mencionado se votó con papeletas que no llevaban en su encabezamiento con caracteres destacados el nombre del partido tradicional por el cual se vota, violándo-

se así el artículo 41 inciso 2º del Decreto 400 de 1957 que dice:

'Las papeletas de votación deben encabezarse con una inscripción, en caracteres destacados, en que se exprese el nombre del partido político tradicional por el cual se vota'.

"3º) Al no firmar, como no firmaron con su nombre y apellido los candidatos de las listas del grupo ospinounionista encabezada al Senado por el doctor Torres Quintero y para la Cámara por el doctor Eduardo Rodríguez Castillo, y para la Asamblea por el señor Lelio Motta Camacho, violando los artículos pertinentes y vigentes de las Leyes 7ª de 1932, 187 de 1936, 39 y 47 de 1946, Decreto 800 de 1947 y pertinentes de la Ley 85 de 1916, artículos 684 a 689 del C. Judicial, aplicables a asuntos y juicios administrativos, que comprende los electorales, por mandato del artículo 182 de la Ley 167 de 1941 y la Resolución 2039 del 7 de diciembre de 1961 por la cual se aprueba el catálogo de **formularios** para elecciones del 18 de marzo y 6 de mayo de 1962, formularios entre los cuales se halla precisamente el relacionado con el juramento que debe prestarse para ante la autoridad competente, que lleva el número 84.

"El artículo 684 del C. J. dice: 'Los testigos son examinados separadamente por el juez, y del mismo modo se extienden sus declaraciones, las que se firman por el juez, el declarante o un testigo, por éste si no sabe, no puede o no quiere hacerlo, y el secretario'.

"Comentando esta disposición, el famoso tratadista de pruebas Dr. Luis Alzate Noreña, dice a la página 226 de sus 'Pruebas Judiciales', edición de 1944:

'CONDICIONES PARA LA ACEPTACION DEL TESTIMONIO:

'1º... 2º y 7º. La diligencia debe ser firmada por el funcionario, el testigo y el secretario, y en caso de repreguntas verbales, el que contrainterroga (Art. 684)'.

"Por su parte ha dicho la Corte Suprema de Justicia en casación del 2 de agosto de 1935, tomo 42, folio 365:

'No son legalmente atendibles declaraciones de testigos no autorizados por el juez de la causa o por su secretario'.

"En su tratado de procedimiento civil (L 105/31) ha dicho el distinguido tratadista doctor Ramón Gómez Cuéllar:

'Además de las firmas del juez, el secretario, el declarante y el tes-

tigo en su caso, ordena esta disposición poner la firma del actor en caso de que haya concurrido al Juzgado preguntas, formalidades que exigía el artículo 649 del C. anterior'.

"La Resolución Nº 39 de 7 de diciembre de 1961, por la cual se aprueba el **catálogo de formularios** para las elecciones del 18 de marzo y 6 de mayo de 1962, dispone en sus artículos 2º y 3º:

'Los formularios que componen el catálogo que se aprueba, no podrán ser modificados sino por Resolución del Registrador Nacional del Estado Civil' (Página 1ª del 'Catálogo de Formularios para Elecciones de Corporaciones Públicas y de Presidente de la República en 1962', Edición de 1962).

"4º) Que al no presentar los candidatos, como no lo hicieron, excepción hecha de los señores Luis Sarmiento Buitrago y Betsalión Sáenz, de las listas encabezadas por el doctor José María Villarreal para el Senado, por el doctor Ramón Ignacio Avella para la Cámara y por el doctor Carlos Espinosa González para la Asamblea, violaron las disposiciones legales citadas varias veces (Art. 2º Ley 39 de 1946 y art. 2º de Ley 47 de 1946, Art. 187 de 1936; pertinentes de la Ley 7ª de 1932 y del Decreto número 800 de 1947).

"El sistema del cuociente electoral está definido de manera clara y precisa por el inciso 1º del artículo 1º de la Ley 39 de 1946 exequible según fallo de la Corte Suprema fechada el 14 de septiembre de 1955 y por el artículo 1º y concordantes del Decreto 800 de 1947, y que se obtiene dividiendo el total de votos válidos depositados en la respectiva circunscripción electoral por el número de individuos que se deben elegir. Complétanse las disposiciones anteriores con la Reforma Plebiscitaria que establece el cuociente electoral para cada partido político en orden a asegurar su representación paritaria en los cuerpos colegiados, regla establecida por el mismo Plebiscito que conservó las operaciones aritméticas establecidas para conocer el cuociente electoral. En punto al juramento, el Consejo de Estado estableció 'hacer men ión expresa del partido político por el cual se inscribe y que tanto los que soliciten la inscripción como los candidatos hagan ante el respectivo Alcalde el juramento de declaración que son afiliados a ese partido'. Continúa el Consejo: 'La ley ha dado la competencia para recibir tal juramento exclusivamente al Alcalde de la circunscripción electoral respectiva o al Alcalde o Juez Municipal de las residencias de los candidatos pero no a otros funcionarios o autoridades, pues de haberlo querido así, habría bastado que hubiera dicho que la declaración de pertenecer al partido político por el cual se inscribe podría hacerse ante cualquier funcionario del orden administrativo o judicial'.

"A este respecto concluye en forma enfática el fallo en los siguien-

tes términos: 'De suerte que, cuando un candidato no presta el juramento ante el funcionario que ordena la ley o lo hace en forma irregular, la elección de ese candidato queda viciada de nulidad, ya que por su culpa o negligencia ha creado un impedimento para su elección, es decir, el no haber hecho ante el funcionario competente el juramento de riguroso requisito que manda la ley'.

"No quedó satisfecho el Consejo en cuanto llevaba dicho y agregó más adelante: 'Ahora bien, si la inscripción de la lista con la aceptación y juramento oportuno de los candidatos, es lo que da a estos candidatos capacidad para recibir eficazmente los votos y aptitud para ser escrutados y que se haga la declaración de la elección, cuando falta el juramento o la aceptación, aunque la lista ya haya sido inscrita, se hacen ineficaces los votos emitidos por la lista en lo que respecta al candidato o candidatos que no juraron o aceptaron o lo hicieron extemporáneamente, pues, por razón de esta circunstancia, son inelegibles. En consecuencia, de la elección hecha en su favor, se puede pedir la nulidad de conformidad con el artículo 102 del C. C. A.'

"Luego remata el Consejo: 'Con relación a las condiciones secundarias que piden las leyes al candidato, una de ellas es la de prestar el juramento en la forma prescrita por el artículo 2º de la Ley 39 de 1936, de tal manera que si aquél no lo presta, o no lo presta oportunamente, no puede entenderse sino que no quiso consumar las exigencias legales y que —por lo mismo— no habilitó su nombre para comparecer al debate'.

"Esta es la situación en que se colocaron aquellos candidatos de las listas acusadas.

"Ahora bien, a pesar de no haberse cumplido todos los requisitos legales indicados por parte de los candidatos de los grupos conservadores de que me he ocupado, la Corte Electoral, sin estudio previo, sin motivación alguna, sin respeto por los fallos de la Suprema Corte y del Consejo de Estado, especialmente del proferido en el caso del doctor Eduardo Caballero Calderón, declaró electos Senadores, Representantes y expidió las credenciales respectivas, dando lugar al ejercicio de las acciones de nulidad indicadas por los artículos 201, 202, 204 y 205 de la Ley 167 de 1941, que dan acción a todo colombiano (en ejercicio) para demandar la nulidad, mediante los trámites determinados en el capítulo XX del C. de lo Contencioso Administrativo.

"Para terminar debo manifestar que varios de los candidatos de nuestra planta, como los doctores Miguel de J. Niño Leal y su suplente del primer renglón doctor Mario Perico Ramírez, al Senado, incurrieron en irregularidades más o menos iguales a las de los de las listas impugnadas, quedando ellos también incursos en las ineficacias del

orden jurídico de que vengo ocupándome".

Por memorial del 26 de julio de 1962 el doctor Perilla Barreto corrigió la demanda en el sentido de hacer extensiva la anulación del Acuerdo acusado a lo siguiente:

"1º) En cuanto por éste se declaró elegido Representante principal al doctor Ramón Ignacio Avella, y suplente al señor Alfonso Alvarez Pinzón.

"2º) En cuanto se declararon elegidos Diputados a la Asamblea Departamental a Josefina C. de Bohórquez como principal, y a Gustavo Bermúdez S. como suplente.

"3º) En cuanto por el artículo 4º de dicho Acuerdo Nº 15 de 14 de julio del presente año, la Corte Electoral dispuso expedir credenciales a los ciudadanos elegidos Senadores, Representantes y Diputados, sin tener derecho a ello".

PARTES COADYUVANTES Y OPOSITORAS:

Como parte coadyuvante de la demanda se constituyó el doctor Besalión Sáenz Sáenz, y como partes opositoras los doctores Ramón Ignacio Avella, Ernesto Roa Gómez, Marco Aurelio Bernal C. y Carlos Alberto Olano Valderrama. Los doctores Roa Gómez y Bernal C. lo hicieron por medio de su apoderado, doctor Baudilio Galán Rodríguez.

DEMANDA DEL DOCTOR HERNAN VILLAMARIN GUTIERREZ:

En demanda presentada por el doctor Hernán Villamarín Gutiérrez el 24 de julio de 1962 se solicitó la declaratoria de nulidad del Acuerdo número 15 de 1962, expedido por la Corte Electoral y además lo siguiente:

"Que se practique un nuevo escrutinio y se compute en él la totalidad de los votos emitidos en la Circunscripción, incluso los del Distrito Municipal del Cocuy;

"Que se ordene al Gobernador de Boyacá que debe proceder a señalar fecha para que se realicen las votaciones diferidas en el Municipio del Cocuy el 18 de marzo del año en curso, al tenor de lo prescrito por el artículo 93 de la Ley 85 de 1916, tanto para Concejales como para Diputados, Representantes y Senadores, si para la fecha de nuevo escrutinio tales votaciones no se han realizado, y

"Que se haga una nueva declaración de elección de Senadores, Representantes y Diputados por la Circunscripción Electoral de Boya-

cá, sobre la base de la totalidad de los votos emitidos inclusos en el cómputo los que se emitan en el Distrito Municipal del Cocuy".

HECHOS DE ESTA DEMANDA:

Como fundamentos de hecho, el actor, doctor Villamarín Gutiérrez, enunció varios que se pueden sintetizar así:

El 18 de marzo de 1962 se realizaron en el territorio de la República las elecciones para Senadores, Representantes, Diputados y Concejales; pero sólo en el Municipio del Cocuy, Departamento de Boyacá, no pudo realizarse el acto en referencia, debido a que el Gobernador, con fundamento en trastornos de orden público, y por medio del Decreto Nº 223 de esa fecha, determinó diferir las votaciones para corporaciones públicas.

Posteriormente, y a petición del doctor Gregorio Becerra, el señor Gobernador de Boyacá dictó el Decreto 235 de 24 de marzo de 1962, por el cual se señaló el domingo 8 de abril del mismo año para realizar las votaciones diferidas en el Municipio del Cocuy.

Por el Decreto Nº 268 de abril 7 de 1962 la Gobernación de Boyacá suspendió los efectos del Decreto 235, citado anteriormente, considerando para ello que el Tribunal Administrativo del Departamento había suspendido provisionalmente el acto últimamente mencionado y que el Gobierno de Boyacá estimaba prudente no insistir en la ejecución de una medida que la dicha entidad jurisdiccional no había encontrado en principio ajustada a la ley.

Ante los Delegados de la Corte Electoral se solicitó que los escrutinios por la Circunscripción de Boyacá se suspendieran hasta tanto se verificaran las elecciones en el Municipio del Cocuy. Dicha petición fue negada.

En la revisión de escrutinios que hizo la Corte Electoral resolvió dejar para el último turno los de Boyacá, en espera de que entretanto se verificaran las elecciones en el Municipio del Cocuy. Como tales elecciones no se hubieran realizado, la Corte Electoral procedió el 14 de julio de 1962 a revisar los escrutinios correspondientes a la circunscripción mencionada.

"En síntesis —dijo el demandante— como motivo de la demanda para que se revoque el Acuerdo número 15 de 1962 de la Corte Electoral, surge la circunstancia evidente, según la cual, aquel acto constituye un escrutinio parcial, puesto que aún están pendientes las votaciones de un Distrito Municipal y la declaratoria de elección se hizo sobre la base de parte de los votos y no de la totalidad, como es de

rigor legal y constitucional".

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION:

Este capítulo lo enunció el demandante en los términos siguientes:

"Conforme a lo prescrito en el artículo 1º de la Ley 47 de 1946, en armonía con el artículo 49 de la Ley 89 de 1948, las elecciones para Senadores, Representantes, Diputados a las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, en el cuatrenio y bienio contados a partir del año en curso, debían realizarse el domingo 18 de marzo de 1962 en todo el territorio nacional.

"Si bien es verdad que estas normas eran las que señalaban la fecha, sin embargo, el derecho de sufragio no es de origen legal sino constitucional, porque es el artículo 171 de la Constitución Nacional el que prescribe que 'todos los ciudadanos varones eligen directamente Concejales, Diputados a las Asambleas Departamentales, Representantes, Senadores y Presidente de la República'.

"El derecho de sufragio, siendo como es de jerarquía constitucional, no puede ser restringido, limitado, ni condicionado por el legislador ordinario, menos por el Gobierno Nacional, ni, a fortiori, por el Gobernador de un Departamento.

"Tan sólo la Constitución puede limitar, restringir o condicionar ese derecho. Es por esto por lo que ha sido necesario recurrir a la reforma constitucional plebiscitaria para conceder el voto a la mujer, que la misma Constitución restringía a los varones".

"Ahora bien: la Constitución Nacional ha condicionado el ejercicio del derecho de sufragio en el espacio conforme a lo establecido por los artículos 175, 176 y 177 que establecen el sistema de las Circunscripciones Electorales para las elecciones de Diputados a las Asambleas Departamentales, Representantes y Senadores.

"Pero a propósito de las mismas corporaciones públicas el derecho de sufragio no ha sido limitado ni condicionado en el tiempo, como sí lo ha sido con respecto a la elección de Presidente de la República, ya que conforme a lo prescrito por el artículo 114 de la misma Constitución, ésta debe realizarse "en un mismo día".

"Esto significa, entonces, que las elecciones para corporaciones públicas, pueden realizarse en un mismo día o en días distintos, según lo establezca la ley.

"Y la ley, como lo cité al principio, señaló el tercer domingo de marzo del año en que empieza el bienio o el cuatrenio.

"Esto significa que en principio tales elecciones deben realizarse en aquel domingo, pero la Ley 85 de 1916 estableció o tenía establecida una excepción en el artículo 93 para un caso específico, cual es el de la ocurrencia de trastornos de orden público en algún distrito municipal, caso en el cual el respectivo Gobernador del Departamento tiene la atribución de diferir las votaciones y avisar al público la nueva fecha con quince días de anticipación.

"El artículo citado es de una claridad afortunada:

"a) Porque limita la atribución al evento de trastornos del orden público;

"b) Porque circunscribe el alcance de la atribución con un verbo inequívoco: diferir, que significa, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, 'dilatar, retardar o suspender la ejecución de una cosa';

"c) Porque impone una obligación consecuente con la naturaleza de la atribución, es decir, como correlato de ella, cual es la de señalar la nueva fecha con quince días, por lo menos, de anticipación, y

"d) Porque señala con alcance inequívoco qué es lo que se puede 'diferir' al hablar de 'las votaciones' o sea del acto de consignar el voto y no de las elecciones, pues éstas significan todo un proceso de orden legal que comprende no solamente el señalamiento de fecha, sino la forma como se debe votar, las horas hábiles, las corporaciones para las cuales se vota, sistema de escrutinios, declaratoria de elección, fecha de escrutinios, etc., etc.

"Diferir unas votaciones, es simplemente diferir un acto de los ciudadanos. ¿Cuál acto? El mismo que se hubiera consumado si no ocurren los trastornos de orden público. Esto es de tanta claridad como la luz del día.

"Diferidas, pues, unas votaciones en uno o varios Distritos Municipales, los escrutinios departamentales no se pueden practicar hasta tanto no se realicen las votaciones aplazadas, porque mientras estén pendientes quiere decir que el proceso electoral en la respectiva circunscripción no ha concluído.

"Si se aceptara que los escrutinios pueden realizarse, equivaldría, por una parte, a aceptar que los candidatos pueden ser elegidos por una parte de la circunscripción, con lo cual se violarían los artículos

175, 176 y 177 de la Constitución Nacional, y por otra a aceptar que el Gobernador de un Departamento, puede restringir o impedir el ejercicio del derecho de sufragio a parte de la ciudadanía, cuando tal derecho es de jerarquía constitucional.

"Esto conduciría a la monstruosidad jurídica de la limitación o restricción del alcance de las normas constitucionales, por un acto de un funcionario administrativo de segundo orden.

"Entonces:

"Si el derecho de sufragio es de jerarquía constitucional y si diferidas unas votaciones para corporaciones públicas, los escrutinios departamentales y la consiguiente declaratoria de elección no pueden hacerse hasta tanto no se realicen las votaciones para poder computar todos los votos de la circunscripción.

"Quiere decir, que el escrutinio y la declaración de elección contenidos en el Acuerdo número 15 de 1962 acusado, es violatorio del artículo 171 de la Constitución Nacional y del artículo 93 de la Ley 85 de 1916.

"Porque excluye de hecho los votos del Distrito Municipal de El Cocuy.

"Viola el artículo 171 de la Constitución Nacional porque implica el desconocimiento del derecho de sufragio que tienen los ciudadanos de El Cocuy, y el artículo 93 de la Ley 85 de 1916, porque diferidas las votaciones, por perturbaciones de orden público, a los mismos ciudadanos les asiste el derecho a que se señale nueva fecha para que se realicen las votaciones como lo establece esta norma en forma inequívoca.

"De tanta evidencia es esta situación jurídica que el artículo 195 de la Ley 167 de 1941 al señalar las causales de nulidad hizo excepción expresa de las elecciones verificadas en días distintos, cuando tales días son señalados por la respectiva autoridad con facultad legal. La respectiva autoridad es el Gobernador y la facultad legal está consagrada en el artículo 93 de la Ley 85 de 1916.

"Por lo demás el artículo 201 de la Ley 167 de 1941 consagró expresamente la acción incoada así: 'También puede culaquier particular recurrir en demanda directa por la vía jurisdiccional contra los actos o decisiones de las corporaciones electorales, para que se... revoquen las resoluciones..., por medio de las cuales se... **o se hubiere dejado de computar un registro...**'

"La causa por la cual se ha dejado de computar un registro no ha sido señalada en la ley, por lo tanto debe entenderse que tal causa puede ser cualquiera. Y una de tales causas, es naturalmente la de que el registro no se haya producido porque aún están pendientes en cualquier Distrito Municipal las votaciones diferidas para las respectivas cor oraciones públicas.

ACUMULACION DE JUICIOS:

Por tratarse de dos juicios que debían ser fallados en una sola sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 229 del C. C. A., ellos fueron reunidos, previo sorteo del Magistrado a quien correspondía redactar el proyecto de sentencia.

Sustanciados ambos hasta estar ejecutoriado el auto de citación para sentencia, es del caso proceder a resolver la controversia planteada con base en las demandas a que se ha hecho referencia.

Para resolver se considera:

En el orden en que se ha hecho la relación de las demandas propuestas corresponde en primer término analizar la del señor doctor Fidel Perilla Barreto coadyuvada por el doctor Besalión Sáenz Sáenz. Es entendido que sólo se tomarán en cuenta dichos cargos en cuanto se refiere el Acuerdo acusado a la elección de Senadores y Representantes, ya que esta Corporación carece de competencia para conocer en única instancia de demandas en las que se impugne la declaratoria de elección de Diputados a las Asambleas Departamentales. Y también sólo en cuanto se trate de candidatos cuya elección declaró la Corte, pues es improcedente hacer consideraciones sobre cuestiones ajenas al acto sub judice, como las relativas a que determinados candidatos no electos por falta de capacidad aritmética dentro de los resultados del respectivo grupo político, sí reunían o no las condiciones legales.

Los cargos o hechos fundamentales de la acción son los siguientes:

1º) Que las actas de aceptación y de juramento de los candidatos conservadores unionistas al Senado y Cámara de Representantes no fueron firmadas por los candidatos, a excepción de los señores Adolfo León Lucas y Alfonso Suárez Reina, que sí lo hicieron ante el Alcalde de Chiquinquirá.

2º) Que los candidatos a la Cámara, señores Ernesto Roa Gómez y Marco A. Bernal, principal y súplente en su orden, no juraron ni suscribieron diligencia alguna de sus candidaturas ante el Alcalde Mayor de Tunja, ni ante ninguna otra autoridad competente, pues sólo

se limitaron a dirigir memoriales que hicieron autenticar ante los Notarios Primero y Segundo del Circuito de Guateque, violando de este modo las respectivas disposiciones legales sobre inscripción y juramento de los candidatos.

3º) Que no obstante que los señores Ernesto Roa Gómez y Marco A. Bernal inscribieron una lista formada así:

C á m a r a :

PRINCIPALES:

Ernesto Roa Gómez
José Manuel Salamanca
Aquileo Molina

SUPLENTES:
Marco Aurelio Bernal C.
Juan de J. Morales
José Abelardo Quintero

A s a m b l e a :

Los electores fueron obligados a sufragar por una distinta con los siguientes nombres y epígrafes:

"I) Lista conservadora unionista para el Senado de la República por el Departamento de Boyacá bajo la dirección política de Mariano Ospina Pérez, en el Valle de Tenza. Período constitucional 1962-1966:

PRINCIPALES:

Luis Torres Quintero
Carlos Alberto Olano V.
Pablo Barón Garavito

SUPLENTES:
Gilberto Avila Bottía
Julio Plazas Olarte
Luis G. Acosta

"II) Lista conservadora unionista para la Cámara de Representantes por el Departamento de Boyacá, en el Valle de Tenza, bajo la Dirección Política de Mariano Ospina Pérez. Período constitucional 1962-1964:

PRINCIPALES:

Ernesto Roa Gómez
José Manuel Salamanca
Aquileo Molina

SUPLENTES:

Marco Aurelio Bernal G.
Juan de J. Morales L.
José Abelardo Quintero

"III) Lista conservadora unionista para Asamblea del Departamento de Boyacá en el Valle de Tenza, bajo la dirección política de Mariano Ospina Pérez. Período constitucional 1962-1964:

PRINCIPALES:

Josefina C. de Bohórquez
Pedro Celestino Morano
Publio Mora R.
Rigoberto Moreno

SUPLENTES:

Gustavo Bermúdez S.
Eduardo Pulido M.
Nepomuceno Díaz
Enrique Ramírez

4º) Que la papeleta que contiene la plancha anterior no tiene las perforaciones ordenadas por la ley para separar cada lista.

5º) Que no obstante la ineficacia de los votos emitidos en tal papeleta, la Corte Electoral contabilizó la cantidad de diez mil doscientos setenta y un votos (10.271) que fueron los emitidos el 18 de marzo de 1962 en las poblaciones del Valle de Tenza, y los sumó a los de la lista oficialista del ospinismo, aplicando así una especie de ley de arrastre, con olvido de la inexequibilidad declarada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 14 de septiembre de 1955.

6º) Que los candidatos de la lista últimamente transcrita, ni los postulados para el Senado, ni los indicados para la Cámara comparecieron ante autoridad competente a aceptar la postulación y jurar que pertenecían al Partido Conservador. Y que en lo que respecta a los candidatos Ernesto Roa Gómez y Marco A. Bernal, el primero se limitó a presentar un memorial de aceptación ante el Notario Segundo del

Circuito de Guateque, memorial que mandó luego al Alcalde de Tunja, y el segundo se contentó con suscribir un memorial cuya autenticación hizo su propio hermano, el Notario Primero del Circuito de Guateque, señor Carlos Mario Bernal C., sin prestar juramento ante el Juez Municipal o Alcalde, ni menos ante el de Tunja, de pertenecer al Partido Conservador.

7º) Que los candidatos de reintegración conservadora, señores José María Villarreal para el Senado, y Ramón Ignacio Avella para la Cámara, y sus respectivos suplentes se limitaron a suscribir un memorial en que manifiestan la aceptación, pero no cumplieron con la diligencia de juramento de pertenecer al Partido Conservador.

8º) Que la Corte Electoral en vez de sumar los votos emitidos en el Valle de Tenza a las listas de lo que el actor llama "el oficialista ospinounionista", ha debido excluirlos por tratarse de una lista que no fue inscrita.

ANALISIS DE LOS CARGOS ENUMERADOS ANTERIORMENTE:

CARGO 1º) La Corte Electoral por el Acuerdo Nº 15 de 14 de julio de 1962 declaró elegidos Senadores por el Partido Conservador y de la lista encabezada por el doctor Luis Torres Quintero, a éste y al doctor Carlos Alberto Olano V. como principales, y a los doctores Gilberto Avila Bottía y Julio Plazas Olarte, como suplentes. Y como Representantes por el mismo grupo, que era el Conservador unionista de que habla el demandante, a Eduardo Rodríguez Castillo, Julio Barón Ortega y Adolfo León Lucas, principales, y Raúl Díaz Díaz, Alfonso Suárez Reina y Adelino Farfán, suplentes.

Entre los documentos presentados como pruebas, ya por el actor o por los opositores, obra copia del Acta de Inscripción número 1 extendida en la Alcaldía Municipal de Tunja el 9 de marzo de 1962, suscrita por el Alcalde y su Secretario y los señores Luis Torres Quintero, Eduardo Rodríguez Castillo, Gilberto Avila Bottía y Julio Barón Ortega y en la que se dice lo siguiente:

a) Que los cuatro señores últimamente mencionados en su calidad de miembros del Directorio Departamental Unionista de Boyacá inscriben la siguiente plancha de candidatos por el Partido Conservador para Senadores de la República, Representantes a la Cámara y Diputados a la Asamblea Departamental:

PARA SENADORES:



Principales:

Luis Torres Quintero
Carlos Alberto Olano V.
Pablo Barón Garavito

Suplentes:

Gilberto Avila Bottía
Julio Plazas Olarte
Luis G. Acosta

PARA REPRESENTANTES:

Principales:

Eduardo Rodríguez Castillo
Julio Barón Ortega
Adolfo León Lucas

Suplentes:

Raúl Díaz Díaz
Alfonso Suárez Reina
Adelino Farfán

b) Que a la anterior plancha se le acompañan las constancias de aceptación de los candidatos y la manifestación bajo juramento de pertenecer al Partido Conservador.

c) Que los inscriptores llenaron todas las formalidades exigidas para el efecto jurando ante el suscrito Alcalde y su Secretario pertenecer al Partido Conservador.

d) Que en consecuencia se declara inscrita la anterior plancha y se dispone expedir la correspondiente certificación.

Dicha Acta puede verse a folios 37 del Cuaderno Principal, 60 del Cuaderno Nº 2, y al folio 75 vuelto del cuaderno de pruebas del demandante.

En copias auténticas presentadas también por el demandante obran los memoriales suscritos por los doctores Luis Torres Quintero, Carlos Alberto Olano V., Gilberto Avila Bottía, Julio Plazas Olarte y otros,

en que le manifiestan al señor Alcalde de Tunja que aceptan las respectivas candidaturas, según la lista de que se habló anteriormente. Y al pie de cada memorial una nota suscrita por el señor Alcalde y su Secretario en la que se dice que el escrito fue presentado por el signatario, identificado con la cédula que allí se anota, quien "manifestó que acepta la candidatura a que se refiere el memorial anterior y con las formalidades legales juró ante los suscritos Alcalde Mayor de la ciudad de Tunja y su Secretario de Gobierno pertenecer al Partido Conservador".

Igual cosa ocurre respecto a los candidatos a la Cámara, doctores Eduardo Rodríguez Castillo, Julio Barón Ortega, Adolfo León Lucas, principales; y Raúl Díaz Díaz, Alfonso Suárez Reina y Adelino Farfán, suplentes. A folios 54 y siguientes del cuaderno número 2, y 78 vuelto y siguientes del cuaderno de pruebas del demandante, hay copias de los memoriales suscritos por las personas antes nombradas, memoriales en los que se expresan que aceptan su candidatura en la lista conservadora, y que lleva también al pie la constancia del señor Alcalde y su Secretario respecto a que los firmantes juraron pertenecer al Partido Conservador.

El demandante echa de menos en la constancia o atestación la firma del candidato, y en esto consiste el cargo. Pero no se puede afirmar que esta formalidad la imponga la ley y que sin ella no se pueda dar por prestado el juramento. En la demanda se confunden la atestación o testificación de que habla el artículo 2º de la Ley 39 de 1946, que es una mera diligencia del funcionario mediante la cual se da fe de que un hecho tuvo ocurrencia, y la declaración de quien testimonia sobre hechos de que tiene conocimiento, diligencia esta última que sí debe ser suscrita por el testigo, según lo dispuesto en el artículo 684 del C. Judicial. La atestación de que se ha hablado anteriormente, suscrita por el Alcalde y su Secretario, es un documento público que hace plena prueba acerca de su contenido, según el artículo 632 del mismo Código. Y como lo que se niega no es la autenticidad de tal documento, sino su valor por carecer de la firma del candidato, y esto no es un requisito que resulte de las disposiciones electorales, se ve claramente que NO TIENE FUNDAMENTO EL CARGO.

CARGO 2º) Contrariamente a lo que en él se afirma, consta del Acta de Inscripción número 2, visible al folio 125 del cuaderno principal, y al folio 9 del cuaderno de pruebas de la parte impugnadora, al folio 63 del cuaderno número 2 y el 69 del cuaderno de pruebas del demandante, que a las 11 y 45 a.m. del día doce de marzo de mil novecientos sesenta y dos los doctores Ernesto Roa Gómez y Marco Aurelio Bernal inscribieron listas para la Cámara y para la Asamblea de Boyacá; que en la lista para la Cámara figuran Roa Gómez y Bernal como principal y suplente; que los inscriptores juraron pertenecer al

Partido Conservador, y que se acompañaron las constancias de aceptación de los candidatos y su manifestación bajo juramento de pertenecer al Partido Conservador. El hecho de que un candidato inscriba la lista en que figura implica su aceptación, y el juramento que presta como inscriptor sirve a las finalidades que busca la ley al exigir que jure como candidato. Pero en el caso de los señores Roa Gómez y Bernal se observa que además de ellos presentáron ante el señor Alcalde de Tunja sendos memoriales, autenticado el uno ante el Notario Segundo de Guateque, y el otro ante el Notario Primero, memoriales en que afirman aceptar sus candidaturas por el Partido Conservador y a los que se hace especial referencia en el Acta de Inscripción. Se cumplió así con las formalidades legales, sin que pueda entenderse, como lo entiende el demandante, que irremisiblemente el candidato inscriptor debe jurar dos veces que pertenece a un partido: la una como candidato y la otra como inscriptor. Es obvio que cuando en una persona se reunen las dos calidades mencionadas, con el juramento que se preste al inscribir la lista de candidatos queda perfectamente lograda la identificación política que exige la ley en orden a obtener una auténtica representación y la equivalencia numérica. NO PROSPERA EL CARGO.

CARGO Nº 3) Es cierto que según el Acta de Inscripción número 2, los doctores Ernesto Roa Gómez y Marco Aurelio Bernal sólo inscribieron listas para Representantes y Diputados, y que prescindieron de inscribir la plancha de Senadores. Es cierto también que en varios municipios de Boyacá, los que quedan en la región conocida con el nombre de Valle de Tenza, se sufragó con una papeleta en que figuran como candidatos al Senado los doctores Luis Torres Quintero, Carlos Alberto Olano V. y Pablo Barón Garavito como principales; y Gilberto Avila Bottía, Julio Plazas Olarte y Luis G. Acosta como suplentes. El actor afirma a este respecto que dada la composición de tal papeleta se sufragó por una lista no inscrita, y que como consecuencia se debe declarar la nu idad de los votos.

Pero como se ve de la relación que se ha venido haciendo,tanto la lista de Senadores encabezada por el nombre del doctor Torres Quintero, como la de Representantes en que figura a la cabeza el doctor Roa Gómez, fueron inscritas legalmente; y como se inscriben listas y no papeletas, y el elector bien puede fraccionar el voto o sea no votar para todas las Corporaciones a elegir, o votar para todas ellas aunque con listas de inscripción distinta, no resulta que estén afectados de vicio alguno los sufragios a que se refiere el demandante. Lo fundamental es la inscripción y en el caso se trata de candidatos todos inscritos. NO TIENE VALIDEZ EL CARGO.

CARGO Nº 4) El hecho de que una papeleta no tenga las perfora-

ciones indicadas para separar con facilidad las varias listas no tiene trascendencia alguna. No es omisión que dificulte el sufragio, imposibilite el escrutinio o contribuya a hacer equívoco el resultado en las urnas. No configura ni remotamente alguna de las causas de nulidad que contemplan las disposiciones electorales, y no se trata sino de una de aquellas nimiedades de que no curaba el Pretor pero de las que a veces aparece curado el Legislador cuando ejercita en exceso su providencia. NO PROSPERA ESTE CARGO.

CARGO Nº 5) El hecho de que la papeleta a que se refiere el cargo anterior se distinguiera con la leyenda adicional: "en el Valle de Tenza" no puede ser motivo de invalidez. Fue un modo de llamar más vivamente la atención del electorado de una región determinada, y como tal adición no contraviene lo prescrito en el segundo inciso del artículo 10 de la Ley 7ª de 1932, que se refiere ante todo a los distintivos de la cubierta que sí conducirían a hacer perder al voto su carácter secreto, no se está ante ninguna infracción legal.

Por lo demás la Corte Electoral no podía hacer otra cosa que contabilizar los votos correspondientes a las papeletas en mención. Se trata de votos válidos emitidos por sufragantes que, como los restantes de la Circunscripción pertenecientes al mismo grupo político, votaron por la misma lista de Senadores, pero que adoptaron una lista de Representantes distinta. Por eso se ve que mientras la lista de Senadores encabezada por el doctor Torres Quintero obtuvo 68.886 votos, la de Representantes del mismo grupo político obtuvo apenas 58.723. No fue entonces que la Corte Electoral hiciera la operación de "arrastre" de que habla el demandante, sino que pura y simplemente hizo la contabilización indicada. EL CARGO ES INVALIDO.

CARGO Nº 6) Reproduce otros ya analizados y encontrados sin fundamento legal.

CARGO Nº 7) Según el Acta de Inscripción número 11 de 12 de marzo de 1962, los doctores José María Villarreal, Bernardo Rodríguez, Olivo Torres Mojica, Ramón Ignacio Avella y Alvaro Rodero Márquez inscribieron las siguientes listas de candidatos:

PARA SENADO:

Principales:

José María Villarreal

. . . . . .

Suplentes:

Bernardo Rodríguez

. . . . . .

PARA CAMARA:

Principales:

Ramón Ignacio Avella

. . . . . .

Suplentes:

Alfonso Alvarez Pinzón

. . . . . .

En el Acta de Inscripción, de la que obran copias al folio 75 del cuaderno número 2, y al folio 93 vto. del cuaderno de pruebas del demandante, se expresa que a las listas se acompañaron las constancias de aceptación de los candidatos y la manifestación bajo juramento de pertenecer al Partido Conservador, y que los inscriptores llenaron todas las formalidades exigidas para el efecto, jurando ante el Alcalde y su Secretario pertenecer al Partido Conservador. Suscriben el documento el Alcalde de Tunja y su Secretario, y los señores José María Villarreal, Bernardo Rodríguez, Olivo Torres Mojica, Ramón Ignacio Avella y Alvaro Rodero Márquez. En los mismos cuadernos obran también los memoriales de aceptación de quienes en las mencionadas listas figuran como candidatos. Y por lo que hace al señor Alfonso Alvarez Pinzón, que encabeza la lista de Suplentes a la Cámara, y quien no suscribe el Acta de Inscripción, está el memorial dirigido al señor Alcalde de Tunja y presentado ante el Alcalde de Chiquinquirá, en el que se manifiesta la aceptación de la candidatura en el primer renglón de suplentes a la Cámara por el Conservatismo Doctrinario. En seguida del memorial la diligencia de juramento de pertenecer al Partido Conservador, todo conforme a lo prescrito en el parágrafo del artículo 2º de la Ley 39 de 1946.

El cargo que se contempla es igual a los formulados por el actor contra las listas encabezadas por los doctores Torres Quintero y Roa Gómez, y como esos, éste también por no tener valor jurídico alguno tiene que ser desechado.

CARGO Nº 8) El fundamento es el mismo que el actor dio al Cargo 5º. NO PROSPERA.

No tienen, pues, validez para desvirtuar el acto acusado los varios hechos de que ha hecho relación el doctor Perilla Barreto, y en consecuencia las súplicas formuladas por él han de negarse.

No está por demás poner de presente, y por cuanto el actor dio

especial importancia al punto, que si bien la Registraduría Nacional del Estado Civil elaboró el Catálogo de Formularios aprobados por la Resolución Nº 2039 de 7 de diciembre de 1961, y dispuso que tales formularios no podían ser modificados sino por Resolución del mismo Registrador, esta disposición que podría resultar obligatoria para el personal subalterno de ese despacho, no puede tener el alcance de fijar para otras autoridades fórmulas inmodificables ni normas extralegales. El manifiesto y laudable propósito de la Registraduría fue contribuir a la facilitación del proceso electoral en sus actos varios; pero en ningún caso se puede deducir un motivo de anulación del hecho de que un Alcalde, por ejemplo, no haya seguido con toda fidelidad el texto recomendado.

DEMANDA DEL DOCTOR HERNAN VILLAMARIN GUTIERREZ:

Como se vio de la relación pertinente, la demanda de este actor se fundamenta en el hecho de que cuando la Corte Electoral expidió el Acuerdo Nº 15 de 1962, previa verificación de los escrutinios de los votos emitidos para Senadores, Representantes y Diputados por la Circunscripción Electoral de Boyacá el 18 de marzo de 1962, no se habían verificado aún las elecciones en el Municipio de El Cocuy perteneciente a la Circunscripción mencionada. Y en cuanto a derecho se fundamenta en la consideración de que garantizando la Constitución el sufragio a favor de todos los ciudadanos, según lo dispuesto en el artículo 171, "no puede ser restringido, limitado, ni condicionado por el legislador ordinario, menos por el Gobierno Nacional, ni a fortiori, por el Gobernador de un Departamento". Agrega el demandante que "diferidas unas votaciones en uno o varios Distritos Municipales, los escrutinios departamentales no se pueden practicar hasta tanto no se realicen las votaciones aplazadas, porque mientras estén pendientes quiere decir que el proceso electoral en la respectiva Circunscr pción no ha concluido".

La conclusión suya es que el escrutinio y la declaración de elección contenidos en el Acuerdo Acusado, son nulos por cuanto al excluir los votos posibles del Distrito Municipal de El Cocuy, resultaron violados los artículos 171 de la Constitución y el 93 de la Ley 85 de 1916.

Para resolver se considera:

Es cierto que según lo dispuesto en los artículos 171 y 179 de la Constitución el sufragio se ejerce como función constitucional. Significa esto no solamente la consagración de un derecho a favor de los ciudadanos, sino también que el Estatuto, que por lo menos desde los tiempos del señor Samper se conoce entre nosotros con el nombre de Ley de Leyes, erigió el sufragio popular como fuente de formación de los Organos del Estado. Pero, ni el establecimiento de este hecho, ni

el reconocimiento de aquel derecho podían operar en abstracto, sino que era indispensable darles eficacia mediante la reglamentación conveniente. Fue lo que se contempló en el artículo 180 de la Carta al prescribir que "la ley determinará lo demás concerniente a elecciones y escrutinios, asegurando la independencia de unas y otras funciones".

Reglamentar el ejercicio de un derecho no es limitarlo, y por eso, y por lo que a la materia electoral se refiere, la misma Constitución provee de la competencia adecuada al Legislador, dejando a cargo de éste la expedición de las normas tendientes a reglamentar el sufragio en cuanto al lugar, el tiempo y el modo. Uno de estos reglamentos, precisamente la Ley 85 de 1916 en su artículo 93 dispone que: "En casos de trastorno del orden público el Gobernador del respectivo departamento, con aprobación del Gobierno diferirá las votaciones y avisará al público la nueva fecha en que ellas deben verificarse, con quince días de anticipación, por lo menos, en cada uno de los Distritos del Departamento". Entendiendo dar aplicación a esta norma, el Gobernador del Departamento de Boyacá difirió las votaciones en el Municipio de El Cocuy, mediante el Decreto 223 de 1962.

Una medida así guarda perfecta armonía con el texto constitucional pues tiende a garantizar la independencia de una elección y a preservar el sufragio de un factor que le enturbiaría en absoluto el significado.

Cuando la Corte Electoral practicó el escrutinio de los votos emitidos para Senadores, Representantes y Diputados en la Circunscripción Electoral de Boyacá el 18 de marzo de 1962, evidentemente no se habían verificado las elecciones en El Cocuy y ni siquiera había fecha señalada para ese efecto. ¿Imponía este hecho la suspensión de los escrutinios generales por Boyacá, como lo pretende el demandante, e impone ahora la anulación del Acuerdo de la Corte Electoral mediante el cual esa entidad declaró la elección por ese Departamento?

Primeramente se debe tener en cuenta que en el orden de los deberes que la Ley asigna a las diferentes autoridades, ninguna norma impone a la Corte, ni en general a las Corporaciones escrutadoras, la obligación de no hacer los escrutinios mientras haya electores sin sufragar, ya sea por suspensión de las elecciones con motivo de trastornos del orden público, o por abstención personal originada en una causa cualquiera. Por el contrario, el deber es ejercitar la función sobre los resultados obtenidos en la jornada de las ocho horas, pues, por una parte, a tales entidades se les sustrajo toda decisión sobre cuestiones jurídicas, y por otra, la ley entiende que al vencimiento de dicho término el debate electoral está concluido.

Lo positivamente irregular e ilegal, y por lo mismo, fundamento de nulidades, sería lo contrario: esto es, que la Corporación escrutadora hubiera dejado de computar registros por razones distintas á las que la misma ley establece. A esto se refiere el artículo 201 de la Ley 167 de 1941. Pero la causal que considera el actor en su demanda, no está contemplada en las leyes, siendo de observar que la misma disposición antes mencionada excluye tal causa desde luego que es indudable que se refiere a los registros existentes y presentes, y no a los meramente posibles. Tan cierto es esto que ni siquiera puede escrutar los que se hicieron pero no fueron introducidos oportunamente al arca triclave. Como se sabe, estos últimos no se pueden computar porque así lo determina un precepto legal.

Nada tan fácil para el Legislador, si así lo hubiese querido, como haber dispuesto, al preceptuar lo contenido en el artículo 93 de la Ley 85 de 1916, que en el caso de diferir las votaciones en un Municipio, los escrutinios generales no se pudieran realizar hasta que aquéllas se hubieran verificado. O establecer también, en el caso de suspensión de las votaciones en un Departamento o Circunscripción, que el escrutinio para el país no se verificara, mientras no se hicieran las votaciones diferidas, lo que sería lo lógico dentro de la concepción del proceso electoral **completo** de que habla el demandante. No lo estimó el Legislador así, y por el contrario, señaló con precisión las fechas en que los escrutinios deben verificarse.

También desde el punto de vista particular no consulta los intereses y aspiraciones de los electores que sufragaron el que se supedite la expresión de su voluntad a eventos inciertos, como el de que en un lugar determinado cesen las perturbaciones del orden y se puedan realizar los comicios. Y desde el punto de vista del interés público puede decirse que hay una razón de Estado en que se acate de inmediato la determinación popular que logró expresarse debidamente en las urnas. Esto porque el Estado no puede diferir la existencia de los órganos que lo forman.

La Corte Electoral no hizo otra cosa que acatar la Ley al verificar los escrutinios por la Circunscripción Electoral de Boyacá, y hacer la declaratoria de elección de que da cuenta el Acuerdo número 15 de 1962. Este acto es legal, y por lo mismo carecen de fuerza contra él los cargos de la demanda.

En otro orden de deberes correspondía al señor Gobernador de Boyacá señalar nueva fecha para las votaciones. Pero ni el acto de diferir éstas, ni la omisión de no haber hecho la nueva convocatoria dentro del término prudencial que hubiera permitido el escrutinio conjunto, ni la forma en que esa convocatoria se hubiere hecho, están ahora sub-

júdice. No puede esta Corporación,en consecuencia, hacer pronunciamiento ninguno a ese respecto. Ni sobre la temeraria estimación de que los actos de los agentes del Gobierno están inspirados por distinta intención de la que la ley les atribuye, invalidar actos de tales autoridades. Menos los de una autoridad distinta.

D E C I S I O N :

Por lo dicho anteriormente el Consejo de Estado en Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

Niéganse las súplicas formuladas en las demandas instauradas por los doctores Fidel Perilla Barreto y Hernán Villamarín Gutiérrez.

Notifíquese, cópiese y comuníquese a la Corte Electoral.

José Urbano Múnera. — Carlos Gustavo Arrieta. — Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Guillermo González Charry. — Alfonso Meluk. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez. — Jorge de Velasco Alvarez. — Alvaro León Cajiao B., Secretario.

ELECTORALES

I.—ACTAS DE LOS JURADOS DE VOTACION. Las que carecen de la hoja en donde deben ir las firmas de los integrantes del jurado, no constituyen el documento así llamado con propiedad. Importancia probatoria de estos documentos.

II.—REGISTROS ELECTORALES. Introducción extemporánea al arca triclave. La no existencia del acta que constate el hecho de la introducción, no significa que ellos no se hayan introducido a tiempo. Término de introducción de registros correspondientes a Corregimientos. Transitoriedad del Decreto Ley Nº 3325 de 1959: ella resulta, respecto de las normas que apenas en él tuvieron origen, no sólo de su epígrafe, sino de los antecedentes de la Ley 119 de 1959. El Decreto fue expedido con la finalidad determinada de regular las elecciones del 20 de marzo de 1960 y si bien es cierto que contiene disposiciones de carácter permanente, tal permanencia no resulta del Decreto mismo sino de que se hallan consignadas en estatutos anteriores.

III.—ALCANCE DE LOS FALLOS QUE DECIDEN ACCIONES ELECTORALES. Tesis del salvamento de voto suscrito por los Consejeros doctores Arrieta, Bonilla, Gutiérrez, Gómez Gómez y González Charry: El alcance de las sentencias proferidas en estos juicios tiene que ser "erga omnes" no sólo en cuanto a todos obliga e interesa, sino en cuanto, por ser la consecuencia de una acción pública, el fallo debe abarcar la integridad del registro afectado en relación con todas las personas, partidos o grupos a que él se refiera.

Consejo de Estado. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., 8 de julio de 1963.

(Consejero Ponente: Dr. GABRIEL ROJAS ARBELAEZ)

REF: Expediente Nº 1.923 relacionado con la demanda de nulidad formulada contra el Acuerdo Nº 07 de 26 de mayo de 1962, emanado de la Corte Electoral, por el cual se declaró la elección de senadores y representantes del partido conservador por la circunscripción electoral de Córdoba, para los períodos constitucionales de 1962 a 1964, y 1962 a 1966.

El doctor Ramón Martínez Vallejo, obrando en su propio nombre, pidió en demanda presentada el 8 de junio de 1962 se declarara la nulidad del Acuerdo Nº 07 del 26 de mayo del mismo año, originario de la Corte Electoral, y por el cual se declaró la elección de Senadores y Representantes del Partido Conservador por la Circunscripción Electoral de Córdoba y para los períodos constitucionales de 1962 a 1966 y 1962 a 1964, respectivamente.

"Pido igualmente —dijo el actor— que se ordene la rectificación del respectivo acto de declaración de elección de Senadores y Represen-

tantes, mediante un nuevo cómputo de votos que excluya los registros de los Municipios de Montería, Cereté, Ciénaga de Oro, Sahagún, San Carlos, Ayapel, San Marcos, Chinú, San Andrés de Sotavento, Caimito, Valencia, San Andrés, Tierralta, Lorica, Puerto Escondido, por cuanto están afectados de nulidad, e incluya aquellos otros ilegalmente anulados o no computados.

"Igualmente pido que, en consecuencia, se anulen las credenciales a los Senadores electos Miguel A. García Sánchez y Enán Burgos Perdomo (Principales) y Ramón Berrocal Fallach e Isaías Carriazo Ealo (Suplentes) y al Representante Eusebio Mendoza Castel (Principal) lo mismo que al suplente señor Gabriel Delgado A., expedidas con base en el Acuerdo acusado;

"Finalmente solicito que se señale día y hora para que, por parte de esa Corporación, se practiquen los nuevos escrutinios y se expidan las credenciales a quienes corresponda".

H E C H O S :

Para fundamentar su acción el demandante relacionó los hechos siguientes:

"1º) El 26 de mayo del año en curso la Corte Electoral hizo la declaración de elección de Senadores y Representante por la Circunscripción Electoral de Córdoba, en el Acuerdo Nº 07 de la misma fecha, correspondiente a las elecciones populares realizadas el 18 de marzo de 1962;

"2º) Según los registros totales computados las listas conservadoras para Senadores tuvieron los siguientes votos: lista encabezada por el doctor Miguel García Sánchez, 17.920; lista encabezada por el doctor Ramón Martínez Vallejo, 15.623; lista encabezada por el doctor Benjamín Burgos Puche, 2.623.

"3º) Según los registros totales computados las listas conservadoras para representantes obtuvieron los siguientes votos: lista encabezaad por el doctor Miguel Escobar Méndez, 17.625; lista encabezada por el doctor Joaquín Burgos Cordero, 15.695; lista encabezada por el doctor Carlos Rojas Correa, 2.414;

"4º) La Corte Electoral declaró la elección de los Senadores que integran la lista encabezada por el doctor Miguel García Sánchez, habiendo computado para ello registros que están afectados de nulidad;

"5º) Igualmente, y aplicando el cociente electoral, la misma Corte declaró la elección de dos (2) Representantes Principales y dos (2) Su-

plentes, de la lista que encabeza el doctor Miguel Escobar Méndez, habiendo computado para ello, los mismos registros afectados de nulidad;

"6º) Están afectados de nulidad, por carecer de firmas o por ser ellas insuficientes y en el peor de los casos por tener menos de tres, los registros que en seguida se mencionan:

Municipio de Cereté: Acta de escrutinios números 13, 16 y 22. Esta última corresponde al Corregimiento de Martínez.

Municipio de Valencia: Todas y cada una de las Actas de escrutinios correspondientes a los jurados de votación de la cabecera y de todos y cada uno de los corregimientos.

Municipio de San Andrés de Sotavento: Acta de escrutinios número 12, correspondiente al corregimiento de Barbacoas.

Municipio de Chinú: Actas de escrutinios correspondientes a los jurados de votación números 2 y 8 de la cabecera.

Municipio de Lorica: Actas de escrutinios correspondientes a los jurados de votación del Corregimiento de El Carito, números 2, 3 y otras sin número, que probablemente corresponda a la mesa número 1 o a otra distinta. Actas de escrutinios correspondientes a los jurados de votación números 1 y 5 del Corregimiento de Palo de Agua. Acta de escrutinios correspondientes a un jurado de votación del Corregimiento de Cotorra, que no tiene número.

Municipio de San Marcos: Actas de escrutinios correspondientes a los jurados de votación números 7, 8, 9 y 10.

Municipio de San Carlos: Acta de escrutinios correspondiente al jurado de votación número 1 del Corregimiento de Calle Mar o Campanito.

Municipio de Caimito: Acta de escrutinios correspondiente al jurado de votación número 1 de la cabecera.

Municipio de Ciénaga de Oro: Acta de escrutinios correspondiente al jurado de votación número 10 de la cabecera; Actas de escrutinios números 1 y 2 correspondientes al Corregimiento de Berástegui.

Municipio de Montería: Por ahora menciono las Actas correspondientes a las mesas números 1, 3 y otras sin número del corregimiento de Tres Palmas; la número 3 del Corregimiento de Loma Verde y una sin número del Corregimiento de La Manta.

Municipio de Sahagún: Por ahora menciono las mesas números 14, 20 y 21 de la cabecera; una del Corregimiento de Salitral, sin número; las números 23, 24 y otras sin número del Corregimiento de Colomboi; las mesas números 27 y 28 del Corregimiento de La Ye y la número 34 del Corregimiento de Arena del Norte. **Y las Tijeteras en San Antero.**

"7º) Las elecciones efectuadas en los Municipios de Montería, Cereté, Ciénaga de Oro, Sahagún, San Carlos, Ayapel, San Marcos, Chinú, San Andrés de Sotavento, Caimito, Valencia, San Antero, Tierralta y Puerto Escondido, además de los vicios señalados en el punto anterior, están afectadas de nulidad por estas otras razones: a) Porque se introdujeron en las respectivas arcas triclaves algunos registros fuera del término legal; b) Porque muchos registros se extendieron y firmaron en sitios distintos del local donde funcionaron muchos jurados de votación; c) Porque en muchos de esos lugares el número de sufragantes excedió del número de cédulas expedidas o inscritas en el respectivo lugar (cabecera o corregimiento) a favor de ciudadanos hábiles para ejercer el derecho del sufragio; d) Porque muchos de los registros son falsos o apócrifos, o falsos y apócrifos los elementos que sirvieron para su formación; e) Porque adolecen de graves errores aritméticos.

"8º) En los municipios enumerados en el punto anterior no se elaboraron las actas de introducción de los pliegos en el arca triclave, por lo cual no existe constancia del día y la hora en que fueron introducidos y, en consecuencia, los pliegos correspondientes son nulos y no debían computarse como en efecto lo hicieron los delegados de la Corte Electoral y la Corte misma.

"9º) En los Municipios de Montería, Cereté, Ciénaga de Oro, Sahagún, San Carlos, Ayapel, San Marcos, Chinú, San Andrés de Sotavento, Caimito, Valencia, San Antero y Puerto Escondido, los Registradores Municipales expidieron certificados para sufragar a ciudadanos cuyas cédulas de ciudadanía no habían sido expedidas en el respectivo Municipio, ni habían sido inscritas en la oportunidad legal, cédulas vigentes para el día de la elección del 18 de marzo del presente año en municipios distintos a aquellos en donde sufragaron los dichos ciudadanos, todo lo cual evidencia fraudes cometidos con la complicidad de los Registradores Municipales, lo que hace que sean nulos los registros porque en esa forma aparecen como falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para la formación de las Actas de escrutinios. Muchos de esos certificados están en blanco, es decir, que en ellos no consta ni el nombre del ciudadano ni el número de su cédula de ciudadanía, lo que equivale a una votación fantasma de ciudadanos anónimos, en tal forma que por ese concepto también son falsos o apócrifos los documentos que sirvieron para la formación de las respectivas Actas de escrutinios. Tal es el caso, verbigracia, de las mesas de votación números 1, 3, 4, 9, 11, 19, 20, 21 del mismo Municipio de Ce-

reté; 6, 8, 9 y 18 de Sahagún; mesas números 37 y 63 de la Mesa de Jaraquiel; una y dos del corregimiento de Tres Palmas en Montería. Aclaro que las mesas 37, 63, lo mismo que la de Jaraquiel, corresponden al Municipio de Montería.

"10) En los Municipios de Montería, Cereté, Ciénaga de Oro, Sahagún, San Carlos, Ayapel, San Marcos, Chinú, San Andrés de Sotavento, Caimito, Valencia, San Antero y Puerto Escondido los ciudadanos votaron sin ningún control, toda vez que no existían listas parciales de sufragantes ni las listas de los ciudadanos inscritos en oportunidad legal y no existen, por lo mismo, registros que den garantía de la autenticidad de las elecciones, todo lo cual hace que sean falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para la formación de las respectivas Actas de escrutinios. Esto sucedió, verbigracia, en las mesas números 30, 36 y 37 de Sahagún y en la mesa número 1 de Guacharacal, Corregimiento del Municipio de San Carlos.

"11) En los Municipios de San Andrés de Sotavento, Valencia, Puerto Escondido, Ciénaga de Oro, San Marcos, el número de sufragantes excedió del número de cédulas expedidas e inscritas en el respectivo Municipio a favor de ciudadanos hábiles para ejercer el derecho del sufragio. Por ahora menciono concretamente el caso de las mesas correspondientes a los Jurados de Votación 16, 21 y 22 del Corregimiento de Flechas y las mesas del Corregimiento de Barbacoas, ambos de la jurisdicción del Municipio de San Andrés de Sotavento.

"12(En el Corregimiento de Calle Mar o Campanito del Municipio de San Carlos los registros se extendieron y firmaron en sitio distinto del local en donde funcionaron los jurados de votación por lo cual son nulos.

"13) Por haber sido anuladas ilegalmente, en forma absurda e inexplicable, pido que se computen y escruten los votos emitidos en los siguientes lugares: Cereté, mesa número 24 del Corregimiento de Rabolargo; mesa número 2 del Corregimiento de Tres Piedras, en el Municipio de Montería; mesa número 1 del Corregimiento de Buenos Aires en el Municipio de San Pelayo; mesas números 9, 10, 13 (Buenavista), 9 (Alfonso López) del Municipio de Ayapel y mesa número 26 del Corregimiento de El Viejano, Municipio de Sahagún; y la mesa número 1 del Corregimiento de Guacharacal, en el Municipio de San Carlos.

"14) Los delegados de la Corte Electoral en el acto de los escrutinios realizados en Montería sobre las elecciones del 18 de marzo del presente año, decidieron escrutar y computar varias mesas correspondientes a actas de escrutinios que carecían de firmas o no tenían las suficientes, para lo cual utilizaron las actas que estaban en poder de los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado

Civil. Tal procedimiento es ilegal porque la ley sólo permite escrutar con copias de las actas de escrutinios cuando éstas no aparecen, se han extraviado o se han perdido y en este caso las actas existían, con el vicio de la carencia de firmas. El Consejo de Estado debe excluir del cómputo general de los votos tales registros. entre los cuales enumero los siguientes: mesas números 2 y 4 del Municipio de Cereté; mesa número 5 del Municipio de San Andrés; mesas números 18, 26 y 51 de la cabecera de Montería; mesas números 1, 2 y 3 del Corregimiento de La Manta; mesas números 1, 2 y 3 del Corregimiento de Leticia; mesas números 1, 2 y 3 del Corregimiento de Pueblo Bajo; mesas números 2 y 3 del Corregimiento de San Anterito; mesas 1 y 2 del Corregimiento de Santa Clara. Estos cinco últimos corregimientos son todos del Municipio de Montería; mesas números 13, 17, 38 y 39 de Sahagún; mesa número 9 del Municipio de San Antero y las correspondientes al Corregimiento de Tijeretas del mismo Municipio de San Antero.

"15) Con base en lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932 solicito la nulidad de las actas de escrutinios que adolecen de errores aritméticos, entre las cuales menciono por ahora las números 30, 48, 22 y 44 del Municipio de Montería, escrutadas por los delegados de la Corte con base en el Decreto 3325 de 1959, Decreto que tuvo un carácter transitorio y sólo para las elecciones de 1960, por lo cual no está vigente.

"16) Afirmo que el acta general de escrutinios elaborada por los delegados de la Corte para el Departamento de Córdoba, y en la que debe constar el resultado de las elecciones del 18 de marzo del presente año, con el detalle de la votación obtenida por las diferentes listas de candidatos a los cuerpos colegiados, contiene graves errores aritméticos particularmente teniendo en cuenta que en la dicha acta **no se consignan los resultados, mejor, se ignoran,** no obstante lo cual la Corte Electoral anota en el Acuerdo acusado los resultados de una votación realizada el 18 de marzo de 1962, sin que la misma Corte hubiera hecho escrutinios o recuento de votos en cada uno de los Municipios, mesa por mesa, como se probará en la oportunidad legal.

"17) Corrobora lo expuesto en el punto anterior, el hecho de que la Corte comisionó a uno de los visitadores de la Registraduría Nacional para estudiar los documentos electorales provenientes del Departamento de Córdoba, visitador que a su vez comisionó a más de un dactilocopista de la Registraduría Nacional del Estado Civil para que consultara directamente algunos documentos, dactilocopistas que una vez cumplida su tarea rindieron informes al visitador, los cuales sirvieron de base para redactar el proyecto de Acuerdo de la Corte Electoral, que fue acogido en todos sus puntos y al que sólo se le hicieron correcciones de redacción, todo lo cual evidencia positivamente que la Corte Electoral, como corporación escrutadora, no hizo realmente sino en apa-

riencia los escrutinios del Departamento de Córdoba, toda vez que no estudió ni analizó directamente los documentos electorales. Lo anterior explica que la Corte no se haya pronunciado sobre los casos de la mesa número 2 del Corregimiento de Tres Piedras en Montería; mesas números 23, 24, 26 del Municipio de Sahagún; mesa número uno del Corregimiento de Buenos Aires en San Pelayo; mesas números 10, 9, 13 (Buenavista); 9 de Alfonso López en el Municipio de Ayapel y sobre las mesas de Berástegui en el Municipio de Ciénaga de Oro y sobre la mesa número 1 de Guacharacal de San Carlos que sus delegados en Montería (los de la Corte Electoral) dejaron expresamente para su revisión, según consta en el acta de escrutinios elaborada por ellos en Montería en el mes de abril del presente año.

D E R E C H O :

En cuanto a derecho el demandante consideró violadas las siguientes disposiciones:

Numerales 2 y 4 del artículo 195 del Código Contencioso Administrativo.

Numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 196 del Código mencionado, artículos 197, 198, 200 y 205 del mismo.

Artículo 14 de la Ley 7ª de 1932; artículo 135 de la Ley 85 de 1916.

Numerales 3, 4 y 7 del artículo 51 del Decreto 3325 de 1959; artículo 164 de la Ley 85 de 1916; artículo 6º de la Ley 39 de 1961 y artículo 36 del Decreto 3325 de 1959, ya mencionado.

CONCEPTO DE LA VIOLACION:

El concepto de la violación de las disposiciones invocadas, lo expresó el demandante en los términos siguientes:

"Es indiscutible, señores Magistrados, la violación del numeral 2º del artículo 195 de la Ley 167 de 1941 y del numeral 7º del artículo 51 del Decreto 3325 de 1959 porque aparecen actas de escrutinios sin las firmas de los jurados de votación o con menos de la mayoría absoluta y en el mejor de los casos con menos de tres firmas. La nulidad salta a la vista de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y de la misma Corte Electoral, ahora variada por ésta en

forma inexplicable y absurda porque un Acuerdo de la Corte no puede modificar las disposiciones legales vigentes sino atenerse a ellas de modo riguroso e inflexible, tanto más cuanto que sus términos son claros y obvios y no son susceptibles de interpretación.

"Igual acontece respecto de las normas consagradas en el numeral 4º del mismo artículo 195 del C.C.A., en el numeral 5º del artículo 196 de la misma obra, en el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932 y en los numerales 3º y 4º del Decreto 3325 de 1959 porque hay exceso en las votaciones, anotándose la particular circunstancia de que la Corte en unos casos decretó la nulidad de los registros o se abstuvo de computarlos y en otros casos idénticos los computó, sin que sea posible explicarse esa doble conducta. El exceso de la votación respecto del número de ciudadanos hábiles para sufragar es cuestión que se establece en forma clara e indiscutible y por lo mismo no pueden prosperar interpretaciones de ninguna naturaleza.

"La aprocrifidad de los registros o de los elementos que sirvieron para su formación surge manifiesta y clara cuando se establece, señores Magistrados, que numerosos ciudadanos sufragaron con certificados en blanco, en donde no aparecen anotados ni el nombre del ciudadano ni el número de la cédula que le corresponde. Esta es una votación "fantasma", anónima y los tales certificados, que hacen parte de los documentos electorales, falsos o apócrifos, se han tenido en cuenta y con base en ellos se ha computado la votación realizada en los respectivos jurados de votación. Esta es la causal de nulidad a que se refiere el numeral 2º del artículo 196 del C.C.A.

"Respecto de la introducción extemporánea de los pliegos en el arca triclave tampoco es posible que prospere interpretación ninguna porque ella se establece documentalmente y surge de compulsar el acta de introducción de los pliegos en el arca triclave, en la que consta el día y hora en que se introdujeron, con la hora señalada legalmente para ello. Otra es la situación cuando no existen actas de introducción porque este es el único documento que sirve para acreditar legalmente el día y la hora en que se introdujeron los pliegos. Si el acta no existe, forzosamente hay que concluir que no está probado que hayan entrado regularmente porque interpretación opuesta equivaldría a derogar los términos señalados por la ley para tal evento, en tal forma que los pliegos, si así se razonara, podrían entrar cualquier día y a cualquier hora, sin consideración de ninguna clase de términos. Estas razones fundan el concepto de la violación a propósito de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 196 del C.C.A., por el artículo 36 del Decreto 3325 de 1959 y de los artículos 135 y 164 de la Ley 85 de 1916.

"Probado que el acta de escrutinios se elaboró en sitio distinto del local donde funcionó la corporación electoral, la causal de nulidad consagrada en el numeral 4º del artículo 196 del C.C.A. salta a la vista.

"Las normas del artículo 14 de la Ley 7ª de 1932, también violadas, son similares a varias de las ya estudiadas, precisamente al hacer el análisis de los artículos 195 y 196 del C.C.A., pero agrega que las Corporaciones Electorales pueden declarar nulidades referentes a errores aritméticos, lo que es diferente a hacer correcciones de los cómputos electorales, que fue lo que hicieron, en muchos casos, los delegados de la Corte en Montería.

"La violación del artículo 6º de la Ley 39 de 1961 es ostensible y evidente porque los Registradores Municipales en unos casos y los Presidentes de los jurados de votación en otros, expidieron certificados para sufragar a ciudadanos con cédulas vigentes en Municipios distintos a aquel en el que votaron".

A la demanda se opusieron los doctores Miguel Escobar Méndez, Enán Burgos Perdomo y Eusebio Mendoza Castell quienes confirieron poder para el efecto al doctor Juan Uribe Cualla. Este después de alguna actuación, sustituyó en el doctor César Castro Perdomo.

Ejecutoriado como está el auto de citación para sentencia, se procede a decidir al juicio previo el siguiente análisis de los cargos formulados en la demanda.

PRIMER CARGO: Corresponde al hecho sexto del libelo, y consiste en afirmar que las actas de escrutinios de las mesas de votación y Municipios que allí se relacionan carecen de firmas, o las que llevan son insuficientes según la ley.

Tales actas son las siguientes:

Municipio de Cereté: Actas de las mesas 13, 16 y 22, esta última correspondiente al Corregimiento de Martínez.

Acta Nº 13: No fue firmada por ninguno de los miembros del Jurado de Votación, según resulta de las copias de dicha acta que obran en autos y de lo dicho en el Acta de Escrutinio practicada por los delegados de la Corte Electoral.

Acta Nº 16: No se aportó copia de esta Acta; pero en el Acta de Escrutinio verificada por los Delegados de la Corte Electoral se hace

constar que el recuento de los votos se hizo sobre las papeletas porque el Acta de Escrutinio de la mesa tiene apenas dos firmas. No consta el total de los sufragios.

Acta Nº 22: La copia aportada por el actor y que fue expedida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, aparece apenas con las firmas de los vocales, señores Eleázar Otero P. y Gilberto Rhenals. La parte opositora presentó otra copia expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, en la que se hace constar que es copia de copia, y donde al frente de la antefirma: los Vocales, se lee: "Firmas Ilegibles", y más abajo: "fdo. Rafael Durango L. Firma ilegible".

Municipio de Valencia: No se trajo ninguna Acta de este Municipio. Al folio 184 del cuaderno de pruebas del demandante obra un certificado expedido por el señor Eduardo Erazo Espitia, Secretario del Tribunal Administrativo de Córdoba, en el que se dice que la mencionada Corporación no recibió copias de las Actas de Escrutinios correspondientes al Municipio de Valencia. Y en la parte pertinente del Acta de los Delegados de la Corte Electoral se lee: "Terminada la diligencia anterior y expedidas las credenciales correspondientes, se procedió a extraer el arca que contiene los pliegos electorales del Municipio de Valencia, y abrir también las actas respectivas para proceder al escrutinio de los votos para Concejales y al recuento de los mismos para Diputados, Representantes y Senadores, lo cual fue puesto en conocimiento de los asistentes por los Delegados de la Corte Electoral". Según el mismo documento de las SEIS mesas de la cabecera, cuatro, que fueron la 2, la 3, la 4 y la 6, aparecieron sin la última hoja, y por lo mismo sin la firma de los miembros del Jurado de Votación. La número 1, apareció apenas con la firma del Presidente.

Los Delegados de la Corte Electoral **no establecieron el número de sufragantes por Representantes y Senadores en las mesas 3, 4 y 5, de la cabecera de VALENCIA,** ni obra en autos documento alguno que permita conocer tal resultado.

En lo referente al Corregimiento de Villanueva del mencionado Municipio de Valencia, el recuento de los votos de la mesa número 1 lo hicieron los Delegados de la Corte sobre las papeletas "porque el Acta de Escrutinios no aparecía firmada por los Jurados", **pero no expresaron el número.** Respecto a las mesas 2 y 3 del mismo Corregimiento, no hubo por parte de los Delegados ni de los asistentes observaciones.

En el Corregimiento de Vijagual, donde hubo tres mesas de votación, los Delegados de la Corte hicieron el escrutinio sobre las papeletas, "en atención a que no vino completa el Acta de Escrutinios de la

mesa sino apenas la primera hoja".

Y en el de Río Nuevo, el recuento de los votos emitidos en las dos mesas de votación lo hicieron sobre las papeletas, en atención a que faltaba la página cuarta del acta de escrutinios, y **sin consignar el total de sufragios por listas y por mesas.**

Municipio de San Andrés de Sotavento:

Mesa Nº 12 del Corregimiento de Barbacoas: en el cuaderno de pruebas del demandante, folios 433 y siguientes, aparece copia del Acta de Escrutinios, expedida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, y de ella se ve que apenas suscribió ese documento el Presidente del Jurado de Votación señor Hernado Solar.

Municipio de Chinú:

Actas de las mesas de votación números 2 y 8: en el cuaderno de pruebas del demandante, folios 439 y siguientes se encuentran las Actas de Escrutinios correspondientes a las mesas de votación números 2 y 8. La primera aparece firmada sólo por el señor Roger Gallego V. como Presidente y por la señora Rocío Solano como Vocal. La segunda está firmada únicamente por el señor Lázaro Díaz como Presidente. Ambas copias las expidió el Tribunal Administrativo de Córdoba.

Municipio de Lorica:

Corregimiento de El Carito: mesas 1, 2 y 3. Presentó el demandante copias de las Actas de escrutinios 1, 2 y 3 del Corregimiento de El Carito, las que aparecen firmadas así: la número 1, por el señor Miguel Páez, como Presidente. La 2, por el señor Manuel Martínez, como Presidente y un Vocal ilegible. La 3, por el señor Manuel Isha Páez, como Presidente. Copias expedidas por el Tribunal.

Corregimiento de Palo de Agua, mesas 1 y 5: se trajo la copia del Acta de Escrutinio correspondiente a la mesa número 5, copia expedida también por el Tribunal Administrativo de Córdoba, y que está firmada únicamente por el señor Oscar Burgos como Presidente.

Corregimiento de Cotorra: no se trajo copia ninguna.

Municipio de San Marcos:

Aparecen las copias de las Actas correspondientes a las mesas 7, 8, 9 y 10, firmadas así: la 7, por los Vocales Carlos V., de Santis y Carmelina Sánchez G. La 8 por los señores Nicolás Torres y Sixto Lince.

La 9 por Ulises Vergara y Sofanor Viaña. La 10 por ninguno.

Municipio de San Carlos:

Corregimiento de Campanito: el Acta de escrutinio de la mesa número 1 de este Corregimiento se encuentra al folio 409 del cuaderno de pruebas del actor. Unicamente la firmaron los Vocales señores Arturo Sossa M. y Antolín Martínez. Pero en cambio la copia aportada por la parte opositora, y que fue expedida por el Registrador Nacional del Estado Civil, trae además la firma del Presidente, señor Arturo Valverde

Municipio de Caimito: Acta de la mesa número 1, cabecera. La firman únicamente los vocales Lelys Díaz Granado de Ricardo y Justino Ricardo.

Municipio de Ciénada de Oro: Acta de la mesa número 10 de la cabecera. Apenas la firman los Vocales Rodrigo Jiménez e Ivo Casseres.

Corregimiento de Berástegui: mesas 1 y 2. El Acta de la mesa número 1, la firman únicamente los dos Vocales. Las firmas son ilegibles.

El Acta de la mesa número 2 la firma apenas la Presidenta, señora Graciela D. de Vellojín.

Municipio de Montería:

Corregimiento de Tres Palmas: las Actas a que se refiere la demanda son las correspondientes a las mesas números 1 y 3, y otra sin número, las que vienen firmadas así: la número 1 por Manuel Pérez M., A. Berrocal, Rosendo García y Aníbal Salgado.

La número 3 por Félix Lenes D., Francisco A. Osorio y Luzmian Rivero.

La sin número por Luis C. Gómez, Enrique Mendoza, Jaime A. Plaza y Antonio Hoyos.

Corregimiento de Loma Verde: el Acta correspondiente a la mesa número 3 fue firmada apenas por el Presidente.

Corregimiento de La Manta: el Acta sin número fue firmada únicamente por el señor M. Londoño, uno de los Vocales. Esta Acta es la correspondiente a la mesa número 2. Son idénticos los Jurados de Vo-

tación y el número de sufragantes por cada lista. Según el Acta de los Delegados de la Corte, en Manta hubo tres mesas de votación. Faltaría el Acta de la mesa número 3.

Municipio de Sahagún: Actas de las mesas 14, 20 y 21 en la cabecera. El Acta correspondiente a la mesa número 14 visible al folio 360 del cuaderno de pruebas del actor, aparece firmada apenas por el señor Augusto Otero como Presidente.

No fue traída copia del Acta de la mesa número 20; pero en el Acta de los Delegados de la Corte Electoral se lee en este punto lo siguiente: "MESA Nº 20. Como la impugnación se hizo por estar el Acta de Escrutinios por sólo dos (2) encargados de la mesa (sic) y así lo estaba también el ejemplar de la Delegación, se efectuó el conteo sobre las papeletas, y se confirmaron los datos en dicha Acta, a la cual se remiten los Delegados".

La copia correspondiente a la mesa número 21, tiene apenas la firma del Presidente y uno de los Vocales. Por su parte el Acta de los Delegados de la Corte expresa a este respecto: "MESA Nº 21. Se efectuó el conteo sobre las papeletas y se comprobaron los resultados que figuran en el Acta de Escrutinio a la cual se remiten los Delegados".

Corregimiento de El Salitral: Al folio 389 del cuaderno de pruebas del actor obra copia del Acta correspondiente a la Mesa número 29 de este Corregimiento, la que aparece firmada únicamente por el señor Jorge S. Hoyos A., como Presidente. Además en el Acta de los Delegados de la Corte Electoral, se dice sobre esta mesa lo siguiente: "MESA 29, SALITRAL. Como faltan firmas en el Acta de Escrutinios, se procede a hacer el recuento sobre las papeletas que contienen los resultados que aparecen en dicha Acta a la cual se remiten los Delegados, siendo de advertir que las enmendaduras de que adolecen no son sustanciales sino algunos errores caligráficos".

Corregimiento de Colomboy: Actas de las mesas 23, 24 y otra sin número. Presentó el demandante copias de las Actas correspondientes a estas mesas, suscritas únicamente por el Presidente de cada Jurado, y con la constancia del Secretario del Tribunal Administrativo de que la hoja donde debían ir las firmas de los vocales no aparece. La parte opositora presentó a su vez copia del Acta número 23 firmada apenas por el Presidente, señor Martín Muñoz.

Presentó también copias del Acta correspondiente a la mesa número 25 o sin número, de que habla el actor, y que llevan sólo la firma del Presidente.

Debe anotarse respecto a las mesas 23, 24 y 25 de Colomboy, que los Delegados de la Corte se abstuvieron de computar los votos correspondientes, y que la Corte confirmó lo resuelto respecto a la mesa número 23, por no haber sido objeto de apelación por ninguno de los que presenciaban el escrutinio.

Corregimiento de La Ye. Mesas 27 y 28. Trajo el actor copias de las Actas de escrutinios de las mesas 27 y 28 que tienen apenas la firma del Presidente del Jurado y al pie al anotación del Secretario del Tribunal Administrativo de Córdoba, respecto a que la hoja donde debían ir las firmas de los Vocales no aparece.

Corregimiento Arenas del Norte: Acta de la mesa número 34. Sólo aparece suscrita por el Presidente del Jurado y el Secretario del Tribunal Administrativo anota que no aparece la hoja donde debieron ir las firmas de los Vocales.

Es de anotarse que los Delegados de la Corte Electoral dijeron sobre esta mesa: "Se rechaza la objeción porque no es que los Jurados hubieran omitido firmar el Acta de Escrutinio sino que falta la página 4ª de la misma".

Municipio de San Antero:

Corregimiento de Las Tijeretas: Mesa número 8. Al folio 436 del cuaderno de pruebas del actor, obra copia del Acta de Escrutinios número 8, expedida como las demás por el Tribunal Administrativo de Córdoba, y que apenas lleva la firma del Presidente del Jurado de Votación.

Como en el hecho número 7, el demandante afirma también que en los Municipios de Ayapel y Tierralta y en la población de Puerto Escondido, se verificaron los escrutinios sin que los Jurados de Votación tuvieran siquiera el quorum legal, procede hacer el e amen correspondiente.

Municipio de Ayapel:

Corregimientos de Buenavista y Alfonso López. Las pruebas aportadas por el actor son las copias de las Actas de Escrutinio de las mesas de votación números 10 y 13 del Corregimiento de Buenavista, y una del Corregimiento de Alfonso López. Dichas actas están firmadas así: la Nº 10 por Salomón Jaller, Guillermo Díaz y Rosalía de Vidal. La Nº 13 por Miguel Salgado P., José Vergara y dos nombres más ilegibles. La del Corregimiento de Alfonso López, por Bautista Alvarez,

Hernán Medina, Pedro E. Bancamonte, firma ilegible, F. M. Villadiego y Emma S. de García.

Municipio de Tierralta. Se allegaron las siguientes Actas: Una correspondiente a la mesa número 1 del Corregimiento de Celmira, y que está firmada por tres de los componentes del Jurado de Votación. Otra sin número del Corregimiento de Volador, que lleva también tres firmas. Y la última, referente a Nueva Granada, que no figura como Corregimiento de Tierraalta ni de ningún otro Municipio de Córdoba, y que por lo mismo no se debe tener en cuenta.

Población de Puerto Escondido. No se aportó prueba ninguna referente a esta población. Hay un Acta relativa al Corregimiento de Buenos Aires del Municipio de San Pelayo, pero ella no fue objeto de impugnación en la demanda, como otras que sin embargo fueron presentadas.

RESULTADO DE LAS PRUEBAS ADUCIDAS PARA FUNDAMENTAR EL PRIMER CARGO:

Según la relación que acaba de hacerse no fueron suscritas por siquiera tres miembros de los Jurados de Votación las Actas de Escrutinios correspondientes a las siguientes mesas y Municipios:

Municipio de Cereté: Cabecera.

Mesa número 13.

Mesa número 16. No se comprobó el total de los sufragios.

Corregimiento de Martínez.

Mesa número 22. En relación con esta mesa debe anotarse que aunque el señor apoderado de la parte opositora presentó otra copia expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, en la que se observa que es copia de copia, en virtud no sólo del mérito que se debe atribuir a un documento por su aproximación a la fuente originaria, sino también porqué según lo establecido en el artículo 15 de la Ley 31 de 1929, en caso de discrepancia judicialmente comprobada entre copias de Actas de Escrutinios, se deben preferir las expedidas por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo; la aportada por el actor es la que se debe tener en cuenta.

Municipio de Valencia. Cabecera.

Mesa número 1.

Mesa número 2.

Mesa número 3. Los Delegados de la Corte dijeron atenerse al Acta de Escrutinio y ésta no se conoce.

Mesa número 4. Los Delegados dijeron lo mismo que expresaron en cuanto a sufragios, y el Acta de escrutinio es desconocida. Se ignora, por consiguiente, el número de sufragantes.

Mesa número 5. Se ignora el número de votos.

Mesa número 6.

Corregimiento de Villanueva.

Mesa número 1. Se desconoce el número de sufragantes.

Corregimiento de Vijagual.

Mesa número 1.

Mesa número 2.

Mesa número 3.

Corregimiento de Río Nuevo.

Mesa número 1. Se desconoce el número de sufragantes.

Mesa número 2. Se desconoce el número de sufragantes.

Municipio de San Andrés de Sotavento.

Corregimiento de Barbacoas.

Mesa número 12.

Municipio de Chinú. Cabecera.

Mesa número 2.

Mesa número 8.

Municipio de Lorica.

Corregimiento de El Carito.

Mesa número 1.

Mesa número 2.

Mesa número 3.

Corregimiento de Palo de Agua.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Mesa número 5.

Municipio de San Marcos. Cabecera.

Mesa número 7.

Mesa número 8.

Mesa número 9.

Mesa número 10.

Municipio de San Carlos.

Corregimiento del Campanito.

Mesa número 1.

Municipio de Caimito. Cabecera.

Mesa número 1.

Municipio de Ciénaga de Oro. Cabecera.

Mesa número 10.

Corregimiento de Berástegui.

Mesa número 1.

Mesa número 2.

Municipio de Montería.

Corregimiento de Loma Verde.

Mesa número 3.

Corregimiento de La Manta.

Mesa número 2.

Municipio de Sahagún. Cabecera.

Mesa número 14.

Mesa número 20. Se desconoce el número de sufragantes.

Mesa número 21.

Corregimiento de Salitral.

Mesa número 29.

Corregimiento de Colomboy.

Mesa número 23. Esta mesa no fue computada por la Corte Elec-

toral.

Mesa número 24.

Mesa número 25.

Corregimiento de La Ye.

Mesa número 27.

Mesa número 28.

Corregimiento Arenas del Norte.

Mesa número 34.

Municipio de San Antero.

Corregimiento de Las Tijeretas.

Mesa número 8.

Verificado el recuento anterior es el caso anotar que respecto a la mesa número 1 del Corregimiento de Campanito, Municipio de San Carlos, cabe la misma consideración hecha e nrelación con la mesa número 22 del Corregimiento de Martínez, Municipio de Cereté. Esto es, que aunque se presentó otra copia expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, prima la expedida por el Tribunal Administrativo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 31 de 1929.

Con referencia a las "actas" que tienen apenas la primera hoja o que carecen de la última, y por lo mismo de aquella donde van las firmas de los miembros del Jurado de Votación, es evidente que no se trata del documento así llamado con propiedad, y que esencial y etimológicamente significa un todo. Sin esos documentos no queda comprobado que el escrutinio se verificó; y si la ley sanciona con la anulación las elecciones cuyos escrutinios no se hicieron ante siquiera la mayoría absoluta de los componentes del Jurado de Votación, con mayor razón se configura la nulidad cuando el Acta, prueba fundamental del escrutinio, no existe.

La ley confiere especial importancia al hecho de que los escrutinios se verifiquen en presencia por lo menos de la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación. La Ley es la 167 de 1941, artículo 195, numeral 2º, ley muy posterior a la 85 de 1916, por cuyo artículo 166, tácitamente derogado, se autorizaba al Gran Consejo Electoral para utilizar como elemento de prueba las papeletas, en el caso de que no se consiguiera acta alguna de escrutinio de una Circunscripción Electoral. Claramente se aprecia la justificación de la ley nueva, ya que no parece acertado atribuir mérito probatorio a unas papeletas que

pueden ser al mismo tiempo el propio elemento del fraude. Por lo demás, el escrutinio, acto colectivo, no puede ser reemplazado con ventaja, ni por el Acta de Instalación del Jurado, desde luego que un Jurado se puede instalar y desintegrarse en seguida, ni por la lista parcial de sufragantes o el registro general, que nada dicen respecto al número de personas que ejercitaron el sufragio, ni por el mismo registro de votantes, que es llevado por uno de los miembros del Jurado, y que bien puede adolecer de inexactitudes intencionales.

Debe anotarse también que el demandante no se cuidó de probar el número de votos depositados en aquellas mesas, de las que no se presentó Acta de Escrutinio, ni hubo alguna determinación al respecto por los Delegados de la Corte Electoral.

Debe anotarse además, que aunque en el cuaderno de pruebas del actor obran otras actas distintas a las que se han examinado, ellas no fueron impugnadas en la demanda.

Pero es evidente que las analizadas anteriormente fundamentan el primer cargo, y en consecuencia éste prospera.

SEGUNDO CARGO: corresponde a la letra (a) del número 7 de los HECHOS de la demanda, y consiste en afirmar que se introdujeron en las respectivas arcas triclave algunos registros fuera del término legal. Para demostrar lo afirmado se trajeron algunas certificaciones en que se hace constar que buscadas las actas de introducción no fueron halladas.

Pero el hecho de que no exista o no se encuentre el acta de introducción de pliegos al arca triclave, no significa que éstos no se hayan introducido a tiempo. El motivo de anulación específico que contempla el numeral 3º del artículo 196 de la Ley 167 de 1941, no es la falta de tales actas, sino que los pliegos no se hayan introducido en el término legal, hecho que necesariamente impone prueba específica.

Para fundamentar el cargo el actor aportó copia del acta de introducción de pliegos en el arca triclave de Montería, según la cual siendo las 4:30 p.m. del día diecinueve de marzo se introdujo un pliego correspondiente a la mesa número 1 del Corregimiento de Jaraquiel, y siendo las 4:50 p.m., se introdujeron los pliegos correspondientes a las mesas números 1, 2 y 3 que funcionaron en el Corregimiento de Tres Palmas.

Por la Resolución número 1.626 del 10 de octubre de 1961, expedida con fundamento en lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 3325 de 1959, la Registraduría Nacional del Estado Civil fijó los términos de entrega de los pliegos de los citados Corregimientos así: para Jara-

quiel antes de las 2 p.m. del lunes siguiente a las elecciones; para Tres Palmas antes de la misma hora. Según esto, dichos pliegos habrían sido entregados extemporáneamente.

Pero el Decreto 3325 de 1959 fue expedido con la finalidad determinada de regular las elecciones que debían verificarse el 20 de marzo de 1960; y si bien es cierto que él contiene disposiciones a las que se debe considerar como permanentes y no transitorias, tal permanencia no resulta del Decreto mismo, sino de que se hallan consignadas también en anteriores estatutos legales. Por el contrario la norma contenida en el segundo inciso del artículo 36 del Decreto 3325, citado, esto es, la que faculta a la Registraduría Nacional para fijar los términos de la distancia a cada lugar, de acuerdo con los medios de transporte de la región, no tiene antecedente ninguno; y por lo mismo, y a pesar de su bondad, se debe considerar como absolutamente transitoria, y aplicable sólo a las elecciones que se verificaron el 20 de marzo de 1960.

Consecuencia de lo anteriormente dicho es que la Resolución número 1.626 de la Registraduría Nacional no es aplicable a las elecciones verificadas el 18 de marzo de 1962; y no se pueden tener en cuenta los términos de entrega fijados en ella, y que por lo tanto la norma que se debe aplicar a este respecto es el artículo 130 de la Ley 85 de 1916. Según este precepto el término para entregar los pliegos provenientes de los Corregimientos no podrá ir más allá de las 12 m. del día siguiente a las elecciones, más el término de la distancia, contados a razón de dos horas por cada cinco kilómetros, sin computar las doce horas de la noche. Pero, como resulta evidente, quien alegare la extemporaneidad en la entrega de uno de los pliegos procedentes de Corregimientos tendrá que probar dos hechos: el primero, la hora en que los pliegos fueron entregados, y el segundo, la distancia entre el Corregimiento y la cabecera. El segundo de estos factores no ha sido probado en este juicio.

La transitoriedad del Decreto 3325 de 1959 en cuanto a las normas que apenas en él tuvieron origen, resulta no sólo del subtítulo del citado estatuto que expresa: "Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre las elecciones del 20 de marzo de 1960", sino también de los antecedentes de la Ley 119 de 1959, de los que se ve que en el espíritu del Legislador fue clara la intención de expedir normas especiales para el debate electoral del 20 de marzo siguiente. Este cargo no prospera.

TERCER CARGO: corresponde a la letra (h) del número 7 de los HECHOS, según el cual muchos registros se extendieron y firmaron en sitios distintos del local donde funcionaron muchos Jurados de Votación, y busca acreditar el motivo de anulación establecido en el numeral 4º del artículo 196 de la Ley 167 de 1941.

En el juicio sólo se contempla a este respecto el caso del Corregimiento de Calle Mar o Campanito del Municipio de San Carlos, donde, según las pruebas aportadas por el demandante, los escrutinios no se hicieron en Campanito, ni se extendieron las Actas allí, sino en la cabecera. Tanto el demandante como la parte opositora presentaron copias de las actas correspondientes a las tres mesas de votación del mencionado Corregimiento. El actor presentó además las declaraciones de los señores Rafael Simón de León Campillo, Pablo Vicente Polo Puche, Eduardo Laza Valverde y Carlos Espinoza Machado, declaraciones recibidas extrajudicialmente y ratificadas dentro del juicio, y que dicen:

CARLOS ESPINOZA MACHADO: Que como Delegado del Registrador Municipal del Estado Civil, y por cuanto siendo los encargados de las Mesas de Votación de Campanito personas inexpertas, "no se pudo hacer el día dieciocho (sic), a las dos de la mañana del día diecinueve resolvió irse para San Carlos con los votos de las mesas segunda y primera. Que los votos de la elección de Campanito fueron contados el día diecinueve en la casa del señor José Pérez, quien era Delegado de la Gobernación en San Carlos, la Cabecera. Que "las actas se hicieron en Campanito el día dieciocho, pero como no se pusieron de acuerdo fueron llevadas a casa del señor José Pérez en San Carlos para un recuento de votos y las actas fueron firmadas por los presentes, o sea el Presidente, el Vicepresidente y los Vocales".

EDUARDO LAZA VALVERDE: Que al pasar el diecinueve de marzo por la casa del señor José Pérez González vio una reunión y por curiosidad entró. Que averiguó por el motivo de la reunión y se le informó que estaban escrutando las mesas de votación de Calle Mar. Que vio allí a los señores Pablo Polo Puche, Personero de San Carlos, José Pérez González, dueño de la casa y Carlos Espinoza, Delegado de Calle Mar. Que no puede afirmar dónde hicieron las actas, ni quiénes las firmaron.

PABLO VICENTE POLO PUCHE: Que como Personero Municipal y por ausencia del Juez Municipal le correspondió ser Clavero, y que en esa condición fue llamado en las horas de la mañana del diecinueve de marzo a casa del señor José Pérez González, a presenciar la "contada" de unos votos del caserío de Campanito, Calle Mar. Que "en la casa del señor José Pérez no se llenó acta, pero tampoco sé dónde la llenarían, porque después que se contaron los votos yo me retiré y no se habían levantado actas".

RAFAEL SIMON DE LEON CAMPILLO: Que los escrutinios de las mesas de votación de Campanitos se hicieron el día diecinueve de marzo, en casa del señor José Pérez G., y que esto le consta porque asistió

personalmente en representación del Registrador Municipal del Estado Civil de San Carlos, por orden expresa que tenía de colaborar con dicho señor Registrador en su calidad de Oficial de Estadística Municipal, según telegrama número 0036, firmado por el señor Jorge Padrón, Visitador Municipal. Que en casa del señor José Pérez no se levantó ninguna acta de escrutinio, y que según ha oído decir fueron hechas tales actas en otro lugar que desconoce totalmente".

En el Acta de los Delegados de la Corte Electoral se lee que el doctor Berrocal presentó otras declaraciones tendientes a desvirtuar las anteriores, y que imponiendo la crítica testimonial estimaciones de derecho, cosa vedada a una entidad escrutadora, era procedente hacer el recuento y contabilización de los votos. Por su parte la Corte Electoral se solidarizó con sus Delegados. (Página 10 del expediente y del acto acusado).

No se conocen en este juicio las declaraciones que según lo dicho anteriormente presentó en el acto del escrutinio la parte opositora, lo que implica afirmar que no fueron ratificadas, como sí lo fueron las presentadas por el demandante. Tampoco se sabe quiénes rindieron aquéllas, y en cambio se ha visto que las últimas son dadas por el propio funcionario electoral, el Personero Municipal de San Carlos y el Oficial de Estadística Municipal del mismo Municipio. La crítica testimonial obliga a reconocer a éstas pleno valor probatorio.

Obviamente, el acta que es el registro de un hecho, no puede extenderse sino cuando éste ha ocurrido. Por lo mismo, si el recuento de los votos de Calle Mar, no se hizo en el Corregimiento sino en la Cabecera, necesariamente las actas debieron extenderse en la última. Ocurre, pues, la causal de nulidad establecida en el numeral 4º del artículo 196 del Código Contencioso Administrativo, y en consecuencia el cargo prospera.

Lo que no aparece claro es sobre cuáles de las mesas de votación de Campanito se hizo el recuento en San Carlos. Según las actas presentadas tanto por el actor como por la parte opositora, funcionaron en aquel Corregimiento tres mesas. Pero como según lo declarado por el señor Carlos Espinoza Machado, funcionario electoral de Campanito, los votos llevados por él fueron los correspondientes a la mesa primera y segunda, éstos son los que deben ser tenidos en cuenta para su exclusión del cómputo general.

CUARTO CARGO: Es el enunciado en la letra (c) del número 10 de los HECHOS, y en el número 11 de los mismos. Según ellos el número de sufragantes excedió el número de cédulas expedidas e inscritas

en el respectivo lugar. Concretamente el demandante mencionó las mesas 16, 21 y 22 del Corregimiento de Flechas, y las del Corregimiento de Barbacoas, ambos del Municipio de San Andrés de Sotavento.

El número de cédulas expedidas é inscritas en el Corregimiento de Flechas, según la Certificación del señor Registrador Nacional del Estado Civil, que aparece al folio 67 del Cuaderno Principal, certificación expedida el 10 de julio de 1962, era de 698. El número de sufragantes en las t es mesas de ese Corregimiento según las actas de escrutinio que obran en el juicio, fue de 658, cifra inferior a la primera.

El número de cédulas expedidas e inscritas para el Corregimiento de Barbacoas era de 129, según la misma certificación del señor Registrador Nacional del Estado Civil, anteriormente citada. Este número es superior al que figura en el acta de la mesa de Babacoas, acta que por otra parte no se puede tener como elemento de prueba, desde luego que de acuerdo con la propia impugnación del actor, se ha visto que no fue suscrita sino por uno solo de los miembros del Jurado de Votación. Este cargo carece de fundamento.

QUINTO CARGO: Corresponde al fo mulado en la letra (d) del hecho número 7. No lo concretó el demandante, ni obra ninguna prueba para fundarlo, a menos que se quiera dar ese carácter a las actas sin firmas o con firmas insuficientes anteriormente examinadas, y cuyo valor se determinó ya en razón de otro concepto. No tiene fundamento este cargo.

SEXTO CARGO: Es el enunciado en el número 8 de los HECHOS, y consistente en que en determinados Municipios no se elaboraron las actas de introducción de los pliegos al arca triclave. Este punto ya se analizó y se encontró sin fundamento. La impugnación por el sólo hecho de no existir las actas de introducción de los pliegos, no prospera.

SEPTIMO CARGO: Correspondiente a lo expuesto por el actor en el número 9 de los HECHOS. Ninguno de los factores, hechos o elementos que integran el cargo, figura entre los motivos de anulación que enumeran los artículos 195 y 196 de la Ley 167 de 1941. Por lo demás, la p ueba tendiente a demostrar el cargo fue la Inspección Ocular pedida por la parte actora, y como de ella se desistió, apenas se hizo el examen de las mesas 1, 3, 4, 9, 11, 19 y pa te de la 20 del Municipio de Cereté. Pero nada de lo observado en el curso de la inspección, como no indicar en el formulario Nº 16-A el número de la cédula, votar en mesa distinta a la que corresponde según el cupo numérico o aparecer votando, y aún votar con certificado del Registrador Municipal y cédula de otro Municipio, está erigido en motivo de anulación. Como se expresa en el Acuerdo acusado, el artículo 6º de la Ley 39 de 1961 que

crea el dicho certificado, sólo exige que el votante firme en un formulario que llevará también la firma del Registrador. Y si los formularios en uso llevan renglones para anotar el número de la cédula y otros datos, fue cuestión de la Registraduría Nacional que los ordenó así para mayor abundamiento. A la lista parcial de sufragantes también pudo haber sido llevada por error una cédula de cupo distinto, y entonces eso puede explicar que no aparezca el voto en la mesa correspondiente. Y en cuanto a la votación con cédula expedida en otro Municipio, y mediante certificado del Registrador, ello puede ocurrir porque el sufragante aunque inscrito fue omitido en la lista parcial. No prospera el cargo.

CARGO NUMERO OCHO: corresponde a lo expuesto en el HECHO primero de la demanda. Carece de prueba.

CARGO NUMERO NUEVE: corresponde a lo dicho por el actor en el HECHO 11. Como el anterior, carece de prueba.

CARGO NUMERO DIEZ: corresponde a lo dicho en el numeral 12 de los HECHOS. Fue analizado ya al considerar lo afirmado en la letra (b) del HECHO 7, y se declaró fundado.

CARGO NUMERO ONCE: corresponde a lo relacionado en el numeral 13. Consiste en que, según el demandante, fueron anulados ilegalmente los votos de las mesas de votación siguientes: 24 del Corregimiento de Rabolargo, Municipio de Cereté; 2 del Corregimiento de Tres Piedras, Municipio de Montería; 1 del Corregimiento de Buenos Aires, Municipio de San Pelayo; 9, 10 y 13 del Corregimiento de Buenavista, Municipio de Ayapel; 9 del Corregimiento de Alfonso López del mismo Municipio; 26 del Corregimiento de Viejano del Municipio de Sahagún; y 1 del Corregimiento de Guacharacal del Municipio de San Carlos.

Según el artículo 201 del C.C.A., cualquier particular puede ocurrir en demanda directa por la vía jurisdiccional contra los actos y decisiones de las Corporaciones Electorales, para que se anulen aquéllos o éstos, se rectifiquen, adicionen o revoquen las resoluciones de las Corporaciones Electorales por medio de las cuales se declare indebidamente una nulidad, o se computen votos a favor de ciudadanos que constitucional o legalmente no sean elegibles, o se hubiere dejado de computar un registro, o se haya anulado o cambiado el nombre de uno o varios candidatos.

En el caso a que se refiere el demandante, de lo que se trata es de la abstención de computar unos registros, abstención que hicieron los Delegados de la Corte, y que ésta confirmó, desde luego que no revoca

esas decisiones. Procede por lo tanto examinar la legalidad en haber dejado de computar tales registros.

Municipio de Cereté:

Corregimiento de Rabolargo. Mesa Nº 24. Los Delegados dijeron lo siguiente: "Con relación a esta mesa los Delegados encuentran que según el Acta de Escrutinio de la misma hubo 204 votos; que las papeletas que fueron recontadas arrojan un total de 207; que según el registro respectivo hubo 182 votantes; y que el total que resulta de las listas parciales de sufragantes es de 174".

El procedimiento cuando hay discrepancias entre el dato del Acta y el número de papeletas, es hacer la rectificación pertinente. Lo que ha de hacerse cuando el número de votos supera el registro de votantes, es, según el artículo 122 de la Ley 85 de 1916, quemar los excedentes, cosas que pueden hacer los escrutadores. Pero cuando lo que ocurre es exceso en las votaciones, en relación con el número de sufragantes hábiles para la respectiva elección (artículo 14 de la Ley 7ª de 1932 y 198 de la Ley 167 de 1941), lo que procede es la declaración de nulidad o la abstención del cómputo del registro. En el caso de esta mesa ocurrió ese exceso, y como no se sabe si en las **listas parciales de sufragantes** de que hablan los Delegados, se comprende únicamente el fragmento del censo general que se reparte a cada mesa o **la positiva lista parcial**, más la **lista de inscritos**, integrada por quienes tienen cédula de ciudadanía expedida en otro Municipio, y la **lista adicional**, formada con los nombres de quienes al tiempo de formar las listas tenían su cédula en preparación, motivo por el cual no figuran en ellas, pero que alcanzaron a obtener la cédula antes del día del sufragio, se carece de elemento de juicio para desvirtuar lo resuelto por los Delegados de la Corte Electoral y confirmado implícitamente por ésta. Conocidas la lista parcial y la lista de inscritos, bien podría haber quedado comprobado que no hubo exceso de votantes. Pero el actor no se cuidó o no pudo hacer aporte de esos factores, y en consecuencia, carece de fundamento lo pedido por él respecto a esta mesa.

Municipio de Montería:

Corregimiento de Tres Piedras: Mesa Nº 2. Como la anterior, se carece de elementos de juicio para establecer la ilegalidad de la actitud de los Delegados. No se encuentra en el Acta de los Delegados el pronunciamiento de que habla el actor respecto a las mesas 9 y 10 del Corregimiento de Buenavista, Municipio de Ayapel. Y en cuanto a la mesa número 13, tampoco hay elementos de juicio que permitan desvirtuar lo resuelto.

Lo mismo se observa en relación con las mesas restantes que en

el hecho número 13 cita el actor, sobre varias de las cuales anotaron los Delegados la falta total de actas de escrutinio, la falta de lista parcial de sufragantes y la falta de registro de votantes. No puede prosperar el cargo.

CARGO NUMERO DOCE: correspondiente a lo expuesto en el HECHO 14 de la demanda. Afirma la parte actora que los Delegados de la Corte procedieron ilegalmente al utilizar las actas de escrutinio que estaban en poder de los Delegados Departamentales, cuando las del sobre respectivo no tenían las firmas suficientes.

Este cargo carece de fundamento, porque precisamente el objeto de las varias copias es que cualquiera de ellas pueda servir para verificar la realidad del sufragio, estableciendo la Ley únicamente la prelación que en caso de discrepancia de datos, se da a las copias expedidas por los Tribunales Administrativos. (Artículo 15 de la Ley 31 de 1929).

CARGO NUMERO TRECE: La discrepancia en el Acta de Escrutinios entre la cifra total de sufragantes y los datos parciales por cada lista, no puede ser el error aritmético de que habla el artículo 14 de la Ley 7ª de 1932, desde luego que los escrutadores pueden rectificar esos números al verificar el recuento de las papeletas. Como en este hecho se basa el cargo anotado, se puede ver que no está llamado a prosperar.

CARGO NUMERO CATORCE y último. Lo fundamenta el demandantes (HECHO 16 de la demanda) en que los Delegados de la Corte al no consignar los resultados de todos los Jurados de Votación incurrieron en graves errores aritméticos.

Lo que resulta del acta es que los Delegados totalizaron los resultados por listas en la Circunscripción; que expresaron también el total en la mayoría de las mesas de votación, y que sólo en algunas dijeron remitirse al acta de escrutinio respectiva. Esto supone el conocimiento de los datos y el cómputo correspondiente, y así el error sólo se podría establecer mediante las actas mismas, y si los totales de ellas llegaran a alterar el total de la Circunscripción. No hay razón en el cargo.

D E C I S I O N:

Por lo expuesto el Consejo de Estado en Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1º) Es nulo el Acuerdo Nº 07 de 28 de mayo de 1962, expedido por la Corte Electoral, en cuanto ese acto declaró la elección de Sena-

dores y Representantes del Partido Conservador por la Circunscripción Electoral de Córdoba, para los períodos constitucionales de 1962 a 1966 y 1962 a 1964, respectivamente.

2º) En consecuencia se habrá de rectificar el acto de declaración de elección mediante un nuevo escrutinio del que se excluirán los votos conservadores correspondientes a los registros afectados de nulidad, conocidos en sus resultados numéricos, que según lo expuesto en la parte motiva son los siguientes:

Municipio de Montería:

Corregimiento de Loma Verde. Mesa Nº 3.
Corregimiento de La Manta. Mesa Nº 2.
Municipio de Cereté:
Cabecera. Mesa Nº 13.

Corregimiento de Martínez. Mesa Nº 22.

Municipio de Valencia:

Cabecera: Mesa Nº 1.

Mesa Nº 2.
Mesa Nº 6.

Corregimiento de Vijagual: Mesa Nº 1.
Mesa Nº 2.
Mesa Nº 3.

Municipio de San Andrés de Sotavento:

Corregimiento de Barbacoas. Mesa Nº 12.
Municipio de Chinú:
Cabecera. Mesa Nº 2.
Mesa Nº 8.

Municipio de Lorica:

Corregimiento de El Carito: Mesa Nº 1.
Mesa Nº 2.
Mesa Nº 3.

Corregimiento de Palo de Agua: Mesa Nº 5.

Municipio de San Marcos:

Cabecera: Mesa Nº 7.
Mesa Nº 8.
Mesa Nº 9.
Mesa Nº 10.

Municipio de San Carlos:

Corregimiento de Campanito: Mesa Nº 1.
Mesa Nº 2.

Municipio de Caimito:

Cabecera: Mesa Nº 1.

Municipio de Ciénaga de Oro:

Cabecera: Mesa Nº 10.

Corregimiento de Berástegui: Mesa Nº 1.
Mesa Nº 2.

Municipio de Sahagún:

Cabecera: Mesa Nº 14.
Mesa Nº 21.

Corregimiento de Salitral: Mesa Nº 29.

Corregimiento de Colomboy: Mesa Nº 24.
Mesa Nº 25.

Corregimiento de La Ye: Mesa Nº 27.
Mesa Nº 28.

Corregimiento de Arenas del Norte: Mesa Nº 34.

Municipio de San Antero:

Corregimiento de Las Tijeretas: Mesa Nº 8.

3º) Para dar comienzo al escrutinio, acto que de acuerdo con lo prescrito en la Ley 167 de 1941, artículo 239, debe ser practicado por esta Corporación, señálase el tercer día hábil siguiente a la ejecutoria de esta sentencia: hora 10 a.m.

Cópiese, notifíquese. Comuníquese a la Corte Electoral.

José Urbano Múnera. — Salvo mi voto, **Carlos Gustavo Arrieta.** Firmo salvando el voto, **Ricardo Bonilla Gutiérrez.** — **Alejandro Domínguez Molina.** — Con salvamento de voto, **Francisco Eladio Gómez G.** — Salvo el voto, **Guillermo González Charry.** — **Alfonso Meluk.** —**Gabriel Rojas Arbeláez.** — **Jorge A. Velásquez.** — **Jorge de Velasco Alvarez.** — **Alfonso León Cajiao B.,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Bogotá, D. E., ocho de julio de mil novecientos sesenta y tres.

Con todo respeto nos apartamos del contenido del fallo anterior, no porque estimemos que sus razonamientos sean en sí mismos errados, sino porque consideramos que, siendo correctamente fundado en los preceptos que en él se analizan, es, sin embargo, restringido en su alcance, que más se acerca a la solución de una acción privada que de una acción pública.

En efecto, es sabido, y así lo ha venido sosteniendo tradicionalmente el Consejo, que la llamada acción electoral es pública pues su objeto es entregar a los ciudadanos sin discriminación alguna, el poder de mover los órganos jurisdiccionales en demanda de una decisión que vueva por la pureza del sufragio. Así resulta de la simple lectura de los artículos 200, 201 y 202 de la Ley 167 de 1941 y de la intención del Legislador consultada a través de la exposición de motivos del proyecto de ley elaborado por el Consejo de Estado en el año de 1940. Por consiguiente la noción de interés jurídico para la proposición y adelantamiento de la acción, no tiene restricciones, ni en cuanto a la calidad de los demandantes, ni en cuanto al interés mediato o inmediato de los posibles coadyuvantes, opositores o intervinientes, ni, por consiguiente, en lo concerniente a la sentencia. Si lo que la ley busca es lisa y llanamente que los procesos electorales sean limpios y hacer de ellos no sólo la fuente misma de los poderes públicos sino de la confianza ciudadana, el fallo que el Consejo de Estado deba proferir, tiene la obligación de ceñirse a esos principios.

Consecuente con el planteamiento básico anterior, el Código trae una serie de normas a cuyo través se observa el desarrollo lógico del mismo, a saber:

a) La que hace nulos los registros de los jurados de votación cuando se han sucedido hechos que fatalmente afectan todo el registro (artículo 195);

b) La que proyecta esta misma nulidad sobre los registros de toda corporación electoral por causas que afectan, también en forma necesaria, la totalidad del registro (artículo 196);

c) La que, cuando la elección se hace por medio de ternas, permite su nulidad cuando el vicio se encuentra en ellas y no en el acto final (artículo 193);

d) La que, cuando se trata no propiamente de causales de nulidad, sino de "otra irregularidad cometida en el cómputo o acumulación de votos", permite la rectificación de los escrutinios para que "se declare el verdadero resultado de la elección" (artículo 207);

e) La que hace nula "toda elección" cuando los votos emitidos en ella lo hayan sido contrariando el sistema electoral vigente (artículo 204);

f) Y finalmente la que manda que cuandoquiera que sea declarada la nulidad de un registro, "deberá ordenarse que se excluyan del cómputo general los votos en él contenidos" (artículo 197).

Si, pues, la elección popular o de corporación especial se consuma en un sólo acto; si de todo él se toma nota y da fe en un documento que se llama "registro"; si respecto de aquél y de éste se ha permitido fulminar una nulidad cuando adolece de alguno de los vicios que ya se anotaron; si esa nulidad puede pedirla cualquier persona y si, finalmente, una vez declarada, la consecuencia forzosa es la exclusión de los votos de que da cuenta el respectivo registro, no parece caber duda de que el alcance de la sentencia tiene que ser erga omnes, no sólo en cuanto a todos obliga e interesa, sino en cuanto, por ser la consecuencia de una acción pública, ella debe abarcar la integridad del registro afectado en relación con todas las personas, partidos o grupos a que él se refiera.

No nos parece atendible el argumento de que el fallo debe guardar relación con lo que en la demanda se pide, para sostener que aquél puede referirse tan sólo a la persona, partido o grupo que subjetivamente considera tener interés en la elección o en el registro; porque tal razón es lógica cuando de acciones privadas se trata, uno de cuyos principios fundamentales es el de señalar para el Juez, como límite de su capacidad decisoria, el mismo de la relación jurídico procesal, o sea, el que queda señalado y circunscrito con la contestación de la demanda. En las acciones públicas la sentencia tiene el deber de arre-

glarse más que a los intereses particulares, que son secundarios, a los de la ley que son tutelares del interés general. Por otra parte, la naturaleza de una acción como la que ha motivado este juicio, no depende de la denominación, limitación o extensión que voluntariamente le den quien o quienes asuman la condición de demandantes, sino que es señalada por el legislador y a ese señalamiento debe sujetarse el Juez. De ahí por qué consideramos como notoriamente impropia una decisión que, aunque propuesta sólo por personas de un sólo partido y para efectos concretos relacionados con su interés de representación en el Congreso, no comprenda la totalidad de los votos que según el registro pertinente se consignaron, también, por otras personas y partidos, cuando está precedida de una declaración de nulidad de tal registro que por igual comprende los votos de unos y otros. Y es que, además, y precisamente por ser el ordenamiento legal como nosotros lo entendemos, resulta irritante que un registro anulado por vicioso, pueda ser simultáneamente fuente de sanción para el interés de un grupo y de poder para el otro. Creemos que cuando la ley manda excluir del cómputo general los votos contenidos en el registro anulado, se refiere a la totalidad de tales votos, quienquiera sea el favorecido por ellos, porque lo que se busca es, se repite, la pureza del sufragio sin reparar en el interés particular de nadie.

Lo anterior no quiere decir que en algunos juicios, y ello, no por la naturaleza de la demanda, sino de la acción misma, la sentencia deba restringirse a casos especiales, como cuando de varias ternas que han servido para integrar una corporación, no todas están viciadas, o como cuando de una plancha de candidatos, sólo hay algunos que por circunstancias especiales son inelegibles, o como cuando de los posibles elegidos, dos o tres solamente dejaron de cumplir requisitos especiales para la validez de su elección. Mas en tales casos, no se trata en modo alguno de que la acción electoral haya dejado de ser pública para tornarse en privada, ni de que el interés general haya cedido en beneficio del particular, sino sólo de que la misma ley, en gracia de la particularidad de las circunstancias, ha limitado el contenido del fallo con el objeto de buscar un correctivo al daño previsto, para, por este diferente camino, proveer también a la pureza del sufragio.

Es por lo anterior que nos apartamos del fallo llamando seriamente la atención del Consejo sobre el particular, para que en próximas decisiones se examine el punto con la mayor atención y se asuma en forma concreta una posición sobre la materia.

Guillermo González Charry. — Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Francisco Eladio Gómez. — Carlos Gustavo Arrieta.

ELECTORALES

1.—REGISTROS ELECTORALES. Extemporaneidad en la entrega de los correspondientes a los corregimientos. Transi oriedad del artículo 36 del Decreto Ley Nº 3325 de 1959.

II.—EXCESO EN EL TERMINO DE LA VOTACION. El hecho de que en el acta respectiva no haya constancia de la hora en que comenzó o de la en que concluyó la vo ación no destruye la presunción legal de que la jornada transcurrió den ro del tiempo señalado por la ley. Por o ra parte, ese hecho no está erigido en causal de nulidad aunque en sí mismo sea irregular y pueda dar lugar a sanciones de carácter administrativo para los funcionarios responsables.

Consejo de Estado. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., julio nueve de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY)

Ha venido en apelación interpuesta por el actor Gil Aguancha la sentencia que el Tribunal Contencioso Administrativo de Santa Marta dictó en este negocio el 30 de noviembre de 1962, por el cual negó las peticiones de la demanda consistentes, primeramente, en la nulidad del Acuerdo número 11 de 20 de junio del año expresado procedente de la Corte Electoral por el cual se declaró la elección de Diputados a la Asamblea del Magdalena, y como consecuencia de dicha nulidad la rectificación del escrutinio verificado por la misma Corte para que se declaren electos y se otorguen credenciales como Diputados Principal y Suplente, en su orden, al propio doctor Gil Aguancha Jiménez y a Guillermo Quirós, afiliados ambos al partido liberal.

Surtidos los trámites propios de la instancia, sin vicio alguno, el señor Fiscal Primero del Consejo ha conceptuado que se confirme el fallo recurrido porque los dos cargos fundamentales que plantea la demanda, a saber, extemporaneidad en la entrega de los pliegos procedentes de los jurados de votación de algunos corregimientos y exceso en el término de la votación en otros lugares, no pueden prosperar ya que, en cuanto al primero, no es aplicable el artículo 36 del Decreto 3325 de 1959 sino el artículo 130 de la Ley 85 de 1916, y porque, respecto del segundo, el hecho no está erigido en causal de nulidad.

Se considera:

Respecto del primer cargo, ya el Consejo ha tenido oportunidad de decir (sentencia de julio 8 de 1963) que evidentemente el artículo 36 del Decreto citado, expedido por el Gobierno en virtud de las facultades extraordinarias que le otorgó la Ley 119 de 1959, en su artículo 7º, era un precepto de carácter transitorio que, como la mayor parte de

las normas nuevas de ese Estatuto, estaba encaminada a organizar lo concerniente a las elecciones populares de 1960. Un examen cuidadoso de la historia de la Ley 119 conduce inequívocamente a la conclusión apuntada, pues de ella se deduce que el Congreso, teniendo en cuenta que algunos de los preceptos vigentes en ese momento sobre régimen electoral se contenían en Decretos expedidos bajo la invocación del artículo 121 de la Constitución, y por tanto esencialmente transitorios, que por otra parte la vigencia de todos ellos iba a concluir con el agotamiento del término señalado por la Ley 2ª de 1958, y que finalmente, las Cámaras en el ngustioso tiempo de que disponían hasta la clausura de las sesiones del Congreso, no podían expedir un estatuto completo sobre la materia, optó por investir al Presidente de la República de facultades extraordinarias para que, en parte, expidiera las normas de carácter transitorio indispensables para realizar las elecciones de 1960. Ello explica por qué muchas de las normas del Decreto en mención no sean sino la reproducción de otras contenidas en leyes que siguen vigentes y en decretos que más tarde adquirieron firmeza legislativa. Cumplidas por tanto aquellas elecciones, las normas correspondientes del Decreto perdieron su aplicabilidad, pues su carácter de transitorias emanó de la propia voluntad del Congreso y no puede por tanto inferirse que el Presidente estuviera autorizado para dar a estas reglas el carácter permanente que usualmente tienen las que dicta cuando está investido por este género de facultades. Así las cosas y rigiendo para las elecciones de 1962, y para el caso de autos, el artículo 130 de la Ley 85 de 1916, el cargo de extemporaneidad en la entrega de los pliegos de los corregimientos sólo puede demostrarse acreditando la distancia respectiva entre ellos y las cabeceras municipales correspondientes así como la hora precisa en que fueron entregados, lo que no se ha hecho en el presente juicio.

En cuanto al segundo cargo, como lo anota el señor Fiscal, se trató de probar mediante una inspección ocular que practicó el Tribunal de primera instancia (fl. 68 y ss. en concordancia con el fl. 42) sobre los documentos respectivos que reposaban en el mismo Tribunal, con el resultado de que en la Mesa número 5 de la cabecera de Codazzi no se indica la hora de comienzo de la votación sino sólo la de terminación que fue a las 5 y media p.m.; en el número 7 no se señaló ni una hora ni la otra; en la 18 se dice que la votación comenzó a las 9:30 y se cerró a las 9:30 p.m.; y en la número 6 del corregimiento de Becerril ocurrió lo últimamente anotado. Respecto de la 1ª y 2ª mesas mencionadas el cargo no puede prosperar pues el hecho de que en el acta respectiva no haya constancia, en un caso, de la hora en que se inició la votación, y en el otro de la en que comenzó y se terminó, no es suficiente para destruir la presunción legal de que el acto electoral transcurrió dentro del tiempo señalado por la ley (8 horas); y en relación con las demás a que la inspección ocular se refiere, ciertamente el hecho no está erigido en causal de nulidad, aunque en sí mismo

sea irregular y pueda dar origen a sanciones de carácter administrativo para los funcionarios responsables. Así lo resolvió el Consejo en sentencia de 6 de mayo de 1959, reiterada en las de 13 de mayo del mismo año y 13 de octubre de 1961, en doctrina que, por suficientemente conocida, no es el caso de transcribir.

Por lo expuesto el Consejo de Estado en Sala Plena, 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, CONFIRMA, aunque en parte por razones diferentes, la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José Urbano Múnera. — Guillermo González Charry. — Jorge de Velasco Alvarez. — Alfonso Meluk. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Francisco Eladio Gómez. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez. — Alvaro Cajiao Bolaños, Secretario General.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO VI — REVISION DE RECONOCIMIENTOS

REVISION DE RECONOCIMIENTOS

SUBOFICIALES DEL EJERCITO: PENSIONES DE INVALIDEZ ABSOLUTA. A partir del artículo 41 de la Ley 2ª de 1945, las pensiones por invalidez absoluta para suboficiales del Ejército dejaron de ser fijas para convertirse en oscilantes, de acuerdo con el grado y arma del interesado. Es en el texto y sentido de esta disposición, donde aparece por primera vez la variabilidad de las pensiones de este género y el aumento de su cuantía, que de la suma fija que señalaban los Decretos 96 de 1941 y 1025 de 1942, pasa a ser igual a la totalidad del sueldo. Por ello, para estos casos especiales no es necesario recurrir al artículo 1º de la Ley 5ª de 1946, aclaratorio del 34 de la Ley 2ª de 1945, referentes al retiro por llamamiento a calificar servicios, ni al 1º de la Ley 100 de 1946, atinente a sueldos de retiro corrientes y no a casos de retiros por invalidez.

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., veintidós de abril de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY)

Luis Aníbal Pérez, quien sirvió como suboficial del Ejército durante 7 años y 6 días quedó totalmente inutilizado para oficios civiles y militares por consecuencia de lesiones sufridas en la campaña del sur (conflicto armado Colombo Peruano), fue retirado del servicio y pensionado con $ 30.00 mensuales con apoyo en lo dispuesto por el primer artículo de la Ley 99 de 1936, especialmente dictada para los inválidos de dicha guerra. La Resolución del Ministerio del ramo por la cual se hizo el reconocimiento es la número 903 de 1943 y fue aprobada por el Consejo de Estado según sentencia suya de 14 de diciembre del mismo año. Posteriormente se pidió al Ministerio la modificación de la pensión para que se acomodara a nuevas reglas legales que en sentir del actor aumentan su cuantía, pero intempestivamente el actor desistió del trámite administrativo, según consta de autos, por considerar que la revisión correspondía al propio Consejo de Estado. Acudióse a él, cuya Sala de Negocios Generales, en fallo de 9 de junio de 1962, rechazó la demanda por inepta toda vez que no se invocó concretamente ninguna causal de revisión que sirviera de apoyo a lo pedido.

Ahora nuevamente se intenta la acción revisoria que, fundada en las dos causales señaladas por el artículo 165 de la Ley 167 de 1941, regla 6ª, pide la revisión de los dos fallos citados y en su lugar uno nuevo que mande pagar al demandante una pensión de invalidez igual a la totalidad del sueldo correspondiente a su grado, con las oscilaciones de rigor según los sueldos del mismo en todo tiempo y ello a partir del 19 de octubre de 1957, 3 años antes de haberse hecho al Ministerio de Guerra el reclamo a que antes se hizo referencia.

Se dice en la demanda que el Ministerio violó por mala interpretación o falta de aplicación, los siguientes preceptos: artículo 16 del Decreto 96 de 1941; 17 del Decreto 1025 de 1942; 41 de la Ley 2ª de 1945 en concordancia con el 1º de la Ley 5ª de 1946; 34 de esta última; 19 de la Ley 100 de 1946; 26 de la Ley 82 de 1947; 8º de la Ley 100 de 1946 y 17 del Decreto 325 de 1959, y, finalmente, el 110 del Decreto 501 de 1955. A través del estudio de estas disposiciones el apoderado del actor concluye que la pensión de éste dejó de ser por cantidad fija para convertirse en variable y que además para el caso de suboficiales retirados por invalidez absoluta ella equivale a la totalidad del sueldo y no a una simple proporción del mismo. El señor Fiscal 2º de la Corporación ha considerado que el demandante tiene derecho a lo que pide y que de consiguiente la sentencia debe decretar la pensión de invalidez en la cuantía equivalente al sueldo de actividad que en todo tiempo devengue un Cabo 2º de las Fuerzas Armadas.

Se considera:

Cuando se hizo el reconocimiento por el Ministro de Guerra, se encontraban vigentes tres disposiciones para casos de suboficiales del Ejército retirados por invalidez absoluta: El artículo 1º de la Ley 99 de 1936, conforme al cual los individuos que por causa del conflicto armado con el Perú sufrieren una grave deformación física tendrían derecho a una pensión perpetua de $ 30.00 mensuales; el artículo 16 del Decreto 96 de 1941, según cuyas voces los suboficiales que a juicio de una Junta de Médicos Oficiales fueran retirados del Ejército antes de cumplir 10 años de servicios, por invalidez absoluta, tenían derecho a una pensión mensual vitalicia en cuantía del 40% de su último sueldo más $ 2.00 diarios por cada año de servicios prestados o fracción mayor de seis (6) meses; y el artículo 17 del Decreto 1025 de 1942 que dispuso lo mismo que el que se acaba de citar, con la sola diferencia de que el tiempo de servicios se reducía a 8 años. La demanda estima que las dos últimas normas mencionadas se violaron por falta de aplicación del Ministerio ya que, en su concepto, eran más favorables al actor que la Ley 99 de 1936 en que se fundó el reconocimiento.

Este cargo no es atendible, porque los Decretos de 1941 y 1942 que se han citado, lejos de hacer oscilante la pensión de invalidez de los suboficiales, la señaló en una cantidad determinable y fija que se tomaba sobre el último sueldo devengado y se aumentaba en $ 2.00 por año de servicios. Además si se tiene en cuenta que el sueldo devengado por el demandante para los efectos del reconocimiento, y que consta en autos, era de $ 25.00 mensuales, su pensión de invalidez al haberse aplicado una de las dos normas habría sido de $ 24.00 al mes, inferior a la que le fue reconocida. De donde se concluye que el Minis-

terio de Guerra al dar aplicación al artículo 1º de la Ley 99 de 1936 escogió para el actor la disposición más favorable puesto que de ella le resultaba una pensión mayor.

En lo que se refiere a la causal 2ª contenida en la regla 6ª del artículo 165 del Código de lo Contencioso, es improcedente, pues la sola lectura de la fecha en que fue expedida la Resolución de reconocimiento y dictada la sentencia aprobatoria del Consejo de Estado así como de las leyes que se estiman violadas y que comienzan en el año de 1945, con la número 2, indica a las claras que ni el Gobierno ni el Consejo de Estado pudieron dejar de aplicar o interpretar mal unos preceptos legales que no se habían expedido.

Cuanto a la invocación de la primera causal de la misma regla 6ª, consistente en haber sido aumentadas las pensiones de invalidez de los suboficiales con posterioridad al reconocimiento, se tiene lo siguiente:

Ya se vio cómo entre 1936 y 1942, las pensiones de invalidez por incapacidad absoluta no eran oscilantes en relación con el sueldo del grado. A partir de allí el legislador cambia de actitud en relación con las pensiones y sueldo de retiro del personal militar, para establecer en ellas una variabilidad proporcionada a las asignaciones que en todo momento tengan el respectivo grado y arma, tal como se registra en el artículo 34 de la Ley 2ª de 1945. Pero específicamente en lo que respecta a las pensiones de invalidez de los suboficiales, el artículo 41 de la misma ley abandona las cantidades fijas a que preceptos anteriores se referían, y consagra una prestación cuantitativamente igual al sueldo y sin consideración al tiempo de servicios. Los términos del precepto son los siguientes:

"Si el retiro de que trata el artículo anterior se produjere por invalidez absoluta y permanente para toda clase de actividades, tanto militares como civiles, adquirida en el servicio, cualquiera que sea el tiempo de éste, el oficial o suboficial tendrá derecho a una asignación mensual de retiro pagadera por la Caja respectiva, igual al sueldo de actividad correspondiente al grado que tenía en el momento de ser retirado".

Es, pues, en el texto y sentido de esta propia disposición donde aparece por primera vez la variabilidad de las pensiones de invalidez para suboficiales en relación con el sueldo del grado, y el aumento de su cuantía, que de un 40% del sueldo más $ 2.00 por año de servicio (D. 1941 y 1942), pasa a ser igual a la totalidad del sueldo. Por tanto para estos especiales casos no es preciso recurrir al artículo 1º de la Ley 5ª de 1946, aclaratorio del 34 de la Ley 2ª de 1945, porque éste no se refería a casos de retiro por invalidez absoluta sino al general de

retiro por llamamiento a calificar servicios. Respecto del artículo 1º de la Ley 100 de 1946, tampoco es aplicable como lo sostiene el demandante porque de una parte él se refiere a sueldos de retiro normales y no a casos de retiros por invalidez, y porque, en razón de lo mismo y aunque manteniendo el criterio de fluctuabilidad, limita su cuantía a un 50% del sueldo correspondiente; es decir, que implicaría una disminución de otro tanto para las pensiones de invalidez. Finalmente se observa que la garantía del artículo 41 de la Ley 2ª de 1945 se reafirma para subof ciales retirados por invalidez absoluta en el artículo 110 del Decreto Legislativo número 501 de 1955 al consagrar nuevamente para ellos una pensión mensual igual al sueldo de actividad correspondiente al grado que se tenga en el momento del retiro.

Se tiene, pues, en conclusión, que la primera causal de la regla 6ª del artículo 165 de la Ley 167 de 1941 está demostrada pues de las normas que acaban de citarse aparece claramente que las pensiones por invalidez absoluta para suboficiales del ejército dejaron de ser en cantidad fija a partir de la Ley 2ª de 1945 para convertirse en oscilantes de acuerdo con el grado y arma del interesado. Pero el reconocimiento no se hará a partir de la fecha en que lo solicita el demandante porque la petición hecha al Ministerio de Guerra no tiene el efecto de un hecho interruptor de la prescripción, ya que como antes se dijo, y como consta en los autos (fl. 45 exp. Admvo.), dicha petición fue desistida impidiéndose así cualquier decisión de carácter administrativo, y tal desistencia tiene en derecho el alcance de dejar las cosas como estaban antes de iniciarse el reclamo, o lo que es lo mismo tenerlas como si éste no se hubiera producido. Se aplicará por tanto la doctrina corriente del Consejo fundada en el artículo 151 del Decreto 2158 de 1948 que señala en tres años la prescripción de las acciones que nazcan de las leyes sociales, los cuales y para este caso se contarán hacia atrás a partir de la fecha en que la admisión de la demanda fue notificada al Fiscal de la Corporación (febrero 18 de 1963).

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, de acuerdo con el concepto fiscal, REVISA su fallo de 14 de diciembre de 1943 confirmatorio de la Resolución número 903 de 7 de septiembre de 1943 dictada por el Ministerio de Guerra, por los cuales se reconoció a Luis Aníbal Pérez Mariño una pensión de invalidez de $ 30.00 mensuales y en su lugar DISPONE que por el Ministerio de Guerra se pague al mismo individuo mientras permanezca inválido una pensión igual a la totalidad del sueldo que en todo tiempo corresponda a un Cabo 2º del Ejército, a partir del diez y ocho (18) de febrero de mil novecientos sesenta (1960). Para liquidar esta pensión se tendrán en cuenta todos los factores económicos que legalmente hagan parte del sueldo para los efectos indicados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente administrativo.
Jorge de Velasco Alvarez. — Guillermo González Charry. — Alfonso Meluk. — José Urbano Múnera. — Marco A. Martínez B., Secretario.

* * *

REVISION DE RECONOCIMIENTOS

SERVICIOS POSTERIORES AL RECONOCIMIENTO. No constituyen un hecho que pueda dar lugar a un juicio de revisión del respectivo reconocimiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa con apoyo en la causal 3ª del artículo 165 de la Ley 167 de 1941, pero si son causa de actuación por parte de la Administración para que proceda al reconocimiento que se le solicita. Naturaleza de los hechos a que se refiere la causal 3ª mencionada.

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., dos de julio de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY)

El Brigadier General de la Fuerza Aérea Jorge Téllez Vera, por medio de apoderado ha pedido que se revise la sentencia del Consejo de 31 de agosto de 1951 por medio de la cual se le concedió un sueldo de retiro con el grado de Coronel, para que en su lugar se modifique dicho sueldo y se le mande pagar en la cuantía correspondiente al grado de Brigadier General a partir del 4 de marzo de 1958. Se pide además el reajuste de las demás prestaciones sociales, por el mismo concepto y con el mismo alcance.

Se funda la demanda en la causal 3ª del artículo 165 del C.C.A., es decir, en la que permite la revisión del fallo "cuando después de conferido o denegado (el reconocimiento) se cobren piezas decisivas con las cuales hubiera podido pronunciarse una decisión distinta"; y para fundarla arguye y prueba que con posterioridad a la sentencia el peticionario prestó nuevos servicios en las Fuerzas Militares y además el Senado en sesión del 29 de noviembre de 1962 aprobó el grado de Brigadier General que le había sido conferido por el Gobierno por medio del Decreto número 2594 de 1º de enero de 1958.

Es evidente que el peticionario, con posterioridad al reconocimiento de su sueldo de retiro como Coronel, prestó nuevos servicios al Ejército y obtuvo el grado de Brigadier General. Pero estos hechos no son de los a que se refiere la causal 3ª, porque como lo ha dicho la Sala en repetidas ocasiones, aquélla hace relación a los ocurridos con anterioridad al otorgamiento del derecho y que tienen influencia jurídica en el mismo, pero que no se alegaron o no se demostraron en su opor-

tunidad, bien para reafirmar la existencia de tal derecho o para impedir su reconocimiento. Es incuestionable que en 1951, el peticionario no tenía el grado de Brigadier General ni había prestado en el Ejército más servicios que los que legalmente eran suficientes para reconocerle el sueldo de retiro que le fue otorgado. Por consiguiente no puede sostenerse que la decisión de 1951 hubiera podido ser diferente sólo porque entonces no se habían producido los hechos que tuvieron lugar en 1958. Demuestra lo anterior que es al Ministerio de Guerra a quien compete en forma directa hacer el reconocimiento solicitado, pues lo que en este caso no es causal de revisión por parte del Consejo, sí es causa de actuación por parte del Ministerio de Guerra.

En lo que se refiere a la 2ª petición de la demanda atinente al reajuste de otras prestaciones, es ostensiblemente indebida, pues la acción de revisión (artículos 164 y 165) sólo se refiere a reconocimientos periódicos. En este punto hay acuerdo con el señor Fiscal.

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, en parcial desacuerdo con el concepto del señor Fiscal, resuelve que no es el caso de acceder a la revisión pedida con fundamento en la causal invocada, ni al reajuste de las demás prestaciones pedidas en la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge de Velasco Alvarez. — Guillermo González Charry. — Alfonso Meluk. — José Urbano Múnera. — Marco A. Martínez B., Secretario.

REVISION DE RECONOCIMIENTOS

PENSION DE JUBILACION DE NOTARIOS Y REGISTRADORES. Cómo operan los reajustes ordenados por la Ley 1ª de 1962 en relación tanto a las pensiones reconocidas con anterioridad a su vigencia, como a las que lo fueron después de ese evento. Las disposiciones pertinentes de dicha Ley no tienen efecto retroactivo: simplemente gozan de aplicación inmediata, efecto propio a todas las normas de carácter social.

II.—INMODIFICABILIDAD DE LAS PENSIONES. Una vez decretadas por las autoridades competentes, las pensiones sólo pueden ser revisadas por los Tribunales de lo Contencioso o por el Consejo de Estado, siempre que se esté frente a uno de los hechos que, según el artículo 165 del C.C.A., justifican la revisión.

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., cinco de julio de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY)

El doctor Parmenio Cárdenas Triviño, por medio de apoderado, ha propuesto acción de revisión, con fundamento en la causal 6ª del artículo 165 del C.C.A., del fallo de esta entidad dictado el 7 de noviembre de 1961 por medio del cual se fijó en $ 1.500.00 su pensión de jubilación como Ex-Notario Público, y de las Resoluciones de la Caja Nacional de Previsión números 2952 de 11 de agosto de 1962 y 4299 de 3 de noviembre del mismo año, por las cuales la entidad mencionada negó el reajuste de la prestación para colocarla en la cuantía establecida por el artículo 14 de la Ley 1ª de 1962, arguyendo, en primer lugar, que era incompetente para hacerlo por haber sido ya fallado el caso por el Consejo de Estado y señalándose por éste la pensión respectiva, y en segundo lugar que, en su concepto, la ameritada ley no es de carácter retroactivo y sólo debe aplicarse a pensiones de Notarios y Registradores reconocidas después de su vigencia.

En su hora el señor Fiscal 2º del Consejo ha conceptuado que debe accederse a la revisión pedida porque el hecho que la funda está expresamente contemplado en la primera parte de la causal 6ª de la Ley 167 de 1941, y además, se ha producido en forma clara con la expedición de la Ley 1ª de 1962 que aumentó el máximo de las pensiones para Notarios y Registradores de Instrumentos Públicos.

Se considera:

Primeramente se observa que la Caja Nacional, en cuanto se declaró incompetente para resolver el caso, está parcialmente en lo cierto

cuando fundó tal incompetencia en la circunstancia de existir sobre aquél un fallo del Consejo de Estado. Es jurisprudencia constante y no modificada la de que las pensiones, una vez decretadas por las autoridades administrativas competentes, sólo pueden ser revisadas por los Tribunales de lo contencioso o por el Consejo de Estado, jurisprudencia que se funda en las normas contenidas en los artículos 164 y ss. de la Ley 167 de 1941, que precisamente instituyeron la acción de revisión con esos fines y siempre que se esté frente a uno de los hechos que la justifiquen. Las restantes consideraciones de orden jurídico hechas por las Resoluciones acusadas, son, pues, inocuas, porque si legalmente no podía la Caja conocer de lo pedido, menos procedencia tenía exponer razones legales de fondo sobre el derecho mismo. En este entendimiento dichas providencias no son ilegales y por tanto no pueden revisarse como lo pide la demanda. Mas como ésta cobija todas las que antecedieron a las que se acaban de comentar, y la principal de ellas es la sentencia de esta Sala, respecto de la cual, como ya se dijo, sí es viable la acción interpuesta, se verá si es el caso de acceder a lo pedido.

El Decreto Legislativo número 59 de 1957, señaló un límite máximo de $ 1.500.00 a las pensiones de jubilación de Notarios y Registradores, sustrayéndolos así a la regla general establecida por los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945 y 3º de la Ley 65 de 1946 para todos los funcionarios públicos. Así se mantuvo la situación hasta la expedición de la Ley 1ª de 1962, y en ese lapso le fue reconocida y pagada al demandante su pensión. La última ley, en su artículo 14, dispuso que aquel límite máximo sería de $ 3.000.00 y que habría un mínimo de $ 400.00, con lo cual modificó automáticamente la situación anterior. Para la Sala el caso es de una claridad meridiana y no ofrece dudas de ninguna índole. En efecto, cuando el artículo de la ley citada emplea la locución "no podrán exceder de $ 3.000.00 mensuales" creó dos situaciones: por la primera determinó un reajuste, a partir de su vigencia, para las pensiones ya reconocidas inferiores a $ 3.000.00, y por la segunda, mandó pagar las que lo fueran con posterioridad a su vigencia por suma no mayor de la citada, siempre y cuando que, en ambos casos, las cifras salariales básicas de liquidación hubieran arrojado, teniendo en cuenta las normas ordinarias, un valor pensional igual o superior a los $ 3.000.00. Más claramente, igualó, con la condición expresada, la situación de los Notarios y Registradores. Ciertamente la ley no es retroactiva, pero sostener que lo es porque la nueva cifra debe aplicarse a pensiones ya reconocidas, no le hace asumir ese carácter, sino tan sólo el de regir inmediatamente la situación o vinculación jurídica entre el Estado y sus pensionados, como es propio de las normas de carácter social. Afirmar lo contrario sería hacer imposible la labor legislativa de contenido económico y social que periódicamente se ve obligada a reajustar los reconocimientos periódicos, como pensiones y sueldos, por virtud del envilecimiento de nuestra moneda.

Si en el caso presente, la Ley 1ª de 1962 (artículo 14), modificó el límite máximo de las pensiones de ex-funcionarios como el demandante y ella debe aplicarse a partir de su vigencia, y si además es cierto que las condiciones en que aquél fue pensionado son las contempladas en la consideración precedente, es obvio que el hecho se encuentra claramente amparado por la primera parte del artículo 165 de la Ley 167 de 1941, y es preciso decretar el reajuste pedido, como lo solicita el señor Fiscal. Pero él se hará efectivo no a partir del 1º de enero de 1962, puesto que la vigencia de la misma comenzó el 19 del mes y año citados de acuerdo con los artículos 19 de ella, 53, inciso 1º de la Ley 4ª de 1913 y fecha de la sanción presidencial (D.O. Nº 30704 de 25 de enero de 1962).

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, de acuerdo en parte con el señor Fiscal, REVISA su propio fallo de 7 de noviembre de 1961 por el cual se fijó en $ 1.500.00 la pensión de jubilación del doctor Parmenio Cárdenas Triviño y en su lugar dispone que la Caja Nacional de Previsión Social le pague al mismo a partir del 19 de enero de 1962, en una cuantía de tres mil pesos mensuales ($ 3.000.00).

No se revisan las Resoluciones de la Caja Nacional demandadas.
Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge de Velasco Alvarez. — Guillermo González Charry. — Alfonso Meluk. — José Urbano Múnera. — Marco A. Martínez B., Secretario.

NOTA DEL RELATOR: En sentencia de 24 de octubre de 1963, la Sala reafirmó la doctrina contenida en este fallo, al decidir el juicio de revisión propuesto por el señor Manuel Pardo París, contra la Resolución número 2655 de 1959 originaria de la Caja Nacional de Previsión.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO VII — **REVISION DE IMPUESTOS**

REVISION DE IMPUESTOS

IMPUESTOS NACIONALES. RENTA. CADUCIDAD DEL CONTENCIOSO DE IMPUESTOS NACIONALES. De los artículos 52 y 53 del Decreto Nº 1651 de 1961 surge que se señaló como fecha de ejecutoria de las providencias respectivas, aunque se trate de aquellas que agotan la vía gubernativa por no existir recursos contra ellas, no la de la notificación sino la del décimo día siguiente a ésta. La consecuencia de estas normas tiene que ser la de prorrogar automáticamente el término para intentar la acción contenciosa. Este deberá contarse, entonces, desde el día en que, por mandato del artículo 53 del Decreto Extraordinario mencionado, se ejecutorió la providencia que puso fin al procedimiento gubernativo, pues viene a ser ésta, para los efectos del procedimiento, la fecha en que se realiza la operación administ ativa de liquidación del impuesto.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, primero de marzo de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. RICARDO BONILLA GUTIERREZ)

REF: Expediente 2221. Apelación interlocutorios. Actor: Alfonso López García y otro. Revisión liquidación Resoluciones números R-3102-H y R-01021-H de junio 27 y diciembre 30 de 1961. División Impuestos Nacionales. Apelación auto julio 9 de 1962, Tribunal Administrativo de Caldas.

La Sala conoce del recurso de apelación que, por haber prosperado el de hecho, concedió al doctor Luis Eduardo Cartagena contra el auto de 28 de junio de 1962, en virtud del cual el Tribunal Administrativo de Caldas denegó la admisión de la demanda que presentó a esa Corporación, como apoderado del señor Alfonso Eduardo García y Andrea García V. de López, a nombre de la sucesión de Florentino López Páez.

Para resolver se considera:

El Tribunal estimó en la providencia apelada que, para la fecha de la presentación de la demanda ante el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá en 18 de junio de 1962 (por no ser la residencia del apoderado el mismo lugar de asiento de aquella Corporación), la acción ejercitada había caducado; porque del día 14 de marzo de 1962 en que se hizo la notificación de la Resolución Nº R-07021-H de la División de Impuestos Nacionales al día de dicha presentación, transcurrió un lapso mayor de los tres meses fijados en el artículo 272 del C.C.A. Y advierte el Tribunal que considera improcedente la cita que el apoderado de los demandantes hace de los artículos 52 y 53 del Decreto 1651 de 1961 ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para aseverar que presentó la demanda dentro del tiempo hábil, ya que

"ellas (las disposiciones de estos artículos) pertenecen al Decreto 1651 que fija normas procedimentales para la aplicación de la Ley 81 de 1960, reorgánica del impuesto sobre la renta, y concretamente hacen referencia a actuaciones dentro de la etapa meramente gubernativa sin incidencia alguna de procedimiento dentro de esta jurisdicción contencioso-administrativa, que se rige por un estatuto especial que es la Ley 167 de 1941, que en el orden de la jerarquía de las normas no puede ser modificada o reformada por un decreto extraordinario. Ese estatuto en sus capítulos IX, XV y XXIII cuya observancia solicita el demandante, señala las formalidades y determina el procedimiento a seguir en los juicios sobre impuestos, siendo el artículo 272 la disposición que fija de manera expresa, el término de tres meses para la prescripción de la acción".

La Sala debe definir si el término de caducidad de la presente acción contenciosa de impuestos se cuenta desde la notificación de la Resolución R-01021-H de la División de Impuestos Nacionales cumplida el 14 de marzo de 1962, o desde el vencimiento de los 10 días hábiles corridos a partir de esa notificación, ateniéndose a la letra del Decreto 1651 de 1961.

El Tribunal en la providencia apelada sostiene la primera tesis, para concluir que la acción ya había caducado en 18 de junio de 1962, fecha de presentación de la demanda. En cambio, el apoderado de la sucesión demandante, con base en lo dispuesto por el artículo 52 del Decreto 1651 de 1961, aboga por la segunda tesis, para llegar a conclusión distinta de la del Tribunal, o sea, que en la mencionada fecha estaba en tiempo hábil para presentar su demanda, por lo cual ha debido admitírsele.

La Resolución Nº 07021 de 30 de diciembre de 1961 fue dictada para decidir el recurso de reposición que el contribuyente había interpuesto cinco años y medio atrás contra la Resolución Nº R-3102-H de 27 de junio de 1956.

Cuando la División de Impuestos Nacionales profirió en 30 de diciembre de 1961 la Resolución Nº 01021, ya estaba rigiendo el Decreto número 1651 de 1961 y por esa circunstancia ordenó que se notificara al interesado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de ese decreto, advirtiéndole "que contra esta providencia NO TIENE RECURSO ALGUNO por la vía gubernativa, de acuerdo al artículo 53 del mismo Decreto".

Los artículos 52 y 53 del comentado Decreto 1651 exigen que transcurra un término de 10 días después de aquella notificación, para que las providencias que decidan reclamos contra liquidaciones del impuesto sobre renta y sus complementarios, recargos, sanciones, etc., queden

ejecutoriadas, y de consiguiente, agotada la vía gubernativa. El texto de esas disposiciones es el siguiente:

"Art. 52.—Diez días después de la notificación personal o de la desfijación del edicto, si no existen recursos, o el interesado no los interpuso, la providencia queda ejecutoriada.

"Art. 53.—Queda agotada la vía gubernativa cuando se cumple la ejecutoria de las providencias dictadas por la División de Impuestos Nacionales al resolver los recursos de reclamación, reposición y apelación, o por las Secciones de Recursos Tributarios al fallar el recurso de reposición".

Esto quiere decir que el Decreto extraordinario que estableció lo concerniente al procedimiento gubernativo en lo relacionado con el impuesto sobre la renta y complementarios señaló como fecha de ejecutoria de las providencias respectivas, aun cuando se tratara de aquellas que agotan la vía gubernativa por no existir recurso contra ellas, no la de la notificación sino la del décimo día siguiente a ésta. La consecuencia de esta norma tiene que ser la de una automática prórroga del término para intentar la acción contenciosa. Este deberá contarse entonces desde el día en que, por mandato del artículo 53 del Decreto Extraordinario citado, se ejecutorió la providencia que puso fin al procedimiento gubernativo, pues viene a ser ésta, para los efectos del procedimiento, la fecha en que se "realiza la operación administrativa de liquidación del impuesto", según el artículo 272 del C.C.A. Así se interpretan armónicamente las dos disposiciones, solo aparentemente contradictorias y aun cuando la disposición de los artículos 52 y 53 del decreto no se ajusten a la técnica del derecho procesal. Por lo demás, la calidad del Decreto dictado en ejercicio de facultades extraordinarias que tiene el 1651 de 1961 le da categoría de ley y por medio de él podía modificarse el procedimiento gubernativo y, consecuencialmente, en este particular, el término para la caducidad de la acción especial de impuestos que sólo puede comenzar a contarse desde el día en que se declara agotada la vía gubernativa.

Finalmente, el artículo 273 del C.C.A., previó que cuando la ley, las ordenanzas o los acuerdos hubieren establecido recursos contra las operaciones administrativas de liquidación de un impuesto, sólo cuando se hubieren agotado aquellos recursos podrá ejercitarse la acción contencioso-administrativa. "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 la ejecutoria de la última decisión".** (Se subraya).

En consecuencia de lo expuesto, la Sala resuelve:

Revócase el auto apelado y en su lugar se dispone:

Admítese la anterior demanda; comuníquese a la División de Impuestos Nacionales; notifíquese al respectivo señor Agente del Ministerio Público; y por el Tribunal del conocimiento fíjese el negocio en lista por cinco días para los efectos del numeral 3º del artículo 126 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez D. — Alvaro León Cajiao B., Secretario.

REVISION DE IMPUESTOS

IMPUESTOS NACIONALES. RENTA. INDEBIDA IMPOSICION. Las deducciones no son rentas exentas, pues ellas constituyen pasivos que deben restarse de la renta bruta. Por consiguiente, en principio, no puede sostenerse que cuando las deducciones se rechazan, se incurre en el fenómeno de la indebida imposición que de modo expreso define el artículo 11 del Decreto Legislativo 341 de 1957, para poder reclamar en cualquier tiempo. En eventos tales, puede existir una indebida aplicación de la ley tributaria, porque se aplicó a un hecho no regulado por ella, pero no lo que técnicamente ha de entenderse por indebida imposición, a la luz del Decreto 341 de 1957.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., seis de abril de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. ALEJANDRO DOMINGUEZ MOLINA)

La Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca le comunicó el 4 de agosto de 1956 al señor José Gregorio Jiménez la liquidación del impuesto sobre la renta, complementarios y especiales, por el año gravable de 1955, según la cual le correspondía pagar un total de $ 8.606.92, con la nota de que "se rechazaron las deducciones de acuerdo con el artículo 17 del Decreto 270 de 1953".

El 16 de junio de 1958 presentó el contribuyente a la misma Administración de Hacienda, un memorial en el que reclamaba contra el impuesto liquidado por el referido año de 1955, diciendo que lo hacía por "indebida imposición que permite reclamar en cualquier tiempo", pues se le rechazaron las deducciones, por no llevar libros, aplicándole el artículo 17 del Decreto 270 de 1953, siendo así que tal sanción la establece este artículo contra los que se niegan a exhibir los libros sin justa causa y no contra quienes no los llevan y que por habérsele rechazado tales deducciones, se dio lugar a indebida imposición por la no aplicación del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, según el artículo 11 del Decreto 341 de 1957.

La Administración de Hacienda Nacional, por auto de fecha 25 de abril de 1960, desechó, por extemporánea, la reclamación. Del auto pidió reposición el contribuyente y la misma Oficina por Resolución de 23 de mayo de ese mismo año, lo revocó y en su lugar aceptó que había habido indebida imposición al no aceptarle al señor Jiménez las deducciones solicitadas por el año gravable de 1955, y en consecuencia hizo la liquidación con el reconocimiento de dichas deducciones y lo sancionó por la falta de libros de acuerdo con el artículo 2º del Decreto 341 de 1957.

Consultada la Resolución con la División de Impuestos Nacionales, fue revocada por la número R-03827-H de 23 de noviembre de 1960, pues consideró que "el rechazo de deducciones no implica indebida imposi-

ción" y que el contribuyente ha debido reclamar oportunamente y con el lleno de los requisitos legales contra la liquidación.

Mediante apoderado, el señor Jiménez presentó demanda el 13 de enero de 1961, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que se declarara nula la Resolución de la División de Impuestos Nacionales, se dejara en firme la Resolución de la Administración de Hacienda y como consecuencia, se ordenara la devolución de la suma pagada en exceso por impuestos con los intereses ya pagados, "más los intereses legales al 8% anual de la suma pagada en exceso desde el día que se hizo el pago del impuesto, hasta el día de la devolución del impuesto indebidamente pagado".

La demanda no contiene en forma separada "la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación", pues se limita a decir que se funda el derecho en la Ley 78 de 1935 y Decreto 818 de 1936; en el Capítulo XXIII, artículo 271 de la Ley 167 de 1941 y demás disposiciones concordantes de esta ley; el Decreto 270 de 1953; el Decreto 341 de 1957 y demás disposiciones legales vigentes y concordantes sobre impuestos; pero, al exponer los hechos se afirma que la sanción que debía aplicarse al contribuyente, por no llevar libros, no era la del artículo 17 del Decreto 270 de 1953, sino la establecida en el artículo 129 del Decreto 818 de 1936 y que "existió en este caso una indebida imposición de gravamen sobre el impuesto (sic) de renta y patrimonio del año de 1955", porque el artículo 11 del Decreto 341 de 1957 dice: "La indebida imposición consiste en liquidar impuestos a un contribuyente por razón de renta o bienes que no le pertenezcan o que estén exentos de pagar impuestos en virtud de normas legales expresas", que "la norma legal expresa en este caso es la Ley 78 de 1935 que establece: "La renta líquida es la renta bruta del contribuyente menos las deducciones concedidas por la Ley" y en este caso se negaron las deducciones aplicando indebidamente el artículo 17 del Decreto 270 de 1953", pues el demandante "no se negó a presentar los libros, sino que explicó por medio de oficio, que no había llevado libros, con razón y causas justificativas".

El Tribunal, previos los trámites de instancia y en desacuerdo con el concepto de su Fiscal quien consideró que la acción no podía prosperar, porque "el actor no había concretado las disposiciones violadas, sino que se limitó a señalar en general las leyes y decretos y demás disposiciones legales vigentes y concordantes sobre impuestos", falló el juicio, en forma favorable a las pretensiones de la demanda, por sentencia de fecha 5 de diciembre de 1961, que dispuso fuera consultada con el Consejo, por si "no es apelada".

Se estima en la sentencia que si bien es cierto en el escrito de demanda "no existe en forma sep rada u ordenàda un capítulo sobre dis-

posiciones violadas y concepto de la violación, en forma expresa, de la lectura del libelo se desentraña claramente cuál es la intención del demandante y cuáles son las disposiciones que considera violadas por la Resolución número R-03827-H de la División de Impuestos Nacionales", y al efecto, el fallo hace referencia a lo que se manifiesta en los hechos, para deducir que "no queda duda, pues, que el actor hace su reclamación fundado en que a su mandante se le aplicó indebidamente el artículo 17 del Decreto 270 de 1953, cuando el que se le debía haber aplicado es el artículo 129 del Decreto 818 de 1936 y citando la norma que define la doble imposición". Estudia en seguida el fallo, en el caso del demandante, cuál era la sanción aplicable por no llevar libros, para concluir que fue legal la actuación de la Administración de Hacienda al proferir la Resolución en que admitió la reclamación del contribuyente y que fue infundada la proferida por la División de Impuestos Nacionales para revocar aquélla, pues considera que sí hubo indebida imposición al aplicar la sanción del artículo 17 del Decreto 270 de 1953, pues lo aplicable era la señalada en el artículo 129 del Decreto 818 de 1936. Para aceptar que hubo la indebida imposición, razona así:

El inciso tercero del artículo 11 del Decreto 341 de 1957, "explica en qué consiste la indebida imposición, y entre esos casos está el de liquidar impuesto a rentas o bienes que estén exentos de pagar impuestos 'en virtud de normas legales expresas'. Y al hacer la liquidación al contribuyente sin hacerle las deducciones a que tiene derecho por la ley, es indudable que es mayor el monto de la renta gravable, y por consiguiente se está cobrando un impuesto sobre un exceso de renta, que es la representada por la suma de las deducciones no hechas".

Para decidir la consulta de la sentencia, se considera: Las deducciones son cosa distinta de las rentas exentas. Aquéllas son los gastos o expensas que la ley permite restar de la renta bruta para formar la renta líquida (artículo 2º, Ley 78 de 1935). Las rentas exentas son aquella parte de la renta líquida que la ley exime de gravamen. Esta distinción aparece clara en el artículo 87 del Decreto 818 de 1936, pues dice:

"A diferencia de las deducciones que, como se dijo en el artículo 77, son verdaderos pasivos que deben restarse de la renta bruta del contribuyente para efectos de fijar la renta líquida, las exenciones son parte de la renta líquida que el legislador exime del impuesto".

Autorizó el artículo 11 del Decreto Legislativo 341 de 1957 que podían interponerse, en cualquier tiempo y sin pago previo de los impuestos recurridos, "los recursos de reposición y apelación en materia de impuesto de renta y complementarios que versen exclusivamente sobre dobles gravámenes o sobre indebidas imposiciones" y dijo que se entendía "por doble gravamen el hecho de que se liquide dos veces el

impuesto sobre la misma renta o patrimonio y a cargo del mismo contribuyente" y, que "la indebida imposición consiste en liquidar impuesto a un contribuyente por razón de rentas o bienes que no le pertenezcan o que estén exentos de pagar impuesto en virtud de normas legales expresas".

Conforme a esta disposición, hay indebida imposición en liquidar impuesto sobre la renta a un contribuyente, por rentas que no le pertenecen o por rentas exentas de pagar impuesto "en virtud de normas legales expresas".

Las deducciones, como se deja dicho, no son rentas exentas, pues ellas son pasivos que deben restarse de la renta bruta. Por consiguiente, en principio, no puede sostenerse que cuando las deducciones se rechazan, se incurra en el fenómeno de "la indebida imposición" que de modo expreso define el artículo 11 del Decreto Legislativo 341 de 1957, para poder reclamar en cualquier tiempo.

En el fondo, puede que exista, por el rechazo de las deducciones, una indebida imposición, pero no la específicamente contemplada en el Decreto y que puede reclamarse en cualquier tiempo. La expresión, para este efecto, no puede generalizarse dándole una interpretación extensiva, porque intrínsecamente en todo reclamo fundado, contra las liquidaciones del impuesto, hay indebida imposición, ya porque no hay obligación de cubrir el tributo liquidado, o porque sólo la hay, pero en cuantía inferior a la fijada por la Administración, y si esto es así, siempre podría reclamarse en cualquier tiempo y sin pago previo, dejándose sin efecto las normas fiscales sobre recursos ordinarios contra las operaciones administrativas de liquidación y sobre la obligación del pago previo, para poder ejercitar los recursos en la vía gubernativa.

De lo anterior debe concluirse que en el caso de autos no ocurrió la indebida imposición que permite reclamar, en cualquier tiempo, ante la misma Administración, porque al demandante no se le gravaron en la liquidación del año de 1955 rentas exentas de pagar impuesto, sino que le fueron rechazadas las deducciones pedidas por él en su declaración, por aplicación de la sanción establecida por el artículo 17 del Decreto 270 de 1953. Pudo haber una indebida aplicación de esta regla, porque se aplicó a un hecho no regulado por ella, pero no lo que se entiende por indebida imposición susceptible de ser reclamada, en cualquier tiempo, según el artículo 11 del Decreto Legislativo 341 de 1957.

El demandante, por consiguiente, no podía pretender el 16 de junio de 1958 que se corrigiera la liquidación que por el año gravable de 1955 le había sido comunicada desde el 4 de agosto de 1956, por habérsele rechazado indebidamente las deducciones, pues este hecho no constituye la indebida imposición que da derecho a reclamar en cualquier

tiempo. El demandante ha debido ejercitar, en tiempo oportuno y con el cumplimiento de los requisitos legales, los recursos establecidos en la vía gubernativa contra la operación de liquidación del impuesto.

La Resolución Nº R-03827-H de 23 de noviembre de 1960 dictada por la División de Impuestos Nacionales y que ha sido demandada en este juicio, es legal y, por tanto, la acción propuesta no puede prosperar y debe la Sala revocar la sentencia consultada.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia de fecha cinco de diciembre de mil novecientos sesenta y uno, dictada en el presente juicio por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y que se ha revisado en grado de consulta, y en su lugar NIEGA las súplicas de la demanda formulada, mediante apoderado, por el señor José Gregorio Jiménez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Alejandro Domínguez Molina. — Carlos Gustavo Arrieta. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez. — Alvaro L. Cajiao B., Secretario.

REVISION DE IMPUESTOS

IMPUESTOS NACIONALES. LIBROS DE CONTABILIDAD. SANCIONES. La sanción tributaria aplicable al contribuyente que estando obligado legalmente a llevar libros de contabilidad, no los lleva o los lleva sin registrar, es la multa deducida de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2º del Decreto Nº 341 de 1957. En cambio, la que se puede imponer al contribuyente que, no obstante llevar libros y tenerlos debidamente registrados no los exhibe cuando es requerido a hacerlo, es la que consiste en el rechazo de las deducciones solicitadas en la cuantía señalada por el tercer inciso del artículo 6º del mismo Decreto. Son eventos distintos, sancionados por la ley de manera diferente. El no tener los libros estampillados no constituye justa causa, en el entendimiento que a esta noción ha de darse según el art. 6º del citado Decreto. Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., 30 de abril de 1963.

(Consejero Ponente: Dr. GABRIEL ROJAS ARBELAEZ)

REF.: Expediente Nº 1.756, relacionado con la nulidad de la liquidación Nº 058725 de 26 de septiembre de 1956, emanada de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca.

Con poder del señor Siegfried Lichtemberger Kahn, el doctor Héctor Julio Becerra, en demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 6 de junio de 1960, formuló las siguientes súplicas:

"1º) Revisar, por ser contrarios a la ley, los actos administrativos por medio de los cuales la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca y la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, determinaron los impuestos de renta, complementarios y especiales de mi mandante por el año de 1955.

"2º) Declarar que como consecuencia de la revisión que se practique, son nulas la liquidación número 058725 del 26 de septiembre de 1956, originaria de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, y la Resolución R-00071-H del 30 de enero de 1960, dictada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, por medio de las cuales se determinaron los impuestos cuya revisión se pide.

"3º) Practicar una nueva liquidación que sustituya la contenida en los actos cuya nulidad se solicita y por medio de la cual se determinen los impuestos de renta, complementarios y especiales que legalmente debe pagar el señor Siegfried Lichtemberger por el año gravable de 1955.

"4º) Ordenar la devolución de la cantidad que resulte a favor de mi poderdante, de acuerdo con el fallo que dicte el H. Tribunal".

Subsidiariamente solicitó el demandante:

a) Declarar que no es el caso de aplicar el artículo 6º del Decreto Nº 341 de 1957, por cuanto la infracción fiscal no se configuró en el caso presente.

b) Declarar indebidamente aplicado el artículo 6º del Decreto 341 de 1957, por cuanto la omisión inicial fue oportunamente subsanada.

c) En caso de no prosperar ni la petición principal ni las anteriores subsidiarias, aplicar legalmente la sanción prevista en el artículo 6º del Decreto 341 de 1957, reduciendo el rechazo de las deducciones a la cantidad de $ 20.918.23.

H E C H O S :

La relación de hechos que para sustentar su demanda hizo el actor es como sigue:

"1º) Oportunamente el señor Siegfried Lichtemberger presentó su declaración de renta y patrimonio por el año de 1955, sin responder a la pregunta del formulario referente al lugar y oficina donde se habían registrado los libros de contabilidad del contribuyente.

"2º) Por oficio número 5583 del 27 de agosto de 1956 la Auditoría de Impuestos de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca solicitó a mi mandante la presentación de sus libros de contabilidad.

"3º) El 4 de septiembre de 1956 mi mandante respondió el oficio de que trata el punto anterior manifestando que no tenía libros de contabilidad registrados.

"4º) El 26 de septiembre de 1956 la Administración de Hacienda mencionada expidió la liquidación Nº 058725, cuya nulidad se pide, rechazando la totalidad de los costos y deducciones de que hacía mención la declaración de renta y patrimonio de mi mandante, e invocó para el efecto el artículo 17 del Decreto Legislativo 270 de 1953. La liquidación mencionada tampoco reconoció un pasivo por la cantidad de $ 15.000.00, debido a la falta de comprobación exigida por el artículo 22 de la Ley 78 de 1935.

"5º) El 26 de noviembre de 1956 el señor Lichtemberger formuló reclamación formal contra la liquidación en referencia, previo el pago

de los impuestos determinados en la liquidación privada, ofreciendo la presentación de los libros de contabilidad.

"6º) El 26 de marzo de 1957 mi poderdante presentó a la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales un libro Caja-Diario, registrado en la Cámara de Comercio de Bogotá el 9 de febrero de 1954 y estampillado el 18 de marzo de 1957 en la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca.

"7º) Por Resolución R-00071-H del 30 de enero de 1960 la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales revocó la liquidación recurrida, aceptó el pasivo inicialmente rechazado, reconoció las partidas que en su concepto constituían técnicamente costos, y rechazó deducciones por un valor equivalente al 50% de la renta bruta establecida por la misma Jefatura.

"8º) El 5 de marzo de 1960 fue notificada la Resolución de que trata el punto anterior.

"9º) El señor Siegfried Lichtemberger pagó el valor de los impuestos determinados por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales en la resolución citada.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En concepto del actor, con los actos acusados se violaron los incisos 1º y 3º del artículo 6º del Decreto 341 de 1957; el artículo 2º del mismo Decreto y el ordinal 37 del artículo 1º de la Ley 69 de 1946, en concordancia con el artículo 6º del Decreto Extraordinario Nº 92 de 1932, y ello por las siguientes razones:

1ª) Porque la sanción prevista en el artículo 6º del Decreto 341 de 1957 no es aplicable cuando se prueban plenamente las deducciones solicitadas, lo que ocurre en el caso del demandante.

2ª) Porque cuando el contribuyente fue requerido para presentar sus libros de contabilidad ellos no estaban estampillados, y aquél, por lo mismo tenía justa causa para no exhibirlos, por lo que no se configuró el acto punible que sanciona el artículo 6º del Decreto citado anteriormente.

3ª) Porque al hacer la presentación exigida, la omisión inicial fue oportunamente subsanada.

4ª) Porque el valor de las deducciones rechazadas en ningún caso puede exceder del 50% de la renta bruta declarada, y como la que el contribuyente señor Lichtemberger, declaró, fue de $ 41.836.45, el va-

lor de las deducciones rechazadas no podía exceder de $ 20.918.23, a pesar de lo cual la Jefatura de Rentas rechazó la cantidad de $ 56.928.50.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

En sentencia del 15 de diciembre de 1961, de la que conoce la Sala por la consulta ordenada en ella, el Tribunal dispuso la revisión de la operación administrativa contenida en las providencias acusadas. Acogiendo lo expuesto por el señor Agente del Ministerio Público, consideró aquella Corporación procedía acceder a la revisión solicitada, no porque el contribuyente hubiera logrado probar las deducciones con medios distintos a sus libros de contabilidad, sino porque en el caso no concurría el supuesto contemplado en el artículo 6º del Decreto número 341 de 1957, esto es, que el señor Lichtemberger se hubiera negado sin causa justa a hacer la presentación de sus libros cuando ello le fue ordenado. La causa justa para no haber exhibido los libros ante la Auditoría de Impuestos Nacionales de Cundinamarca, fue según la tesis del **a quo**, que es la misma tesis de su fiscal, y la misma del demandante, el no haber tenido para esa fecha debidamente estampillados los libros de contabilidad. El razonamiento a ese respecto es el que sigue:

"No se puede considerar, en consecuencia, que el contribuyente se hubiere negado sin justa causa a presentar los libros de contabilidad, supuesto exigido por el artículo 6º del Decreto 341 de 1957 para el rechazo de las deducciones. En la fecha en que se practicó la liquidación, que fue el 26 de septiembre de 1956 (cuaderno Nº 2, folio 21) era procedente el rechazo de las deducciones con base en el mandato del artículo 17 del Decreto 270 de 1953, porque aun cuando no se puede considerar que legalmente el contribuyente llevaba libros de contabilidad, sí tenía obligación de tenerlos según la norma últimamente citada, dado que su patrimonio era superior a $ 100.000.00, pero al fallarse el reclamo del contribuyente, por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, mediante la Resolución número R-00071-H de 30 de enero de 1960, ya estaba vigente en materia de sanciones, por no llevarse libros de contabilidad, el artículo 2º del Decreto Legislativo número 341 de 1957, que estableció una multa equivalente al 1/2% de la renta bruta, más el uno por mil del patrimonio líquido, en cuanto exceda de $ 100.000.00, sin que la sanción pudiera ser inferior a $ 50.00 ni exceder de $ 1.000.00; de suerte que ésta era la sanción aplicable al contribuyente, sanción que para una renta bruta de $ 41.836.45 y para un patrimonio líquido de $ 238.273.64, da una multa de $ 347.45 de acuerdo con la tarifa legal; con la advertencia de que para aplicar el porcentaje al patrimonio sólo debe tenerse en cuenta la parte que excede de $ 100.000.00, es decir, que en el caso de autos, el uno por mil se liquidaría sobre la suma de $ 138.273.64".

El Tribunal, en consecuencia con lo considerado, fijó en la suma de seis mil trescientos treinta y un pesos con sesenta y tres centavos ($ 6.331.63) lo que el señor Lichtemberger debía pagar por impuesto sobre la renta, patrimonio, Paz del Río, Fondo Ganadero y sanción por no llevar libros, por el año gravable de 1955; ordenó devolver al demandante la suma de diez y nueve mil quinientos noventa y dos pesos con cuatro centavos ($ 19.592.04) y dispuso también que la suma de mil cuatrocientos ochenta y siete pesos con veintidós centavos ($ 1.487.22) se tuviera en cuenta al contribuyente para futuras inversiones en "Paz del Río S.A."

Para resolver se considera:

La sentencia que se revisa parte de la consideración fundamental de que el señor Siegfried Lichtemberger al declarar por el año de 1955 no llevaba libros de contabilidad. El corolario es que, no llevándolos, y refiriéndose el artículo 6º del Decreto Legislativo 341 de 1957 solamente a los contribuyentes que llevan libros de contabilidad pero que no los presentan, caso en el cual no se les reconocen las deducciones, lo procedente con el actor no era negarle las deducciones pedidas, sino aplicarle la sanción establecida en el artículo 2º del Decreto antes citado. Esta disposición expresa que:

"Las personas naturales y jurídicas sujetas al impuesto de renta y complementarios que no lleven o que lleven sin registro, los libros de contabilidad prescritos por el Código de Comercio, por el artículo 17 del Decreto Legislativo número 270 de 1953, o por otras normas legales, incurrirán en una multa equivalente al medio por ciento (1/2%) de la renta bruta, más el uno por mil (1 x 1000) del patrimonio líquido en cuanto éste exceda de cien mil pesos ($ 100.000.00)".

Pero el demandante presentó, el 26 de marzo de 1957, en la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, según se expresa tanto en la Resolución de esta entidad, cuya anulación se pide, como en la demanda, un libro Caja-Diario registrado en la Cámara de Comercio de Bogotá el 9 de febrero de 1954, y estampillado el 18 de marzo de 1957 en la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca. No se trata, pues, de un contribuyente que, estando obligado a ello, no llevara libros o los llevara sin registro, sino de uno que no obstante llevarlos y tenerlos registrados, no los exhibió cuando fue requerido a ello. Efectivamente las situaciones son distintas y distintas las sanciones que la ley determina para una y otra. Para la primera la sanción es la multa deducida como lo establece el artículo 2º del Decreto 341 de 1957. Para la segunda, la sanción es el rechazo de las deducciones solicitadas, en la cuantía que contempla el tercer inciso del artículo 6º del mismo Decreto.

En el mismo artículo segundo citado anteriormente, se dice que para los solos efectos impositivos basta el registro de los libros hecho ante los funcionarios de Hacienda Nacional que allí se indican; y en el artículo 17 del Decreto Legislativo Nº 270 de 1953, inciso 2º, se expresa a qué se contrae lá diligencia del registro. Esta consiste en que el Recaudador o Administrador de Hacienda Nacional del domicilio del contribuyente, rubrique las hojas del libro o libros, y en la primera ponga una nota sellada, fechada y firmada por él, que indique el número de hojas y la persona a quien pertenece el libro.

Como se ve de lo anterior, la ley estatuye que para los solos efectos impositivos basta el registro verificado por el Administrador o Recaudador de Hacienda Nacional. De esto se puede concluir que no están excluídos para los mismos efectos los libros de contabilidad registrados en la Cámara de Comercio; y que si en el caso de autos el demandante tenía registrados en la Cámara de Comercio sus libros de contabilidad, no debió él haber esquivado su presentación oportuna, ni la Administración hubiera podido rechazarlos. Tampoco el hecho de no estar estampillados resta mérito a los libros para dicha formalidad, pues es el registro, acto completamente distinto, lo que han tenido en cuenta las normas legales como factor decisivo en la contención tributaria. Por otra parte, según el artículo 1º de la Ley 69 de 1946, numeral 37, artículo que sustituyó al 1º del Decreto Legislativo número 92 de 1932, son los libros "Diario", "Mayor" y "Libro General de Cuenta y Razón" inscritos en la Cámara de Comercio, los que deben ser estampillados a razón de diez centavos ($ 0.10) por cada una de sus hojas en blanco. Ya se verá si al actor correspondía llevar estos libros.

El hecho de no tener estampillados sus libros no es justa causa para que un contribuyente se niegue a la exhibición que se le pide. La justa causa de que habla el artículo 6º del Decreto 341 de 1957, no puede ser la negligencia del contribuyente, sino un hecho ajeno a él y con fuerza suficiente para impedirle atender el requerimiento que se le formula.

De lo dicho anteriormente se concluye que los fundamentos de la sentencia que se revisa no son jurídicos, y que deben ser desechados.

El demandante, señor Lichtemberger, es ganadero, o lo era por el año gravable a que la controversia se refiere, y por eso en la declaración de renta y patrimonio correspondiente al año de 1955, manifestó ser ese su oficio y ser la ganadería la principal fuente de su renta. Como ganadero, el actor estaba obligado a llevar, según lo estatuído en el artículo 8º de la Ley 23 de 1945, un libro de ingresos y egresos y otro de inventarios. Dado el sistema legal establecido para deducir la renta de los ganaderos, esos libros son imprescindibles, y quien se dedique a esa actividad no puede pretender cumplir con la ley llevando un libro

cualquiera. En conclusión, el señor Lichtemberger no llevaba libros y así es innegable que correspondió a la verdad la respuesta que dio a la Auditoría de Impuestos Nacionales.

El artículo 2º del Decreto 341 de 1957 dispone que:

"Las personas naturales y jurídicas sujetas al impuesto de renta y complementarios que no lleven, o que lleven sin registro, los libros de contabilidad prescritos en el Código de Comercio, por el artículo 17 del Decreto Legislativo número 270 de 1953, o por otras normas legales, incurrirán en una multa equivalente al medio por ciento (1/2%) de la renta bruta, más el uno por mil (1 x 1000) del patrimonio líquido en cuanto éste exceda de cien mil pesos ($ 100.000.00). La renta bruta y el patrimonio líquido básicos, para determinar el valor de la multa, serán los denunciados por el contribuyente en la declaración correspondiente al año gravable por el cual se imponga la multa.

"Para los efectos impositivos serán suficientes los registros de los libros de contabilidad que se hagan en la Recaudación de Hacienda Nacional de la vecindad del contribuyente, o en la Administración de Hacienda Nacional del respectivo Departamento. La sanción establecida en este artículo en ningún caso será inferior a $ 50.00 ni excederá de $ 1.000.00".

No habiendo llevado libros el demandante por el año gravable de 1955, en virtud del principio consagrado en el artículo 44 de la Ley 153 de 1887, la sanción aplicable a él será la multa de que trata la disposición anteriormente transcrita, no por las consideraciones que formuló el Tribunal, sino por las que anteriormente se han expuesto.

Es de observarse en el presente juicio que ocurre el hecho singular de que al contribuyente lo sancionó la Administración de Hacienda Nacional por no llevar libros, y la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales lo sancionó por llevarlos: por llevarlos y no haberlos presentado. La primera entidad le negó las deducciones en aplicación del artículo 17 del Decreto 270 de 1953. La segunda se las negó también en aplicación de lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 341 de 1957.

En todo caso la pretensión fundamental del actor es la de que se modifique la sanción aplicada por la Administración. Y como, tratándose de sanciones es del caso tener en cuenta lo dispuesto en el citado artículo 44 de la Ley 153 de 1887, la sentencia del Tribunal habrá de confirmarse, no por las razones que sirvieron de fundamento a ese fallo, sino por las aquí formuladas.

D E C I S I O N :

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

F A L L A :

Confírmase la sentencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Jorge A. Velásquez. Gabriel Rojas Arbeláez. — Alvaro León Cajiao B., Secretario.

REVISION DE IMPUESTOS

IMPUESTOS NACIONALES. AGENTES DE SEGUROS: DEDUCCIONES A LA RENTA. I.—Si el agente de seguros asume también la calidad de agente viajero, como esta calidad no es ordinaria y necesaria para el desempeño de su mandato, las expensas que ello le ocasione no son deducibles, precisamente por no ser ordinarias y necesarias.

II.—Las bonificaciones que paga la compañía de seguros al agente no tienen carácter de gratuidad pues que la causa suya no es otra que los servicios prestados por el agente a su empleador o patrono. Es una compensación o remuneración adicional a la convenida y que sólo se puede explicar en razón de la plusvalia del servicio. En consecuencia, esa suma es parte de la renta y no está exenta del impuesto.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., 15 de mayo de 1963.

(Consejero Ponente: Dr. GABRIEL ROJAS ARBELAEZ)

REF: Expediente Nº 1.476 relacionado con la revisión de la Resolución Nº 01514 de 25 de mayo de 1960 emanada de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.

El doctor Samuel de Sola Roncallo, obrando como apoderado del señor Manuel Vives Rodríguez, en demanda presentada ante el Tribunal Administrativo del Atlántico el 6 de septiembre de 1960, solicitó lo siguiente:

"I) Se revisen la Resolución número 1514 de 25 de mayo de 1960 de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales y, consecuencialmente, la liquidación de impuestos a la renta y complementarios número 12112 de 11 de octubre de 1957, y su secuela la número 72 de 17 de enero de 1958 (Impuesto de Rehabilitación) hechas por la Administración de Hacienda Nacional del Atlántico al señor Manuel Vives Rodríguez, determinadas en los hechos, 9º, 3º y 10 respectivamente, del presente libelo, declarándose que mi poderdante no está obligado a cubrir tales impuestos, y se haga una nueva similar a la liquidación privada presentada por éste y copiada en el hecho segundo de este escrito, con la adición de que el "Impuesto de Rehabilitación" que corresponde pagar a mi representado como consecuencia de la misma, es la cantidad de $ 411.38 moneda legal, liquidación que, por consiguiente, debe quedar de la siguiente manera:

PATRIMONIO:			**IMPUESTO:**
Activo patrimonial en 31 de Dic/56		$ 237.527.96	
Pasivo: .. ..$	46.518.00		
Capital exento: .. ..$	842.80		
		$ 47.360.80	
Patrimonio gravable		$ 190.167.16	676.40
RENTA:			
Bruta:		$ 174.462.83	
Menos:			
Deducciones:		$ 74.703.63	
Renta líquida:		$ 99.759.20	
Exenciones:		$ 54.380.72	
Renta gravable:		$ 45.378.48	6.380.50
INVERSIONES EN PAZ DE RIO:			
Renta gravable:		$ 45.378.48	
Renta no paga: .. ..$	5.000.00		
Impuestos liquidados .. .. ..$	7.056.90	$ 12.056.90	
4% para Paz de Río sobre		$ 33.321.58	$ 1.132.86
Impuesto de Rehabilitación			$ 411.38
Total a cargo del contribuyente:			$ 8.601.14

"II) Que como consecuencia de haberse pagado al Tesoro Público Nacional por mi poderdante, por razón de la Resolución y liquidaciones que se revisan, la cantidad total de $ 30.660.13, más intereses de mora de $ 6.093.67, lo que en total da la suma de $ 36.753.80 m.l., en lugar de la de $ 7.468.28 que se debía pagar, y de haber invertido $ 2.673.10 en acciones de Paz de Río, en lugar de la suma de $ 1.332.86

que debió invertir, dicho Tesoro debe reintegrar a mi mandante una vez ejecutoriada la sentencia, la cantidad de $ 29.285.52 y ordenarse que lo que invirtió en exceso en Acerías Paz de Río, o sea la cantidad de $ 1.340.24 se abone o tome en cuenta a mi representado en inversiones futuras que deba hacer por tal concepto.

"En subsidio de las ordenaciones anteriores solicito al H. Tribunal que se revisen la Resolución de la Jefatura de Rentas e Impuestos y su secuela adic onal determinadas en la primera petición principal, declarándose que mi representado no está obligado a pagar tales impuestos, y se haga una nueva liquidación en que se determinen los impuestos de renta, complementarios y de rehabilitación que el señor Manuel Vives Rodríguez debe pagar por razón de su declaración de renta correspondiente al año gravable de 1956, y la inversión que con base en la misma deba hacer en acciones de Acerías Paz de Río, y se ordene al Tesoro Público Nacional devolverle lo que pagó en exceso por causa de la liquidación o liquidaciones revisadas, y que lo invertido por él por encima de la obligación legal y por la misma causa en acciones de Paz de Río, se le abone o tome en cuenta para futuras inversiones obligatorias que tenga que hacer de tales acciones.

H E C H O S :

Los hechos relacionados por el demandante para sustentar las peticiones anteriormente transcritas se pueden sintetizar así:

1º) El 27 de febrero de 1957 el señor Manuel Vives Rodríguez, Agente de Seguros de "La Nacional de Seguros" en Atlántico, Bolívar y Magdalena, presentó ante la Administración de Hacienda Nacional del Atlántico la Declaración de Renta y Patr monio y la declaración privada correspondiente al año de 1956, en las que denunció como comisiones recibidas la suma de $ 154.108.53, y como bonificaciones la de $ 11.797.00.

2º) El 11 de octubre de 1957 la Administración de Hacienda Nacional del Atlántico verificó la liquidación número 12112, por la cual fijó lo que el señor Manuel Vives Rodríguez debía pagar por el año gravable de 1956, absteniéndose de deducir la suma de $ 45.380.72 integrada por las siguientes cantidades: por $ 33.583.72, equivalente al 30% del valor líquido de las comisiones recibidas por el contribuyente, y por $$ 11.797.00, valor de las bonificaciones que le hizo la Compañía Nacional de Seguros. Ese rechazo hizo elevar el total del impuesto calculado por el actor en la suma de $ 8.389.76, incluida la inversión de Paz del Río, a la cifra de $ 28.748.06.

3º) El rechazo de que se habló anteriormente lo hizo la Administración de Hacienda Nacional del Atlántico contraviniendo las Resoluciones números 4.100 de 24 de abril de 1940, y 1.635 de 27 de noviembre de 1944 de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, que ordenan deducir de la renta bruta de los agentes viajeros y de seguros el 30% del valor líquido de las comisiones recibidas durante el año gravable, en el presente caso $ 33.583.72, como equivalente de los gastos que tales agentes tienen en función de su negocio por concepto de viajes, atenciones, hospedajes, alimentación y transporte, cuando el contribuyente al declarar su renta no señala entre las deducciones los gastos por tales conceptos; contraviniendo también las disposiciones legales que eximen de gravamen las bonificaciones, en este caso $ 11.797.00 y las normas relacionadas con el exceso de impuestos de utilidades, como lo demostraré ampliamente al alegar en el juicio".

"4º) El rechazo o no deducción de las partidas a que me refiero en el hecho anterior, lo hizo la Administración de Hacienda Nacional del Atlántico a pesar también de que en los años gravables inmediatamente anteriores a 1956 como se comprobará oportunamente, dicha oficina había admitido, con base en las Resoluciones y Leyes citadas, deducciones similares al liquidar la renta de mi poderdante".

5º) El señor Vives Rodríguez pidió reposición de la liquidación mencionada, habiendo sido resuelto el recurso por medio de la Resolución número 20 de 29 de enero de 1960, en la cual se acogieron en parte las razones del demandante, se dedujo de la renta bruta la suma de $ 33.683.72, correspondiente al porcentaje de que antes se habló, se rebajó el impuesto sobre exceso de utilidades, pero no se accedió a deducir la cantidad de $ 11.797.00 recibida por concepto de bonificaciones. Por ese acto se fijó el total de impuestos que debía pagar el señor Vives Rodríguez en la suma de $ 13.699.13, incluyendo el de rehabilitación y la inversión en Acerías Paz de Río.

6º) Revisada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales la Resolución número 20, de 29 de enero de 1960, de la Administración de Hacienda Nacional del Atlántico, por la número 1514 de 25 de mayo del presente año, revocó aquella y confirmó o dejó en firme la liquidación de impuestos número 12112 de fecha 11 de octubre de 1957, ya citada.

7º) El señor Manuel Vives Rodríguez pagó los impuestos que se le dedujeron en la liquidación Nº 12112, y que ascendieron en conjunto a la cantidad de $ 26.383.44; el de "Rehabilitación" fijado en $ 6.276.69; hizo la inversión en Paz de Río por $ 2.364.62, y pagó por intereses de mora la suma de $ 6.093.67. Todo lo pagado según los recibos acompañados a la demanda, alcanza a la suma de $ 39.118.42.

8º) Los recursos gubernativos contra la Resolución número 12112 de octubre de 1957, se agotaron.

FUNDAMENTOS DE DERECHO — DISPOSICIONES VIOLADAS

En el capítulo que lleva este título el demandante expuso:

"Sin perjuicio de ampliar en el alegato de conclusión las razones que tengo para solicitar lo que viene expuesto, de manera suscinta doy a ustedes los fundamentos legales de la demanda de la siguiente manera:

"Como se desprende de los hechos de la demanda, las contravenciones legales en que incurrió la Administración de Hacienda Nacional del Atlántico al emitir la liquidación cuya revisión se pide, son las siguientes:

"1ª) No haber deducido de la renta bruta y líquida del contribuyente la cantidad de $ 33.583.72 denunciada como exención con fundamento en las Resoluciones 4.100 de 24 de abril de 1940 y 1.635 de 27 de noviembre de 1944, de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, que ordenan deducir el 30% del valor líquido de las comisiones recibidas por los agentes de seguros como equivalente a gastos de viaje, representación, atenciones, hospedajes, etc., que tienen en función de su oficio, con la peregrina tesis de que tal porcentaje sólo debe deducirse cuando al contribuyente no se le deducen gastos como los sueldos pagados a sus colaboradores, comisiones dadas a otros agentes, gastos de escritorio, etc., lo cual es una equivocación;

"2ª) Haber dejado igualmente de deducir de la renta bruta del contribuyente la cantidad de $ 11.797.00 que éste recibió por concepto de bonificaciones, violando el artículo 1º de la Ley 78 de 1935;

"3ª) Haber liquidado al contribuyente un impuesto de exceso de utilidades que no procede, con motivo de haberle elevado la renta por el rechazo de las exenciones aludidas en los apartes anteriores y de suponer vinculado a la producción del contribuyente un capital mayor de $ 30.000.00 moneda legal, violando con ello el Decreto 488 de 1954 y demás disposiciones concordantes; y

"4ª) Haber liquidado a mi poderdante un mayor impuesto de Rehabilitación como consecuencia de los mayores impuestos erróneamente liquidados, contraviniendo los decretos citados en el hecho diez (10) de la demanda."

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El juicio fue decidido por el Tribunal mediante sentencia del 25 de

marzo de 1961 en la que se dispuso revisar la Resolución Nº R-01514-H de 25 de mayo de 1960, dictada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, se ordenó devolver al señor Manuel Vives Rodríguez la cantidad de diez y ocho mil seiscientos dos pesos con treinta y cinco centavos ($ 18.602.35) y los intereses pagados de más, y se mandó tener como liquidación definitiva la siguiente:

PATRIMONIO:			**IMPUESTOS:**
El gravado inicialmente:		$ 189.641.86	$ 655.53
RENTA:			
La gravada inicialmente	$ 90.498.80		
Menos: 30% s/111.945.73 . . .	$ 33.583.72		
Renta gravable:	$ 56.915.18		$ 9.149.22
Exceso de utilidades			
Renta base	$ 56.915.18		
Menos: 12% s/191.099.96		$ 22.932.00	
Impuestos Renta y Patrimonio .		$ 9.804.75	
20% de renta mixta sobre $ 92.186.00		$ 18.437.20	
Renta base menos la deducc. .	$ 5.741.23	$ 51.173.95	
Liquidación de exceso:			
3% sobre $ 191.099.96	$ 5.733.00	al 18,75%	$ 1.074.94
	8.23	al 21,75%	$ 1.79
Suman:	$ 5.741.23		$10.881.48
CUOTA DE REHABILITACION NACIONAL			
20% sobre	$ 5.881.48		$ 1.176.30
4% para Paz de Río sobre	$ 41.033.70		$ 1.641.35
Total a cargo del contribuyente:			$13.699.13
Como pagó impuestos por valor de $ 30.660.13 e invirtió acciones de Paz de Río por valor de $ 23.064.62, Debe devolvérsele por impuestos			$18.602.35
Paz de Río			$ 723.27

De la sentencia apelaron tanto el actor como el señor Fiscal del Tribunal, quien había sido de parecer que se accediera en su integridad a las súplicas de la demanda.

CONCEPTO DEL SEÑOR FISCAL SEGUNDO DEL CONSEJO

Al alegar ante el Consejo el señor Agente del Ministerio Público pidió se revocara la sentencia de primera instancia para negar la deducción del 30% de la renta obtenida por el actor como agente de seguros, y acceder en cambio a la solicitud de que se deduzca de la renta gravable la suma recibida por concepto de bonificaciones.

Según el concepto del señor Fiscal al contribuyente no se le pueden hacer deducciones distintas a las autorizadas por la Ley, y el 30% solicitado por el demandante y concedido por el Tribunal no lo autoriza ninguna norma. "Así el artículo 42 del Decreto 818 de 1936 establece que los gastos y expensas deducibles de la renta bruta son únicamente los ordinarios dentro de la normalidad del negocio. Y el artículo 86 del mismo estatuto dispone que las deducciones deben limitarse a las estrictamente necesarias para los fines del negocio, comercio e industria". El artículo 55 del citado Decreto 818 de 1936 ordena que el contribuyente debe hacer en su declaración de renta una relación de los nombres y direcciones de las personas a quienes se hayan hecho pagos, lo mismo que de las sumas pagadas a cada una, cuando tales pagos asciendan a cien pesos o más en el año gravable. Con esta formalidad no cumplió el demandante. Lo que hizo la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales al rechazar la mentada deducción del 30% no fue otra cosa que someterse en un todo a las disposiciones legales y reglamentarias que rigen la materia.

Pero en cuanto a las bonificaciones recibidas por el señor Vives Rodríguez —continúa el señor Fiscal— esas sí se le deben deducir de la renta porque, según el artículo 23 del Decreto Nº 818 de 1936 no constituyen renta gravable las sumas recibidas por concepto de donaciones, herencias o legados. Y las bonificaciones que en el año de 1956 recibió el actor de la Compañía Nacional de Seguros, constituyen una donación a título gratuito que no puede ser gravada.

Tal, en síntesis, lo expuesto por el señor Fiscal.

Para resolver se considera:

El señor Manuel Vives Rodríguez, Agente de "La Nacional de Seguros" para los Departamentos de Atlántico, Bolívar y Magdalena, al presentar su declaración de renta y patrimonio por el año de 1956, denunció como comisiones recibidas de la Sociedad la suma de ciento cincuenta y cuatro mil ciento ocho pesos con cincuenta y tres centavos

($ 154.108.53), como bonificaciones recibidas de la misma, once mil setecientos noventa y siete pesos ($ 11.797.00); y presentó como valor de rentas exentas, el de cuarenta y cinco mil trescientos ochenta pesos con setenta y dos centavos ($ 45.380.72), valor este último equivalente al 30% del valor líquido de las comisiones, y al total de las bonificaciones de que se habló anteriormente. Como lo expuso el demandante en la relación de hechos, la Administración de Hacienda Nacional del Atlántico comenzó por negarle la deducción del 30% de las comisiones líquidas; luego, al resolver el recurso de reposición, accedió a reconocer el 30% únicamente; y por último la Jefatura al revisar la segunda de las providencias mencionadas, determinó que la primera era la que se ajustaba a los preceptos legales. Al señor Vives Rodríguez se le desconoció, pues, definitivamente la deducción por valor de $ 45.370.72, detallada por él en el Anexo número 2.

El punto de la controversia, por consiguiente, no es otro que el de determinar si, como lo pretende el actor, se debe tener como renta exenta el 30% de las comisiones líquidas recibidas, equivalente a $ 33.583.72, más la suma de $ 11.797.00, recibida a título de bonificación.

Se ha visto de los "Fundamentos de Derecho" expuestos por el demandante que respecto al mencionado 30% él funda esa pretensión solamente en las Resoluciones 4.100 de 24 de abril de 1940 y 1635 de 27 de noviembre de 1944, dictadas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales. Se creería por la invocación que se hace, que se trata de actos de carácter general y reglamentario; pero la Resolución Nº 1.635 es una providencia de carácter particular por la cual se reconoció a un Agente Viajero la exención del 30% de las comisiones recibidas en calidad de expensas ordinarias y necesarias en el ejercicio de su actividad. Dijo a propósito aquel Despacho: "Esta Jefatura tiene establecido que en caso de liquidación del impuesto sobre la renta a los Agentes Viajeros, que sufragan gastos por su cuenta, tienen derecho a que se les reconozca un 30% de ellos; por consiguiente es del caso acceder a lo solicitado".

La llamada Resolución Nº 4.100 de 1940, no es Resolución sino un oficio dirigido al Secretario-Tesorero de la Asociación de Representantes y Agentes Viajeros de Colombia, en el que se contiene el siguiente concepto:

"La Jefatura, pues, no ha emitido juicio sobre la aceptación o rechazo de los gastos en que puedan incurrir los agentes viajeros como condición necesaria para producir su renta. Pero ya que la comunicación de la Asociación de Agentes Viajeros da pie para ello, la Jefatura no tiene inconveniente en manifestar que a su juicio, son varias las mo-

dalidades de esa ocupación, no siendo posible dictar una norma general que abarque todos los casos.

"Por lo tanto, es el concepto de este Despacho que aquellos viajeros que trabajan a base de una comisión líquida, siendo de cargo de los representados los gastos de viaje, portes, propagandas, etc., no tienen derecho a deducción alguna por razón de gastos, debiendo pagar el impuesto sobre las comisiones recibidas, menos las exenciones personales.

"En el caso de agentes que corren con toda clase de gastos, que deben sufragar con cargo a las comisiones que les pagan las casas representadas, tienen derecho a que de tales comisiones se les deduzca un 30% en calidad de expensas ordinarias y necesarias en el ejercicio de la actividad, por considerarse este porcentaje como suficiente para cubrir tales expensas".

Se tiene, entonces, que los actos invocados por el actor como fundamentos jurídicos, no contienen normas de carácter general sino conceptos, y que aunque ellos se hubieran producido dentro de una práctica adoptada por el Despacho de origen, a esa práctica se le podía poner fin en cualquier momento, si ella no estaba autorizada en la ley. Por este aspecto carece de fundamento la demanda.

Pero, además, lo que la Jefatura ha contemplado expresamente es la calidad de "Agente Viajero", calidad que el actor hábilmente ha querido equiparar a la calidad de Agente de Seguros, para una vasta zona territorial, como la que tenía el señor Vives, con domicilio fijo, instalaciones y aporte de capital para la producción de la renta. Sin embargo, las dos situaciones son distintas, y en consecuencia, distinto debe ser también el régimen tributario. Si el Agente General de Seguros quiere asumir también la función de Agente Viajero, actividad esta última que no es ordinaria y necesaria para el desempeño de su mandato, las expensas que ello le ocasione no deben ser deducibles, precisamente por no ser ordinarias y necesarias. Por lo mismo, si al demandante se le reconoció una deducción por valor de $ 60.839.63, correspondiente a sueldos y comisiones pagadas por él, y otra por valor de $ 6.244.33, por concepto de gastos de propaganda y escritorio, no había razón para que, asimilándolo a Agente Viajero, se le dedujera también el mentado 30%.

Por lo que hace a la deducción de los $ 11.797.00 recibidos por el señor Vives Rodríguez como bonificaciones, se debe tener en cuenta que si bien, según el numeral 3º del artículo 23 del Decreto Nº 818 de 1936, no constituyen renta las sumas recibidas por donaciones, herencias o legados, al tenor de lo dispuesto en el último inciso del artículo 12 del mismo Decreto, sí constituye renta gravable toda bonificación o sobresueldo a empleados. No se puede decir que al valor dado al de-

mandante por la Nacional de Seguros lo caracterice la gratuidad, como que la causa suya no es otra que los servicios prestados por el primero a la última. Es una compensación o remuneración adicional a la convenida, y que sólo se puede explicar en razón de la plusvalía del servicio. Por lo mismo esa suma es parte de la renta y no está exenta de impuesto. Por otra parte existe disposición expresa que hace gravables las bonificaciones o sobresueldos, y que tiende a evitar el fraude al fisco mediante la división artificiosa de la remuneración de servicios.

Por este aspecto también carece de fundamento jurídico la demanda.

Y en cuanto hace al argumento formulado por el señor apoderado sustituto, respecto a que como la sentencia de primera instancia fue apelada, y que por lo mismo no puede ser revisada en lo favorable al demandante, se debe tener presente que en dicha providencia también se ordenó la consulta, y consecuentemente la revisión puede ser total. De otra manera bastaría con que un contribuyente apelara de una sentencia para cerrarle la vía del derecho a la Administración.

D E C I S I O N

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

F A L L A :

1º) Revócase la sentencia apelada y consultada.

2º) En su lugar niéganse las súplicas formuladas en la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Jorge A. Velásquez. Gabriel Rojas Arbeláez. — Alvaro León Cajiao B., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISION DE IMPUESTOS

IMPUESTOS NACIONALES (RENTA). CAFICULTORES: DEDUCCION DE LOS COSTOS DE PRODUCCION. Prorrateo o proporcionalidad entre el café vendido durante el año gravable y el mantenido en depósito al final del mismo período. Razones que justifican la aplicación de este sistema.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D. E., 6 de junio de 1963.

(Consejero Ponente: Dr. GABRIEL ROJAS ARBELAEZ)

REF: Expediente Nº 1.916 relacionado con la revisión de las Resoluciones Nos. 289 de abril de 1959, y R-01962-H de julio de 1961, emanadas de la Administración de Hacienda de Caldas y de la Jefatura de Impuestos Nacionales.

En demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Caldas el 3 de noviembre de 1961, el señor Bernardo Uribe Arango, obrando por medio de apoderado, pidió se revisara la operación administrativa por la cual se le determinó el impuesto sobre la renta, patrimonio y demás gravámenes adicionales por el año de 1957, operación constituída por la liquidación que practicó la Administración de Hacienda Nacional de Caldas, por la Resolución Nº 289 de abril 17 de 1959, originaria del mismo Despacho, y por la Resolución Nº R-01962-H de julio 5 de 1961, expedida por la División de Impuestos Nacionales.

Dijo además el demandante:

"Igualmente solicito:

"PRIMERO: Que, como consecuencia de la revisión o declaratoria de nulidad de los actos administrativos detallados en el párrafo anterior, mediante las pruebas y alegatos que en el curso de este proceso se presenten, en la sentencia definitiva que sobre este negocio se pronuncie, se verifique una liquidación que sustituya las demandadas y declare, por consiguiente, que las liquidaciones del impuesto sobre la renta, patrimonio y demás gravámenes, vigencia de 1957, practicada por la citada administración y notificada por auto número 05235, así como la Resolución número R-01962-H de julio 5 de 1961, son nulas y carecen de valor alguno para fijar el monto de esos gravámenes y se ordene el reintegro de las sumas que resulten a favor de mi mandante

señor don Bernardo Uribe Arango, mayor y de esta vecindad, lugar en donde presentó su declaración de renta y pagó los impuestos respectivos, ya sea por concepto de impuesto sobre la renta, patrimonio, exceso de utilidades, recargo por exceso de utilidades, inversiones en Acerías del Río (sic)), Fondo Ganadero, intereses de mora pagados por el contribuyente señor Uribe Arango, etc., etc."

"En cuanto a la Resolución Nº 289 de abril 17 de 1959, proferida por la Administración de Impuestos Nacionales de Caldas (anteriormente Administración de Hacienda Nacional de Caldas, sección de sustanciación), no solicito su nulidad por cuanto está ajustada a normas legales, y por consiguiente, mi mandante admite los impuestos fijados no obstante que no se le reconocieron algunas pequeñas deducciones.

"SEGUNDO: Que las devoluciones a que haya lugar se verifiquen mediante el sistema que se suele emplear en estos casos y, en especial, con la aplicación del Decreto Ejecutivo Nº 01651 de julio 18 de este año y demás disposiciones concordantes emanadas de la Administración de Impuestos Nacionales, División de Impuestos Nacionales y Contraloría General de la República".

H E C H O S :

En cuanto a hechos que sustentaran las peticiones anteriores, se hizo la relación siguiente:

"a) Mi mandante, señor Bernardo Uribe Arango, vecino de esta ciudad, presentó ante la Administración de Impuestos Nacionales de Caldas (anteriormente Administración de Hacienda Nacional de Caldas) su declaración de renta y patrimonio por la vigencia de 1957".

"b) Por medio del auto distinguido con el número 05235 de agosto 27 de 1958, le fueron notificados los impuestos a mi mandante, así: por patrimonio, $ 522.41; por renta, $ 7.904.25; por exceso de utilidades, $ 1.356.56; recargo del 50% por exceso de utilidades, $ 678.28; 4% para inversiones en Paz del Río (hoy Acerías Paz de Río S.A.), $ 1.454.89 y Fondo Ganadero, $ 107.48, o sea un gran total de $ 12.023.87.

"c) Por no hallarse conforme mi mandante, interpuso el recurso de reposición contra la citada liquidación ante la Sección de Sustanciación de la misma Administración de Hacienda Nacional de Caldas (hoy Administración de Impuestos Nacionales de Caldas); resuelto el recurso por medio de la Resolución número 289 de abril 17 de 1959, le fueron rebajados los impuestos a mi mandante a la suma de seis mil seiscientos setenta pesos con dos centavos ($ 6.670.02), por el grado de consulta,

subió a la División de Impuestos Nacionales el expediente, a fin de que se pronunciara sobre la anterior resolución, la cual por medio de la Resolución número R-01962-H, de julio 5 de este año, modificó la anterior y en su lugar, fijó los impuestos en la suma de $ 9.009.50. Notificada esta última número R-01962-H, de julio 5 de 1961, agotó la vía gubernativa".

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Estimó el actor como violados los artículos 16 de la Constitución; 1º del Decreto Ejecutivo 2745 de 1945; 31, 42, 78, 82 y 98 del Decreto Ejecutivo 818 de 1936; 1º y 34 del Decreto Ejecutivo 437 de 1961; 43, 44 y concordantes de la Ley 81 de 1960; 89 y siguientes del Decreto 437 de 1961, y artículo 9º ordinal 11 del Decreto 1651 de 1961. Y estimó la violación consistente en que en los actos acusados, sin respaldo legal ni material alguno, se empleó el sistema de juego de inventarios para fijar los impuestos a cargo del contribuyente; se le imputó como renta el café que tenía en depósito el 31 de diciembre de 1957, tratándose simplemente de un productor; y no se aceptó la totalidad de los gastos declarados por el señor Uribe Arango. Esta la síntesis del extenso concepto de violación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal por sentencia de abril trece de mil novecientos sesenta y dos accedió a revisar la operación administrativa de liquidación de los impuestos correspondientes al señor Bernardo Uribe Arango por el año de 1957; fijó éstos en la suma de mil seiscientos setenta y cuatro pesos con cincuenta y siete centavos ($ 6.674.57) y ordenó devolver al demandante la suma de dos mil doscientos siete pesos con sesenta y nueve centavos ($ 2.207.69), por impuestos pagados de más, lo mismo que la de noventa y nueve pesos con cincuenta y cinco centavos ($ 99.55) pagados por intereses de mora. Dispuso además que "Acerías Paz del Río S.A." y la Gerencia General del Banco Ganadero tendrían en cuenta al contribuyente para futuras inversiones las sumas de ciento veintisiete pesos con veinticuatro centavos ($ 127.24) y diez pesos con quince centavos ($ 10.15) respectivamente. También se ordenó la consulta de la providencia mencionada.

Consideró aquella entidad que al haberle sido negado al contribuyente el reconocimiento de todos los costos relacionados por él, se habían violado con ello los artículos 42 del Decreto 818 de 1936 y 1º del Decreto 2745 de 1945, según los cuales son deducibles como gastos o expensas de la renta bruta, los ordinarios dentro de la normalidad del negocio, profesión, industria o comercio.

Para resolver se considera:

Lo único que se controvierte en este juicio es si era procedente el prorrateo de los costos de producción que hizo al contribuyente, señor Bernardo Uribe Arango, la División de Impuestos Nacionales en la Resolución número 01692 de 5 de julio de 1961. El señor Uribe Arango es agricultor, y al declarar por el año gravable de 1957 denunció una renta obtenida en la producción y venta de café, de cuarenta y seis mil doscientos setenta y cinco pesos con cincuenta centavos ($ 46.275.50); y un costo para producirla de veinte mil novecientos diez pesos con treinta y seis centavos ($20.910.36). A la vez denunció como patrimonio la cantidad de cuatrocientas una arrobas dieciséis libras de café, por haberla tenido en depósito el 31 de diciembre del año gravable. El valor asignado a este café fue el de dieciséis mil sesenta y cinco pesos con sesenta centavos ($ 16.065.60).

Al revisar en grado de consulta la Resolución Nº 289 de 17 de abril de 1959, proferida por la Administración de Hacienda Nacional de Caldas, estimó la División de Impuestos Nacionales que los costos no debían deducirse en su totalidad, sino que debían ser prorrateados en proporción al café vendido, que constituía verdadera renta, y el tenido en depósito al fin del año, que es considerado como patrimonio en la legislación tributaria.

La Sala en providencia del 4 de septiembre de 1961, dictada en el juicio de impuestos promovido por el señor Pedro Uribe Mejía, y a propósito de que al contribuyente se le pretendía gravar como renta una cantidad de café tenida en depósito al final del año gravable, hizo las consideraciones que el demandante transcribe respecto a la clase de factor imponible que constituye un depósito de tal naturaleza en quien no es sino productor. Pero el caso presente es distinto. Aquí se trata de saber si es procedente o no el prorrateo de los costos, como lo hizo la División de Impuestos Nacionales.

La Sala encuentra legal el procedimiento adoptado por la División de Impuestos Nacionales en la Resolución Nº R-01962-H de 1961, que es la acusada, al prorratear los costos de producción de la renta de café. Según los artículos 2º de la Ley 78 de 1935 y 42 del Decreto 818 de 1936, se han de deducir las expensas ordinarias causadas y pagadas durante el año gravable en el manejo de cualquier comercio o negocio **cuya renta sea gravable,** lo que obviamente hace concluir con que no se pueden deducir los causados en una producción que no sea renta, o que, al menos, no tenga por el año fiscal correspondiente la calidad de gravable. Considerado esto así se ve que apenas se compensa el favor que recibe el contribuyente del hecho de que la ley permita liquidarle un bien económico a la tasa patrimonial y no a la de la renta, que es

superior. Es cierto que a la siguiente vigencia gravable puede ser vendido el depósito, cuyo ingreso vendría a aumentar la renta obtenida en el año, y por lo mismo también los tributos, sin que se hubiera tenido en cuenta el costo correspondiente. Pero no parece haber dificultad en que, si el contribuyente denuncia entre lo vendido el remanente del año anterior, se le haga la deducción por los costos proporcionales. No habría así menoscabo al fisco, ni agravio al sujeto pasivo de la imposición, ni ocurriría, como se ve en este juicio, que determinadas arrobas de café, estimadas como patrimonio en la vigencia de 1956, se hagan figurar por el mismo concepto en la siguiente, afectando de este modo el total de la renta, y por lo mismo el de la obligación tributaria. Por lo menos el tratamiento dentro del régimen fiscal debe ser equivalente, pues resulta contradictorio que se considere a un bien objeto patrimonial y así se le liquide el impuesto, y en seguida se le hagan deducciones que sólo tienen cabida cuando se trata de renta.

D E C I S I O N :

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

F A L L A :

1º) Revócase la sentencia consultada.

2º) En su lugar no se accede a las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Jorge A. Velásquez. Gabriel Rojas Arbeláez. — Alvaro León Cajiao B., Secretario.

REVISION DE IMPUESTOS

IMPUESTOS NACIONALES. (RENTA). CONFLICTOS ENTRE DECISIONES ADMINISTRATIVAS. Resoluciones en las cuales se decidan materias especiales que tengan incidencia en la liquidación de impuestos. Oportunidad para discutirlas. Por virtud del artículo 47 del Decreto Nº 1651 de 1961, dictado por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias de que fue investido por el artículo 134 de la Ley 81 de 1960, en el procedimiento gubernativo sobre liquidación de impuestos de renta y complementarios, ya no hay lugar a conflictos entre decisiones administrativas, pues las resoluciones en que se decidan materias especiales que incidan en la liquidación sólo pueden ser discutidas con ocasión de los recursos que se se interpongan contra las liquidaciones. Pero esta disposición de excepción no puede aplicarse al presente caso porque entró a regir con posterioridad a la actuación gubernativa que se ha demandado en revisión, actuación que se sujetó a las normas anteriores, las cuales no daban lugar a controvertir dentro de los recursos contra las liquidaciones, lo que había sido decidido en resoluciones ya ejecutoriadas sobre materias especiales que tuvieran incidencia en la operación administrativa de liquidación.

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

(Consejero Ponente: Dr. ALEJANDRO DOMINGUEZ MOLINA)

Por medio de apoderado la sociedad Colombian Petroleum Company, sucursal domiciliada en Bogotá, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que mediante juicio sobre impuestos, se hicieran por sentencia las declaraciones siguientes:

"Primera: Que son nulos y deben revisarse, y se revisen, los actos administrativos por los cuales se liquidó a la Colombian Petroleum Company el impuesto sobre renta y complementarios por el año de 1953 y que comprende las siguientes providencias:

a) Liquidación Nº 25488 practicada por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca el 30 de septiembre de 1954, por la cual se dedujeron $ 6.027.153.93 como valor de tales impuestos y $ 233.850.62 como obligación adicional para suscribir en acciones de Paz de Río.

b) La Resolución Nº R-2148-H de 9 de julio de 1957 de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, por la cual se confirma la expresada liquidación. Y Resolución Nº 2478-H de la misma Jefatura de 30 de

junio de 1958, por la cual no se accede a reponer la Nº R-2148-H.

El cargo contra estas dos Resoluciones dice relación al hecho de haber considerado inmodificables el auto Nº R-472-A de 21 de septiembre de 1954 y la Resolución Nº R-38-C de 9 de marzo de 1957, de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, y haberse negado a deducir de la renta de la Colombian Petroleum Company, para determinar la renta gravable, la cantidad de $ 324.561.53, saldo no amortizado del costo de bienes sin valor de salvamento, y amortizable al probar que los bienes carecían de ese valor. La revisión y anulación del auto número R-472-A y de la Resolución Nº R-38-C en cuanto pudiera considerarse necesaria, se solicita aquí expresamente.

"Segunda: Que en la liquidación definitiva que practique ese Tribunal, para determinar la renta se deduzcan los $ 324.561.53 a que se refiere el punto anterior, y se fije la renta en la cantidad de $ 15.077.806.51, con lo cual los impuestos que corresponde pagar a la Colombian Petroleum Company por el año gravable de 1953, son los siguientes:

Patrimonio	$	950.760.66
Renta		4.606.423.31
Exceso de utilidades		325.112.36
2½% para Paz de Río		229.358.02
Total	$	6.111.654.35

"Tercera: Que de conformidad con la liquidación anterior, la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca debe devolver a la Colombian Petroleum Company, con cargo a Rentas, la cantidad de $ 144.857.60, mayor valor entre lo consignado según recibos números 2864 de 22 de febrero de 1954; 107742 de 24 de abril de 1954; 7618 de 22 de junio de 1954; 22338 de 28 de agosto de 1954, y 150743 de 3 de diciembre de 1954, y lo que según la liquidación anterior debe pagarse.

"Cuarta: Que se comunique a la Empresa Siderúrgica de Paz de Río o Acerías Paz del Río que la Colombian Petroleum Company tiene derecho a que, en posteriores ejercicios fiscales, se le tenga en cuenta a su favor la cantidad de $ 4.492.60 invertida de más para suscribir acciones de esa Empresa por razón de la liquidación del impuesto de renta y complementarios para 1953 practicada por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca".

Como hechos fundamentales de la acción, expuso la demanda, en resumen:

1º) Antes de presentar su declaración de renta y patrimonio por el año de 1953, la sociedad demandante pidió a la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales la autorización para la amortización total del costo de ciertos bienes retirados del servicio sin valor de salvamento, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 22 del Decreto 554 de 1942, pues esta autorización era necesaria para que se aceptara por la oficina liquidadora del impuesto la deducción de la renta bruta, del saldo no amortizado del costo de tales bienes;

2º) Con la solicitud antes mencionada la sociedad acompañó para acreditar la carencia de valor de salvamento de los bienes, el acta de la diligencia de inspección ocular practicada en abril de 1954 por un funcionario comisionado del Ministerio de Minas y Petróleos, asociado por el Inspector de Petróleos de la Concesión Barco y de tres representantes de la compañía;

3º) La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, por auto Nº R-472-A de 21 de septiembre de 1954, negó la autorización, con el fundamento de que el artículo 22 del Decreto 554 de 1942 había quedado sin vigencia por virtud del Decreto 270 de 1953, que el saldo no era amortizable porque los bienes habían sido retirados del servicio antes de 1953 y no habían producido renta en ese año, y que conforme al artículo 26 del Decreto 488 de 1954 "no utilizada una depreciación en el año que le corresponde, no se puede acumular a otro";

4º) Por falta de la autorización, la Administración de Hacienda de Cundinamarca liquidó el impuesto el 30 de septiembre de 1954 y rechazó la deducción del saldo;

5º) Del auto R-472-A se pidió reposición, pero la Jefatura de Rentas decidió el recurso desfavorablemente por medio de la Resolución Nº R-38-C de 9 de marzo de 1957;

6º) De la liquidación del impuesto reclamó la sociedad demandante, pero la Jefatura la confirmó por la Resolución Nº R-2148-H de 9 de julio de 1957 "con fundamento en que la Resolución Nº R-38-C había agotado los recursos gubernativos para el caso y no podía ser modificada por la Jefatura por tener para ella la plena autoridad de cosa juzgada";

7º) Pedida la reposición de esta Resolución, la Jefatura de Rentas la confirmó por la Resolución Nº R-2478-H de 30 de junio de 1958.

Sostiene el libelo que la operación administrativa de liquidación del impuesto cuya revisión se demanda viola el artículo 2º de la Ley 78 de 1935 y el artículo 22 del Decreto Nº 554 de 1942 "que otorga a la Com-

pañía el derecho a esa deducción hasta el 100% del costo de los bienes de que se trata, por haber acreditado que tales bienes carecen de valor de salvamento" y refiriéndose a lo decidido por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales en relación con los efectos de las providencias que negaron la autorización para que la Compañía amortizara el saldo del costo de bienes sin valor de salvamento, expresó la demanda:

"Tales providencias no ponen término a la liquidación del impuesto. Son simples actuaciones de puro trámite sin las cuales la Administración de Hacienda quizás no podía aceptar la deducción de la suma respectiva, pero que no agotan, no pueden agotar en su fuente la facultad de la Jefatura de Rentas, cuando ella misma tiene que practicar la liquidación. Siempre que la Jefatura se encuentre en el caso de practicar o revisar una liquidación, tiene que estar en posesión de la facultad de determinar previamente las sumas deducibles de la renta, pues de otra manera resultaría pudiendo menos por sí misma de lo que puede una entidad inferior, como lo es la Administración de Hacienda, cuando es autorizada por aquélla. Y es un absurdo poder menos cuando se obra que cuando se autoriza. Es que lo que establece la relación entre el Fisco y el contribuyente es la liquidación misma, en su unidad de totalidad, la que por la misma razón tiene previsto el recurso contencioso administrativo de control jurisdiccional.

"No se ve cómo la Jefatura de Rentas al tener bajo su jurisdicción la totalidad de la liquidación por virtud del reclamo oportunamente interpuesto contra ella, pueda considerarse inhibida para revisar tal liquidación, por razón de autorizaciones o denegaciones de autorización, de la misma Jefatura, cuyo único objeto es orientar a la Administración de Hacienda. Ni parece razonable que no habiendo producido aquellas providencias de trámite previo en su debida oportunidad, sin culpa del contribuyente, se pueda presentar el fenómeno absurdo de que sobre una misma liquidación estén conociendo a un mismo tiempo dos secciones de la Jefatura de Rentas. Ni mucho menos se puede aceptar ni comprender que la decisión extemporánea de la Sección que debe intervenir previamente, y sobre un sólo aspecto, pueda restringir o hacer periclitar la potestad revisora total de la Jefatura sobre las liquidaciones practicadas por la Administración de Hacienda".

El Tribunal, surtidos los trámites de la instancia y en desacuerdo con su Fiscal, dictó sentencia el 29 de julio de 1959, en forma favorable a las pretensiones de la demanda y ordenó su consulta si no fuere apelada.

Para resolver, la Sala considera:

La cuestión que en primer término debe considerarse es la de si

negada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales la autorización solicitada por la sociedad demandante para amortizar totalmente, por depreciación, el saldo de valor de costo de bienes retirados del servicio y que carecen de valor de salvamento, negativa contenida en las providencias números 472 de 21 de septiembre de 1954 y 38 de 9 de marzo de 1957, respectivamente, puede pronunciarse la jurisdicción contencioso administrativa sobre la legalidad de estos actos, en el juicio de revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios, de la sociedad demandante, por el año gravable de 1953, revisión que la demanda solicita precisamente porque no se le aceptó la deducción de la renta bruta, del saldo cuya amortización no se le autorizó.

El Tribunal para decidir el juicio en forma favorable consideró que los autos distinguidos con los números 472 y 38 forman parte del conjunto de la operación compleja de liquidación y "mal puede sostenerse que son intocables en revisión por no haber promovido la Compañía el pertinente recurso contencioso, exclusivamente contra ellos dentro de los tres meses siguientes a su ejecutoria, porque, se repite, forman con la liquidación practicada por la Jefatura, un solo acto. Aun cuando también hubiera podido demandarlos válidamente por separado, ya que actos de esa naturaleza pueden ser acusados independientemente o en conjunto con la liquidación, sin que pueda alegarse en este último caso firmeza definitiva de los primeros o intermedios por el transcurso de tres meses, en razón de la relación que los vincula al acto final de la liquidación que hace de todos un complejo".

Igual tesis expuso el Tribunal en negocios similares, pero esta Sala no la acogió. En efecto: en sentencia de fecha 25 de mayo de 1960 proferida en el juicio adelantado por la misma Colombian Petroleum Company y con ponencia del H. Consejero Carlos Gustavo Arrieta, dijo:

"El objetivo de las gestiones adelantadas por la Empresa... era el que se definiera por los funcionarios públicos competentes hasta qué punto podrían autorizarse las deducciones impetradas para efecto de hacerlas valer en la liquidación tributaria correspondiente al año fiscal de 1951. Al decidirse, como cuestión previa, el tema sometido a la consideración de la Jefatura de Rentas, la sociedad estaba en condiciones de adoptar uno de estos dos caminos: o aceptaba la determinación tomada por la oficina por considerarla ajustada a derecho, o insurgía contra ella mediante la utilización de las vías procesales respectivas, dentro de los términos que señala la ley. Si optaba por el primero de los extremos, se podía presumir su conformidad y, consiguientemente, no le era lícito volver sobre el mismo punto ya definido, por haber dejado escapar la oportunidad legal para ello. Si optaba por el segundo, la decisión que se produjera incidiría directamente sobre la liquidación de los gravámenes correspondientes.

"La ley otorga a los ciudadanos y a las personas jurídicas la facultad de poner en movimiento todos los recursos y acciones contra los actos de la administración pública que quebranten sus derechos, pero los interesados están en la obligación de utilizar las vías procesales si quieren evitar los posibles daños patrimoniales que la decisión administrativa pueda ocasionarles. Pero si ellos no hacen uso de ese derecho en la oportunidad legal, el ordenamiento queda en firme y ha de presumirse la conformidad del interesado con la actuación de la administración.

"Las providencias de trámite son acusables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de igual manera que las que tienen el carácter de definitivas, y contra ellas proceden también los correspondientes recursos en la vía gubernativa. Para que sea viable la acusación ante el órgano jurisdiccional, la ley sólo requiere que las providencias de trámite decidan directa o indirectamente el fondo del asunto de tal modo que le pongan término o hagan imposible su continuación (artículo 82 de la Ley 167 de 1941).

"De acuerdo con el precepto legal en cita, la compañía demandante tenía a su disposición las acciones necesarias para invalidar ante la jurisdicción contencioso administrativa los autos dictados por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales porque ellos definieron directamente la situación particular de derecho en que estaba colocada la empresa con relación a las deducciones solicitadas. Se produjo así un pronunciamiento de la administración pública sobre el fondo de la materia cuestionada, en forma tal que se puso término o se hizo imposible la continuación de las gestiones sobre el presunto derecho alegado por la Colombian Petroleum Company. Al abstenerse esa compañía de recurrir ante los organismos competentes, no obstante la potestad que para ello le otorgaba la ley, se cerraron los caminos legales para que la administración activa o los tribunales pudieran revisar providencias no sometidas a su consideración por los mismos interesados en oportunidad.

"No es aceptable la tesis de que una vez definida una cuestión con el presumible consentimiento de los perjudicados, y agotados los términos legales para reclamar contra tales pronunciamientos, pudiera ser materia una y más veces a nuevas definiciones. El asunto quedó resuelto en su oportunidad y quedaron también resueltas en forma implícita todas las otras cuestiones que de la materia definida se deriven. Si el objetivo que se perseguía con las deducciones solicitadas era el de hacerlas valer en la operación administrativa de liquidación del impuesto, y ellas fueron negadas por la oficina competente, esa decisión definió el fondo del asunto y le puso término.

"... El pronunciamiento previo de la Jefatura de Rentas no puede tener la calidad de una simple decisión accesoria o subordinada a la operación administrativa de liquidación, sino que ella determina por anticipado la situación jurídica en que está colocado el contribuyente. Precisamente, el fenómeno jurídico que se opera es el inverso: todo el proceso de liquidación, en cuanto se refiere a ese punto, queda condicionado por lo que se haya definido en la decisión previa..."

"Así debió entenderlo la sociedad demandante cuando con anticipación a la presentación de su declaración de renta, formuló ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales las solicitudes necesarias para que se hiciera la previa determinación de que habla la ley. Si la compañía actora lo hubiera entendido en forma distinta, se habría abstenido de buscar la decisión previa y seguramente habría planteado este aspecto de la controversia dentro de la tramitación normal de la operación de liquidación. Al perseguir el pronunciamiento previo, estaba... admitiendo implícitamente que lo que en la decisión se resolviese no podía tener el carácter de acto simplemente episódico, sino que, por el contrario, le estaba atribuyendo la calidad de providencia dotada de valor jurídico propio. Las decisiones administrativas deben gozar de cierta estabilidad y, aunque en realidad no las ampara el principio de la cosa juzgada en la misma forma que a los actos propiamente jurisdiccionales, ellas están amparadas por una presunción de legalidad que puede destruírse mediante el ejercicio oportuno de los recursos y acciones. Si los interesados aceptan implícitamente los actos administrativos que los perjudican y no insurgen contra ellos por las vías procesales correspondientes, no pueden después, con oportunidad de la aplicación del acto, buscar una revisión extemporánea o eludir las consecuencias necesarias de una decisión no sometida a recursos por voluntad del mismo perjudicado".

La doctrina anterior fue ratificada por la Sala en sentencia de fecha 13 de junio de 1960, dictada en el juicio de impuestos seguido por la misma Colombian Petroleum Company, y, de acuerdo con ella debe decidir también la presente controversia.

Cabe advertir sí, que por virtud del artículo 47 del Decreto número 01651 de 18 de julio de 1961, dictado por el Gobierno en uso de las facultades extraordinarias de que fue investido por el artículo 134 de la Ley 81 de 1960, en el procedimiento gubernativo sobre liquidación de impuestos de renta y complementarios, ya no hay lugar a conflictos entre decisiones administrativas como el que se presentó en este negocio y en otros similares, pues aquella disposición dice así:

"Artículo 47. — Las resoluciones en las cuales se decidan materias especiales que tengan incidencia en la liquidación de impuestos, sólo

pueden ser discutidas con ocasión de los recursos que se interpongan contra las liquidaciones.

"Cuando la liquidación se practique antes de haberse fallado materias incidentales, el término para reclamar se cuenta desde la notificación de estas providencias.

"Si el fallo que resuelve la materia incidental ha sido dictado por la División de Impuestos Nacionales, del recurso de reclamación conocerá la mencionada entidad".

Esta disposición de excepción no puede ser aplicable en el presente juicio, porque entró a regir con posterioridad a la actuación gubernativa sobre liquidación del impuesto que se demanda en revisión, actuación que se sujetó a las normas anteriores y que no daban lugar a controvertir dentro de los recursos contra las liquidaciones, lo que había sido decidido en resoluciones ya ejecutoriadas sobre materias especiales que tuvieran incidencia en la operación administrativa de liquidación.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, FALLA:

REVOCASE la sentencia de fecha 29 de julio de 1959, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el presente juicio, y, en su lugar, NIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Alejandro Domínguez Molina. — Carlos Gustavo Arrieta. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez — Jorge A. Velásquez — Alvaro L. Cajiao B., Secretario.

REVISION DE IMPUESTOS

IMPUESTOS NACIONALES. (SUCESIONES, DONACIONES Y MASA GLOBAL HEREDITARIA). I.—Rebaja de los recargos o intereses sobre el impuesto que deben pagar las sucesiones ilíquidas. Alcance y finalidades del Decreto Legislativo Nº 53 de 1957: Buscó facilitar a los herederos la liquidación de las mortuorias, poniendo fin a las comunidades que perjudican la economía nacional y trató de proporcionarle al Estado recursos para atender a sus necesidades. Esta no se obtendría si el texto se interpretara en el sentido de que la amnistía que otorgó abarca tanto a los recargos pendientes como a los pagados con antelación a la fecha de su vigencia. La condonación sólo se refiere a los recargos pendientes.

II.—Sistema legal aplicable para la imputación de abonos cuando éstos no cubren suficientemente la deuda fiscal: Los abonos hechos antes del vencimiento del plazo de gracia que concede el artículo 73 de la Ley 63 de 1936 para el pago del impuesto de sucesiones, se imputan al principal del impuesto; los hechos con posterioridad, primeramente a recargos y luego al principal. Respecto de los hechos con antelación a la vigencia del Decreto Legislativo Nº 53 de 1957, se aplican las reglas prescritas por el artículo 26 del Decreto Nº 1020 de 1936, reglamentario de la Ley 63 del mismo año.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Bogotá, D.E., julio doce de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. FRANCISCO ELADIO GOMEZ G.)

El doctor Gnecco Mozo, abogado titulado e inscrito, mayor y vecino de Pasto, como apoderado del Reverendo Padre Ramón Santacruz y de la señorita María Mercedes Santacruz, también mayores y del mismo vecindario, mediante demanda presentada el 22 de mayo de 1959 y dirigida al Tribunal Administrativo del Departamento de Nariño, en ejercicio de la acción contenciosa de impuestos, solicitó que, previos los pertinentes trámites, se hicieran estas declaraciones:

"a) Que los recargos deducidos por la Administración de Hacienda Nacional de Nariño contra la sucesión de la señorita Rosario Santacruz Delgado, por concepto de moras en el pago de impuestos sucesorales, recaudados por dicha Oficina, y que se contabilizan en la liquidación Nº 2 de 22 de enero de 1958, los que montan a la suma de $ 69.106.95 son ilegales, por haber sido exonerada dicha sucesión del pago de ellos en virtud del Decreto Nº 53 de marzo 16 de 1957 de la Rama Ejecutiva;

b) "Que se declare igualmente que tres abonos previos por las cantidades de $ 7.044.00; $ 10.250.00 y $ 6.844.00 los que hacen un total de $ 24.138.00 que no se computaron en la liquidación Nº 2 de 22 de enero de 1958, fueron también indebidamente cobrados y recaudados;

"c) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores y en ejercicio de la plena jurisdicción que compete a ese H. Tribunal se ordene la devolución a los herederos de un total de $ 93.244.65, cobrados indebidamente, suma que se descompone así:

Recargos indebidamente cobrados	$ 69.106.65
Pagos hechos y no computados	$ 24.138.00
	$ 93.244.65"

Los hechos sobre los cuales se funda la demanda pueden resumirse así:

En el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto cursó hasta su terminación el juicio de sucesión testada de la señorita Rosario Santacruz quien falleció en esa ciudad el 9 de marzo de 1954; como únicos herederos fueron declarados el Reverendo Padre Ramón Santacruz y la señorita María Mercedes Santacruz entre quienes se realizó la respectiva partición de bienes aprobada el 21 de noviembre de 1958; la Administración de Hacienda Nacional de Nariño, al hacer la correspondiente liquidación, dedujo, por concepto de impuesto a la masa global hereditaria, impuesto de asignaciones, elevación del 20% y recargos por mora, la suma de $ 381.412.08 m. legal; la cantidad deducida por concepto de recargos por mora ascendió a la suma de $ 69.106.65; durante la tramitación del juicio sucesorio, los herederos hicieron abonos parciales según consta en los recibos expedidos el 29 de octubre de 1954, 10 de marzo de 1955, 31 de octubre de 1956, 25 y 27 de febrero de 1957 y 25 de junio del mismo año; para la aprobación de la partición el Juzgado del conocimiento le exigió a los herederos la presentación del certificado de paz y salvo que fue expedido por la Administración de Hacienda Nacional una vez pagada la suma de $ 241.088.08 en que fue estimado el saldo del impuesto; el saldo exigido por la nombrada Oficina fue cubierto el 16 de diciembre de 1957 según consta en la copia del recibo de Caja Nº 57134; los abonos por las sumas de $ 7.044.00, $ 10.250.00 y $ 6.844.00 no fueron computados ni se descargaron en la liquidación Nº 2; la Administración de Hacienda Nacional de Nariño recaudó indebidamente la suma de $ 24.138.00, cantidad que resulta de restarle a la fijada por la Oficina Liquidadora ($ 381.412.08), la pagada por los herederos ($ 405.550.08); el Decreto Legislativo Nº 053 de 16 de diciembre de 1957 rebajó totalmente los recargos pendientes en las sucesiones que pagaran el principal durante el año siguiente a su

expedición; el 16 de diciembre de 1957, faltando más de tres meses para el vencimiento del plazo de gracia concedido por la ley, la sucesión, con el fin de obtener la expedición del certificado de paz y salvo, pagó la suma de dinero que le exigió la Administración de Hacienda Nacional; el saldo fue fijado por la Oficina Recaudadora a pesar de que la liquidación solamente quedó en firme al expedirse la Resolución de 23 de febrero de 1958; los herederos, quienes pagaron oportunamente, tenían pleno derecho a que se les exonerara de todos los recargos; este derecho fue desconocido por la Administración de Hacienda Nacional y por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.

Como disposición violada con la expedición de las Resoluciones acusadas fue señalado el artículo 2º del Decreto Legislativo Nº 053 expedido el 16 de marzo de 1957 "por el cual se concede una amnistía fiscal y una rebaja de los recargos o intereses en las sucesiones ilíquidas".

Al expresar el concepto de violación, sostiene el demandante que la aludida norma legal ha sido desconocida por la Administración apelando a una interpretación que se opone al espíritu de ella y agrega:

"Bien puede compararse el régimen de las sanciones económicas que en el fondo son una penal civil, con el de las penas en materia criminal. En éstas, toda duda ha de resolverse en favor del acusado. En materia de sanciones punitivas fiscales, también en caso de duda, si la hubiere, en la aplicación de las exenciones, deben resolverse en favor del contribuyente.

"El criterio de interpretación de las normas de exenciones, tiene que ser el de favorecer a los contribuyentes, y debe desecharse toda interpretación o subterfugio que se oponga al espíritu con que han sido expedidas esas normas excepcionales.

"Es lo normal y común en las sucesiones, hacer abonos parciales, indeterminados, casi siempre con el objeto de obtener permiso judicial de vender alguno de los bienes de la mortuoria. La Administración de Hacienda hace un cálculo ad-libitum de la parte de gravamen que correspondería al bien, y exige ese pago parcial. ¿Quiere decir esto que se ha pagado el impuesto que correspondería a esa porción herencial representada en el bien que se va a vender? De ninguna manera. No se ha pagado nada en concreto. Simplemente se ha hecho un abono a la masa global de los gravámenes que al final resulte.

"Desde el punto de vista jurídico o desde el punto de vista contable, gravámenes o abonos, como quien dice activo y pasivo, están en suspenso, o pendientes, hasta el día en que, hecha la liquidación de los

impuestos, ésta quede en firme. En realidad no ha habido pago de nada. Tanto es así que los recibos que se expiden por los Recaudadores no expresan que se imputan a tal o cual cargo, sino que se expiden como 'depósitos' o abonos a un gravamen que todavía no se sabe cuánto monta".

Habiéndose tramitado el juicio en la primera instancia con el lleno de las formalidades procesales de rigor, el Tribunal Administrativo de Nariño le puso fin a la litis mediante sentencia pronunciada el 20 de mayo de 1961.

La parte resolutiva de esta sentencia está concebida en los siguientes términos:

"El Tribunal... revisa la operación administrativa que rehizo la liquidación de los impuestos sucesorales de la sucesión de la señorita Rosario Santacruz Delgado, y liquida los impuestos en la siguiente forma:

"1º—A la sucesión le corresponde pagar, por concepto de impuestos sucesorales, con los recargos legales, el monto de $ 398.706.04;

"2º—En consecuencia, la División de Impuestos Nacionales debe ordenar devolver a los herederos de la sucesión, dentro del término señalado en el artículo 121 del C.C.A., la cantidad de $ 6.844.00, pagada en exceso".

El señor apoderado de la parte demandante no se conformó con la aludida providencia y por tal motivo interpuso oportunamente contra ella el recurso de apelación que le fue concedido en el efecto suspensivo y para ante el Consejo de Estado.

Rituado correctamente el juicio en esta instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide la actuación se procede a desatar definitivamente la presente controversia.

Para resolver se considera:

A la luz de las probanzas que arrojan los autos se tiene plenamente comprobado lo siguiente:

La señorita Rosario Santacruz Delgado falleció, el 9 de marzo de 1954, en el municipio de Pasto, donde tuvo su último domicilio; el señor Síndico de Sucesiones y Donaciones de la mencionada ciudad, mediante

la liquidación distinguida con el número 26, practicada el 5 de agosto de 1957, le dedujo a la sucesión de la señorita Santacruz Delgado el correspondiente impuesto; la aludida liquidación le fue notificada legalmente a los interesados y fue aprobada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, el 11 de septiembre del mismo año; los herederos efectuaron los siguientes abonos: El 29 de octubre de 1954 entregaron en la Caja de la Administración de Hacienda Nacional la suma de quince mil trescientos veinticuatro pesos ($ 15.324.00) moneda corriente; el 10 de marzo de 1955, la cantidad de cincuenta y cinco mil pesos ($ 55.000.00) moneda legal; el 31 de octubre de 1956, la suma de setenta mil pesos ($ 70.000.00) moneda colombiana; el 25 de febrero de 1957, la cantidad de siete mil cuarenta y cuatro pesos ($ 7.044.00) moneda corriente; el 27 de febrero del mismo año, la suma de diez mil doscientos cincuenta pesos ($ 10.250.00) moneda colombiana; y el 25 de junio de 1957, la cantidad de seis mil ochocientos cuarenta y cuatro pesos ($ 6.844.00), moneda legal; el 16 de diciembre del año últimamente citado, los herederos, con el fin de obtener el certificado de paz y salvo de la sucesión, pagaron en la Caja de la Administración de Hacienda Nacional de Nariño la suma de doscientos cuarenta y un mil ochenta y ocho pesos con ocho centavos ($ 241.088.08) moneda colombiana; el Fisco Nacional percibió de los herederos por concepto de impuestos y recargos la suma de cuatorcientos cinco mil quinientos cincuenta pesos con ocho centavos ($ 405.550.08) moneda legal; el 16 de marzo de 1957 entró a regir el Decreto Legislativo Nº 0053 "por el cual se concedió una amnistía fiscal y una rebaja de los recargos o intereses en las sucesiones ilíquidas"; el 22 de enero de 1958 se rehizo la anterior liquidación por medio de la distinguida con el número 2 llevada a cabo en obedecimiento a lo preceptuado por el Decreto Nº 0053 de 1957; esta liquidación fue objetada por el señor apoderado de los herederos de la señorita Santacruz Delgado mediante el memorial datado el 28 de enero de 1958 y dirigido al Abogado-Síndico Recaudador de la Administración de Hacienda Nacional de Nariño; la Sección Segunda de la Administración de Hacienda Nacional de Nariño por medio de la Resolución Nº 3 expedida el 3 de febrero de 1958 declaró no probada la objeción formulada contra la aludida liquidación; la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales por medio de la Resolución Nº 70 dictada el 27 de marzo del mismo año, al desatar el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de la Administración de Nariño, confirmó en todas sus partes el pronunciamiento de ésta; y el 11 de marzo de 1958 el señor Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales por medio de la Resolución distinguida con el número 59 decidió adversamente a los herederos el recurso de reposición interpuesto oportunamente contra la Resolución Nº 70 de la fecha ya expresada.

Según el planteamiento de la demanda, el problema que debe ser resuelto definitivamente por la Sala Contenciosa del Consejo de Estado se reduce a la determinación del **modus operandi** en lo tocante a la

rebaja de los recargos o intereses concedida por el artículo 2º del Decreto Legislativo número 0053 de 16 de marzo de 1957. Sostiene el actor que como la liquidación de los impuestos sólo se llevó a cabo el 5 de agosto de 1957, todos los recargos deducidos a la sucesión de la señorita Santacruz Delgado quedaron condonados, ya que los abonos parciales se realizaron con antelación a tal liquidación y ellos no constituyeron pago sin meras consignaciones o depósitos por no conocerse el monto de lo debido antes del 5 de agosto del año citado. En cambio, la Administración de Hacienda Nacional de Nariño y la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales estiman que la rebaja de los recargos o intereses por mora en el pago de los impuestos sucesorales sólo puede referirse y se refiere a los pendientes, pero en ninguna forma a los ya cancelados.

Para saber a ciencia cierta cuál es la tesis aplicable al caso hoy contemplado es indispensable conocer el alcance de la disposición que invoca como violada el demandante, la finalidad perseguida al expedirse tal norma legal y el sistema de imputación de pagos en los eventos en que las sumas entregadas en la Caja de la Administración de Hacienda Nacional no sean suficientes para pagar totalmente una deuda fiscal.

El demandante ha formulado las objeciones a la liquidación hecha por la Administración de Hacienda Nacional de Nariño y confirmada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales con base en lo preceptuado por el artículo 2º del Decreto Nº 0053 de 16 de marzo de 1957 "por el cual se concede una amnistía y una rebaja de los recargos o intereses en las sucesiones ilíquidas".

Este artículo está concebido en estos términos:

"Rebájase el 100% de los recargos de las sucesiones ilíquidas causadas con anterioridad al primero de julio de 1956, siempre que los impuestos se cancelen antes del 1º de abril de 1958.

"A la rebaja de los recargos que por este Decreto se establece le son aplicables las disposiciones pertinentes de los Decretos 901 de 1947 y 2512 de 1952".

El primero de estos Decretos es de carácter reglamentario y determina el procedimiento que debía seguirse para el otorgamiento de la rebaja de los intereses devengados y no pagados por concepto en la mora del pago de los impuestos de sucesiones y donaciones. El segundo de ellos concedió igualmente una rebaja por razón de recargo o intereses en las mortuorias causadas con anterioridad al 1º de enero de

1947 y señaló en forma clara y precisa el sistema de imputación en los casos de abonos parciales voluntarios o forzosos.

Con la expedición del Decreto Legislativo Nº 0053 de 1957 (marzo 16) y de los distinguidos con los números 901 y 2512 de 1947 y 1952, respectivamente, se les quiso facilitar a los herederos de las sucesiones tanto testadas como intestadas la liquidación de éstas, se buscó ponerle fin a las comunidades que suelen perjudicar notoriamente la economía del país, y se trató de proporcionarle al Estado recursos para atender a sus múltiples necesidades.

Esta última finalidad no podría lograrse con la interpretación que el demandante le da al artículo 2º del Decreto Nº 053 de 1957 porque si la amnistía o la rebaja de los recargos o intereses por concepto de mora en el pago de los impuestos comprendiera no sólo los pendientes sino aún los pagados, el Estado sufriría graves perjuicios con motivo de la devolución de tributos justamente causados y percibidos.

En el caso hoy sometido a estudio, todos los abonos hechos en la sucesión de la señorita Rosario Santacruz, con excepción del efectuado el 25 de junio de 1957, se llevaron a cabo antes de la expedición del Decreto Legislativo Nº 053 de 16 de marzo del mismo año, y, por ende, la rebaja allí concedida no abarcaba los pagos ya hechos. Por consiguiente, todos los abonos hechos con antelación a la expedición del aludido Decreto debían computarse en la forma ordenada por el artículo 26 del Decreto Nº 1020 de 1936 por el cual se reglamenta la Ley 63 del mismo año.

Estatuye este artículo lo siguiente:

"Los recargos corren por ministerio de la ley sin necesidad de liquidación, **sobre las sumas insolutas del principal del impuesto** y hasta el pago de éste. En toda liquidación se computarán los recargos devengados hasta la fecha respectiva, pero su omisión o la deficiencia en el cómputo no constituye rebaja de ellos.

"Los pagos que se hagan para cancelar los impuestos sobre la masa global hereditaria, asignaciones y donaciones, se imputarán primeramente a recargos devengados hasta el día de la respectiva consignación, y el saldo, si lo hubiere, se imputará al principal del impuesto..."

En el caso **sub judice,** la causante falleció el 9 de marzo de 1954 y, por consiguiente, de acuerdo con el artículo 73 de la Ley 63 de 1936, el plazo de gracia concedido para el pago del impuesto sobre la masa global hereditaria y el de asignaciones venció a las doce de la

noche del 9 de marzo de 1955. De allí la razón para que el primer abono hecho por los herederos el 26 de octubre de 1954 se imputara en la liquidación hecha por la Sindicatura de Sucesiones y Donaciones al principal del impuesto, ya que en tal fecha no se había producido ningún recargo por mora. No ocurrió exactamente lo mismo con los abonos efectuados el 10 de marzo de 1955, el 31 de octubre de 1956, el 25 y el 27 de febrero de 1957 porque ellos fueron llevados a cabo después del vencimiento del plazo de gracia señalado por la Ley 63, y, por ende, primeramente la suma consignada o pagada debía destinarse a cubrir los intereses o recargos y luego imputarse el saldo al **principal** del impuesto. Este procedimiento correcto y perfectamente legal fue el seguido por la Administración de Hacienda Nacional de Nariño según se infiere de los términos de la Resolución Nº 3 expedida el 3 de febrero de 1958 y aceptado por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales. Aún más: Las operaciones administrativas de liquidación que aparecen en el expediente corroboran ampliamente la anterior aseveración.

No obstante cabe observar que seguramente por un error involuntario cometido por la Administración de Hacienda Nacional de Nariño y el cual pasó desapercibido en la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, el abono por la suma de seis mil ochocientos cuarenta y cuatro pesos ($ 6.844.00) m. legal efectuado el 25 de junio de 1957, estando vigente el Decreto Legislativo Nº 053 de 16 de marzo del mismo año, se imputó a recargos condonados y no al **principal** del impuesto, motivo por el cual esta cantidad de dinero debe devolverla la Nación a los herederos de la sucesión de la señorita Rosario Santacruz.

En cuanto a los abonos por las sumas de siete mil cuarenta y cuatro pesos ($ 7.044.00) m. colombiana y diez mil doscientos cincuenta pesos ($ 10.250.00) m. corriente hechos el 25 y 27 de febrero de 1957 y los cuales, según el actor, no fueron computados al hacerse y rehacerse la liquidación, cabe observar que tal aserto no tiene fundamento alguno, ya que contemplados a espacio los considerandos de la Resolución número 3 de 3 de febrero de 1958, nítidamente se ve que tales pagos parciales fueron factores que se tuvieron en cuenta al efectuarse las operaciones administrativas de liquidación de los respectivos impuestos. También conviene advertir que el abono por la suma de seis mil ochocientos cuarenta y cuatro pesos ($ 6.844.00) m. legal hecho el 25 de junio se tuvo en cuenta en la liquidación para destinar esta cantidad como las anteriores al pago de los recargos causados por la mora en el cumplimiento de la obligación tributaria a que se viene haciendo alusión. La imputación de las sumas pagadas el 25 y 27 de febrero se hizo de conformidad con lo dispuesto por la ley, pero no se procedió en igual forma con relación al último abono como ya se expresó.

El señor Fiscal 2º del Consejo en su vista de fondo sostiene que

la rebaja de los recargos consagrada por el Decreto 053 de 1957 sólo es aplicable a los pendientes, pero en ninguna manera a los pagados, y como consecuencia pide la confirmación de la sentencia que es materia de revisión a virtud del recurso de alzada.

Las anteriores consideraciones están indicando que la sentencia que es materia de revisión a virtud del recurso de apelación se ciñe rigurosamente a la ley, motivo por el cual se impone su confirmación con una ligera modificación consistente en que el plazo señalado para la devolución ordenada no será el fijado por el artículo 121 del C.C. Administrativo sino el determinado por el artículo 14 de la Ley 81 de 1931.

En mérito de lo expuesto y sin necesidad de otras consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con su colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia de la fecha y procedencia indicadas, con la reforma expresada.

Cópiese, notifíquese, devuélvase.

Ricardo Bonilla Gutiérrez. — Carlos Gustavo Arrieta. — Alejandro Domínguez Molina. — Francisco Eladio Gómez G. — Gabriel Rojas Arbeláez. — Jorge A. Velásquez. — Alvaro León Cajiao B., Secretario.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO VIII — JURISDICCION COACTIVA

Capítulo Primero: Apelaciones

JURISDICCION COACTIVA

APELACIONES

NOTIFICACION DE LOS TITULOS EJECUTIVOS A LOS HEREDEROS. La notificación de los títulos ejecutivos contra el causante, debe hacerse a los herederos reconocidos del de cujus, bien sea para librar el mandamiento de pago, ya para tomar como medidas previas, las cautelares autorizadas por el artículo 274 del Código Judicial. No llenándose este requisito, la actuación cumplida dentro de las medidas preventivas es nula, por mandato del artículo 451 del estatuto procesal civil.

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., abril veintidós de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY)

Con base en reconocimientos expedidos por la Administración de Hacienda Nacional de Bogotá, a su favor y en contra de Julio Garzón Nieto, por los impuestos de renta y complementarios correspondientes a los años de 1953, 1954 y 1955, la Recaudación de Impuestos Nacionales, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 274 del Código Judicial, tomó medidas preventivas respecto de los bienes de la sucesión, entre ellas el embargo de los arrendamientos de una casa situada en la carrera 5ª Nº 19-36 de esta ciudad. Luego de infructuosas diligencias para notificar a los herederos reconocidos como tales en el juicio civil los títulos ejecutivos, como lo manda el artículo 1.434 del Código Civil, y cuando la actuación avanzaba, el apoderado de Rafaela Camargo de Remolina y María Camargo Garzón de Gallego, pidió al funcionario la nulidad de la misma apoyándose en lo que dispone el numeral 3º del artículo 451 del Código Judicial, y en el hecho de no haberse notificado a todos los herederos los mencionados títulos. El Juez en auto de 14 de diciembre de 1962 denegó lo pedido por considerar que no había juicio ejecutivo contra los herederos de Garzón Nieto, puesto que aún no se había librado mandamiento de pago, sino que sólo se trataba de las medidas preventivas autorizadas por el precitado artículo 274 del Código Judicial, para las cuales no se requería dicha notificación. Apelado este auto ha venido el negocio a conocimiento del Consejo, el cual, agotado el procedimiento de su competencia, procede a resolver así:

La exigencia del artículo 1.434 del Código Civil debe ser entendida razonablemente como refiriéndose tanto al juicio ejecutivo propiamente dicho, como a las medidas preventivas que en casos especiales y para seguridad del acreedor permite tomar el Código Judicial. No debe olvidarse que aunque es cierto que según la norma indicada al acreedor le

basta presentar una prueba "siquiera sumaria" de la existencia del crédito con calidad de exigible para lograr aquellas medidas cautelares, ellas no pueden ni deben tomarse por el Juez mientras no tenga a la vista un documento lo suficientemente claro para trabar los bienes del presunto deudor y poner algunos de ellos fuera del comercio si el caso lo exige. Si se tiene en cuenta que las medidas de que se viene hablando no son sino el antecedente obligado del juicio ejecutivo, para proceder a ellas el Juez debe disponer de una prueba de naturaleza igual a la que legalmente debe servirle para librar el mandamiento de pago. De otra manera podría llegarse a facilitar el abuso en el derecho de mover los órganos jurisdiccionales para obligar a otro compulsivamente al pago de un supuesto crédito, mediante, por ejemplo, dos declaraciones de testigos sobre la existencia de la deuda y su monto, lo que sería sencillamente absurdo. Por eso aunque los temores del señor Jefe de Recaudos están puestos en razón al pensar en la deliberada insolvencia de los deudores del fisco, cuando se trata de ejecutar la sucesión representada por los herederos reconocidos del causante, es imprescindible la notificación a éstos de los títulos pertinentes, bien sea para librar el mandamiento de pago o para tomar como medidas previas las cautelares autorizadas por el artículo 274.

Si como parece ser cierto porque los autos lo demuestran —ya que es imposible que en 6 años de tramitación, de intentos de notificación, de nombramiento de apoderado, etc., los herederos ignoran la existencia de este juicio— hay un deseo deliberado de eludir la comparecencia a él, el señor Juez bien puede hacer uso de la facultad contenida en el artículo 317 del Código Judicial nombrando un curador de los ausentes, notificarle los títulos correspondientes y adelantar regularmente la actuación ejecutiva, o persistir si es el caso en las medidas preventivas. Pero mientras no se cumpla el requisito exigido por el artículo 1.434 del Código Civil, como no se ha cumplido en el caso presente, la actuación es nula, y las razones invocadas por el recurrente con apoyo en el artículo 451 del Código Judicial, son valederas y por tanto la nulidad pedida debe decretarse.

En cuanto a las razones expuestas en la parte final del alegato del recurrente, no es el caso de considerarlas, pues ellas plantean en el fondo una excepción de pago que no es el momento de considerar.

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 de catorce (14) de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1962) dictado por el Jefe de la Sección de Recaudación de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, y en su lugar DECRETA la nulidad de lo actuado en las presentes diligencias y consiguientemente de los embargos pre-

ventivos decretados dentro de ellas, las cuales así como el juicio ejecutivo correspondiente, sólo podrán adelantarse cuando se haya dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 1.434 del Código Civil.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge de Velasco Alvarez. — Guillermo González Charry. — Alfonso Meluk. — José Urbano Múnera. — Marco A. Martínez B., Secretario.

JURISDICCION COACTIVA

APELACIONES

MERITO EJECUTIVO DE LAS RESOLUCIONES QUE DECLARAN LA CADUCIDAD DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO. Si de la declaratoria de caducidad de un contrato administrativo resulta para el contratista la obligación de pagar una suma de dinero, la administración puede perseguir su cobro ejecutivamente, pues tanto el artículo 982 del C.J. como el 3º del Decreto 1315 de 1936 conceden la jurisdicción coactiva para exigir a favor del fisco nacional las sanciones pecuniarias judiciales o administrativas. Por otra parte, de los artículos 982 y 1059 del Código citado, se deduce que no existe una lista taxativa de documentos que presten mérito ejecutivo, sino que allí se estatuyen, únicamente, los requisitos esenciales para darles tal carácter. Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., siete de junio de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. JORGE DE VELASCO ALVAREZ)

En apelación ha venido al Consejo el auto de mandamiento ejecutivo que con fecha 28 de enero de 1963 dictó el Juzgado 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales contra el señor Luis Enrique Correa.

Se originó el juicio en los siguientes hechos:

Luis Enrique Correa celebró con el Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea un contrato para la instalación, montaje y reforma, de la red de comunicaciones en las bases aéreas de "Madrid", "Germán Olano", "Marco Fidel Suárez" y "Apiay". Como el Comando de la Fuerza Aérea considerara que el contratista no había dado cumplimiento a los plazos estipulados en el contrato, dictó las siguientes providencias: Resoluciones números 14 de 16 de julio de 1962 y 17 de agosto 21 del mismo año, por las cuales se impuso una multa de $ 2.000 al contratista: Resoluciones números 19 del 25 de septiembre de 1962 y 21 de octubre del mismo año imponiendo al señor Correa una multa de $ 10.000.00 y la obligación de pagar una indemnización por valor de $ 35.000 con base en la declaratoria de caducidad del contrato.

Con las providencias anteriormente citadas el Juzgado de Ejecuciones Fiscales dictó el auto apelado, por la suma de $ 47.600.

El apelante considera, en primer lugar, que el mandamiento de pago no tiene fuerza legal porque la resolución de caducidad administrativa del contrato no presta mérito ejecutivo. Los títulos que lo pres-

tan —dice— son de enumeración taxativa, comprendidos en los artículos 982 y 1059 del C.J. entre los cuales no se encuentra el que sirvió de base al auto apelado. La reposición que se pidió ante el Juzgado —agrega— fue negada únicamente con fundamento en el artículo 3º del Decreto número 1315 de 1936, cuyos términos tampoco comprenden una situación como la presente.

En segundo lugar, el apelante alega que el embargo y secuestro de bienes que se ha efectuado, queda infirmado como consecuencia de la invalidez que resulta del mandamiento ejecutivo y porque, además, no se observaron para aquello los requisitos legales del procedimiento.

Para resolver, se considera:

De los términos de los artículos 982 y 1059 del C.J. se deduce que no existe una lista taxativa de documentos que presten mérito ejecutivo, sino que únicamente allí están estatuídos los requisitos esenciales para darles tal carácter. En el antiguo Código sí estaban enumerados los documentos que prestaban mérito ejecutivo, mas no en el actual como se advierte en el citado artículo 982, disposición que se refiere a "toda obligación que conste en acto o documento", con la condición —aquí los requisitos esenciales— que de tal documento se desprenda una obligación expresa, clara y actualmente exigible.

Ahora bien, es indudable que, como lo ha dicho la Córte, "de acuerdo con los principios de derecho público. las autoridades, funcionarios y corporaciones del orden administrativo, expresan regularmente su voluntad por medio de actos jurídicos, denominados actos administrativos o actos condiciones. No otra cosa son... las resoluciones de los funcionarios administrativos". (G.J., Tomo LVIII, páginas 268 y 269).

De suerte que la Administración al declarar la caducidad de un contrato, si de dicha caducidad resultare una obligación de pagar en dinero por parte del contratista, puede perseguir su cobro ejecutivamente, pues tanto el artículo 982 del C.J. como el tercero del Decreto 1315 de 1936 conceden la jurisdicción coactiva para exigir a favor del fisco nacional las sanciones pecuniarias judiciales o administrativas.

Para dictar mandamiento ejecutivo sólo debe examinarse el título y éste para ser tal basta que contenga una obligación que, como en el caso de autos, resulta expresa, clara y exigible contra el deudor. Por otra parte, la legitimidad del título ejecutivo, ha dicho la Corte en auto de 21 de febrero de 1944, no puede controvertirse, en lo esencial, sino en el momento de las excepciones; entonces se establece por las pruebas y contrapruebas el hecho en que el título se afianza o el que sirva para destruírlo. Antes no es posible por la índole misma del procedimiento ejecutivo.

Respecto al pedimento del ejecutado sobre el levantamiento del embargo y secuestro de bienes, que, como lo advirtió el apelante, por ser una consecuencia y desarrollo de la intimación del pago al infirmarse éste deberá ordenarse el levantamiento del embargo, además de que el mandamiento ejecutivo no va a infirmarse, aparece a folios 75 una certificación del Juzgado en el sentido de que el embargo y secuestro que se había efectuado fue levantado, condenando en costas al ejecutado. En esta última parte hay pendientes —dice el certificado— recursos de reposición y apelación que no han sido estudiados por ese despacho.

Se concluye: reuniendo como reune el mandato ejecutivo en el presente juicio todos los requisitos que la ley señala para el cobro por jurisdicción coactiva, según se ha visto en la parte motiva de esta providencia, no es el caso de revocarlo como lo solicita el ejecutado.

Por tanto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge de Velasco Alvarez. — José Urbano Múnera. — Alfonso Meluk. Guillermo González Charry. — Marco A. Martínez Bernal, Secretario.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO VIII — **JURISDICCION COACTIVA**

Capítulo Segundo: **Excepciones**

JURISDICCION COACTIVA

EXCEPCIONES

HECHOS QUE NO PUEDEN PLANTEARSE COMO EXCEPCIONES EN LOS JUICIOS EJECUTIVOS QUE, POR JURISDICCION COACTIVA, PERSIGUEN EL PAGO DE IMPUESTOS. La ley concede, en materia de impuestos, el recurso de revisión de la operación administrativa de liquidación del gravamen ante la jurisdicción contencioso administrativa, de conformidad con el procedimiento especial indicado en los artículos 271 y siguientes del C.C.A. De suerte que agotados los recursos concedidos para demandar la enmienda de los errores en la liquidación del gravamen, termina la discusión sobre ellos y por lo mismo no puede reabrirse el debate so pretexto del incidente de excepciones.

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., junio ocho (8) de mil novecientos sesenta y tres (1963).

(Consejero Ponente: Dr. JOSE URBANO MUNERA).

Las excepciones "de nulidad por ilegitimidad del título ejecutivo, o mejor, del aforo y liquidación que le sirvieron de base, de inexistencia por falta de causa de la obligación demandada, o, en general, las que técnicamente correspondan a los hechos y consideraciones que a continuación expreso", fueron las que el doctor César Gómez Estrada propuso en escrito de 13 de marzo último y con poder de los señores Leocadio Gómez G. y Carlos y Fernando Gómez A. en el juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva que a éstos se les sigue por el Jefe de la Sección de Recaudación de la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales.

Por el reconocimiento 03635 de 1º de febrero de 1961 la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales de Manizales reconoció a favor de la Nación y a cargo de la sociedad denominada "El Diamante", domiciliada en Manizales, la suma de $ 6.138.40 por concepto de impuesto sobre la renta por el año gravable de 1959. Como socios de la referida sociedad se señaló en el auto ejecutivo a los señores Leocadio Gómez G. y Carlos y Fernando Gómez A.

En el escrito de excepciones muy erudito, se sostiene que la hacienda "El Diamante" no es una sociedad de hecho entre los ejecutados sino que se trata de una finca en proindiviso o comunidad, sin administrador designado judicial o convencionalmente y que por lo mismo no está obligada a presentar declaración, y que si por los años de 1957 y 1958 se presentó la declaración de renta de la mencionada hacienda, considerándola como una comunidad, fue por la falsa creencia de que

las comunidades estaban obligadas a declarar. Luego se dice que "la Administración de Hacienda de Manizales, como entonces se llamaba, procediendo en forma arbitraria y caprichosa, sin base o fundamento de hecho alguno que le sirviera de apoyo a su proceder, dio por existente la tal sociedad de hecho, la aforó teniendo en cuenta los datos de la declaración de mi mandante Leocadio Gómez, liquidó el impuesto correspondiente a ese aforo, y además impuso una sanción de típico carácter confiscatorio, por no haber sido presentada la declaración de renta y patrimonio respectiva". En seguida, en extensa disquisición jurídica se sostiene que respecto al inmueble dicho no ha existido nunca una sociedad de hecho entre los citados señores Gómez y que lo que hay respecto de éstos es un "simple estado de comunidad, en cuanto propietarios en proindiviso de un mismo inmueble".

También en la demanda de excepciones, en el estudio de la diferencia que para el doctor Gómez Estrada existe entre la comunidad y la sociedad de hecho, se afirma: "Como consecuencia del error anotado, en cualquiera de sus variantes, la comunidad del 'Diamante' vino a quedar gravada con el impuesto de renta, siendo así que, como comunidad, y dentro de la legislación tributaria vigente en 1959, no era sujeto pasivo de dicho impuesto".

Las explicaciones anteriores demuestran que las fallas anotadas contra el impuesto que se trata de hacer efectivo por la jurisdicción coactiva, han debido hacerse valer en tiempo oportuno, dentro de un juicio de impuestos por la vía administrativa y en proceso para la liquidación definitiva del gravamen a que se ha hecho referencia. La misma observación procede a hacer respecto al excesivo recargo al impuesto de que se trata según lo afirmado por el excepcionante. También esto era materia para un juicio de impuesto dentro del proceso de la liquidación del gravamen. Así se deduce claramente de los siguientes apartes de la demanda a que se está haciendo referencia: "En el caso —se dice allí— que me ocupa se liquidó a la presunta sociedad de hecho 'El Diamante' el impuesto que como a tal le correspondía, que fue de $ 1.853.85. En esas circunstancias y conforme a la disposición que acaba de transcribirse, la sanción por no presentación de la declaración no podía ser superior a esa misma cantidad. Sin embargo, la Administración de Hacienda Nacional de Manizales no procedió así, sino que hizo una nueva liquidación, asimilando a 'El Diamante' a una sociedad anónima, dedujo impuestos de renta y patrimonio por valor de $.... 4.984.55, y en esa suma fijó la sanción por no haber declarado". "Para liquidar el monto de la sanción glosada, la Administración de Hacienda de Manizales se apoyó en la Circular número 007955 de 8 de abril de 1960. Esta circular ofrece aspectos jurídicamente inaceptables, como es el de interpretar excesiva, extensiva y analógicamente disposiciones que, como el artículo 10º del Decreto 270 de 1953, por referirse a cuestiones

penales disciplinarias no admiten sino una interpretación eminentemente restrictiva".

Lo procedente, y en casos semejantes a éste, se ha sostenido a través de reiterada jurisprudencia por esta Sala del Consejo de Estado. Y al efecto, en fallo de diez y ocho de mayo último dijo sobre el particular, entre otras cosas lo siguiente: "La ley concede, en materia de impuestos, el recurso de revisión de la operación administrativa de liquidación del gravamen ante la jurisdicción Contencioso Administrativa de conformidad con el procedimiento especial indicado en los artículos 271 y siguientes del C.C.A. De suerte que agotados los recursos concedidos para enmendar los errores en la liquidación del gravamen, termina la discusión sobre ellos, y por lo mismo no puede reabrirse el debate so pretexto del incidente de excepciones".

Por todo lo anterior, el señor Fiscal 2º de la Corporación en su vista de fondo anota lo siguiente:

"De modo que si los representantes de la sociedad de hecho 'El Diamante' no formularon oportunamente ningún reclamo contra la liquidación del impuesto practicada por la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales a efecto de que se corrigieran los errores en que se incurrió al verificar la operación, y si tampoco se acudió ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para pedir la revisión de la liquidación, es lógico suponer su conformidad con tal operación". "Habiéndose cerrado la tramitación rituaria establecida en la ley para tales casos, sin ninguna actividad de parte de los ejecutados, precluyó todo reclamo al respecto y, por tanto, no puede pretenderse ahora que se corrija la liquidación por medio de las excepciones en juicio ejecutivo".

Otras dos excepciones se propusieron, las cuales tampoco pueden prosperar o sean las "de inexistencia por falta de causa de la obligación demandada y la genérica". La primera de ellas carece de fundamento porque la obligación demandada tiene como causa el impuesto cuyo monto no se discutió en la forma y oportunidades señaladas por la ley. Y respecto a la genérica, no aparecen en los autos hechos o motivos legales que la justifiquen.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

Decláranse no aprobadas las excepciones propuestas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge de Velasco Alvarez. — José Urbano Múnera. — Guillermo González Charry. — Alfonso Meluk. — Marco A. Martínez B., Secretario.

JURISDICCION COACTIVA

EXCEPCIONES

I.—CERTIFICADO DE PAZ Y SALVO. No es prueba idónea para acreditar el pago de la obligación que se persigue ejecutivamente, aunque por error el Recaudador de impuestos lo haya expedido. La solución o pago de la deuda sólo se demuestra con el recibo correspondiente.

II.—EXCEPCION DE PRESCRIPCION DEL JUICIO EJECUTIVO. En la excepción de prescripción del juicio ejecutivo, apoyada en que han transcurrido más de 10 años desde que el cobro se hizo exigible, la exigibilidad comienza desde que, notificado el contribuyente del respectivo impuesto, han transcurrido los plazos legales para verificar el pago; y si en el proceso no hay prueba que señale cuándo fue notificado el contribuyente, la única fecha cierta de la exigibilidad es la del reconocimiento que ha servido de base a la actuación ejecutiva.

Consejo de Estado. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., dos de julio de mil novecientos sesenta y tres.

(Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY)

En el presente negocio, el representante legal de los herederos de Reinaldo García Velásquez propuso en tiempo las excepciones de inexistencia de la obligación y de prescripción. Se funda la primera en existir un comprobante del Administrador de Hacienda Nacional de Anolaima según el cual la sucesión del ejecutado estaba a paz y salvo con el Tesoro Público, de donde deduce que mal puede ahora cobrársele un impuesto que no debe. Y se apoya la segunda en que han transcurrido más de diez años desde que el cobro se hizo exigible (artículo 2536 del C.C.).

Cuanto la primera, el certificado expedido en las condiciones anotadas no es prueba de haber solucionado la obligación que se cobra. Que ésta existe lo demuestra sin lugar a dudas la propia recaudación cuando sobre los datos de sus libros procedió a liquidar el impuesto correspondiente al causante y al año gravable de 1950. En estos casos el pago sólo se demuestra con el recibo correspondiente. Si el Recaudador de Impuestos cometió un error al expedir el certificado que menciona el excepcionante, ese error no justifica en modo alguno el que se le exonere del pago del impuesto.

En relación con la segunda, la exigibilidad, momento de partida de la prescripción, comienza desde que, notificado el contribuyente del im-

puesto respectivo, han transcurrido para él los plazos legales para verificar el pago, según las normas correspondientes. En el presente negocio no hay documento ni prueba que indique cuándo le fue notificado al causante el impuesto de renta correspondiente a 1950. Y aun cuando en el reconocimiento de folio 1º aparecen unas anotaciones con lápiz rojo que parecen referirse al punto, el Consejo no puede atenderlas porque se ignora si hacen parte de dicho documento por haberse estampado allí por los funcionarios que lo emitieron o si, por el contrario, fueron puestos con posterioridad o por persona distinta. En tales circunstancias la única fecha cierta de la exigibilidad viene a ser la del propio reconocimiento sin número que corre al folio 1º del Cuaderno Nº 2 o sea el 13 de septiembre de 1957. Y como entre ella y la de la notificación del mandamiento ejecutivo a los herederos (fol. 75), no han transcurrido los 10 años de que habla el artículo 2536 del C.C., es el caso de declarar no probada esta excepción.

Por lo anterior, la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA NO PROBADAS las excepciones propuestas y ordena seguir adelante la ejecución.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge de Velasco Alvarez. — Guillermo González Charry. — Alfonso Meluk. — José Urbano Múnera. — Marco A. Martínez B., Secretario.

Fe de erratas.— La sentencia publicada en la página 621 del presente tomo, lleva fecha de 8 de julio de 1.963 y no "18 de julio".

INDICE ALFABETICO DE LAS MATERIAS TRATADAS EN LAS PROVIDENCIAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO

— A —

Páginas

1.—**ABONOS. (Al impuesto de sucesiones** que deben pagar las mortuorias ilíquidas. **Sistema de imputación).** Véase el Nº 304 del índice.

2.—**ACCION CONTENCIOSA DE IMPUESTOS. (Y acción de plena jurisdicción. Diferencias).—La** primera tiene por finalidad la revisión de la operación administrativa de liquidación de tributos para que en la respectiva sentencia se declare que la persona gravada no está obligada a pagar el impuesto o para que se haga una nueva liquidación en la que se fije la suma a su cargo. La segunda tiene por objeto obtener el restablecimiento de un derecho particular violado por la Administración. **(Véase el número 4 del índice).**

3.—**ACCION DE NULIDAD (Objetivos. La existencia jurídica de la norma superior que se estima violada es presupuesto necesario para fallarla).** La tutela legal atribuída a la jurisdicción contencioso-administrativa se ejerce para restablecer el imperio de la juridicidad vigente a la fecha de la sentencia, porque este es el orden jurídico cuya conservación incumbe a esta jurisdicción. Absurdo sería el restablecimiento de un orden jurídico inexistente, pues lo que no existe no se puede conservar. Por consiguiente, la vigencia de la norma que se dice violada, es presupuesto necesario para fallar la acción de nulidad que se ejercita contra el acto administrativo que se reputa violador de dicha norma. Así como la Corte Suprema ha entendido que la misión de la guarda de la Constitución que esta misma le ha confiado, se refiere naturalmente a aquellos cánones vigentes en la fecha en que la guarda de éstos haya de ejercerse, con idéntica razón la jurisdicción de lo contencioso administrativo no puede anular actos administrativos por ser contrarios a normas superiores que han dejado de regir en el momento del fallo, pues tanto la acción de inexequibilidad de leyes y decretos extraordinarios que a aquélla entidad compete como la de nulidad de los actos administrativos cuyo conocimiento corresponde a esta jurisdicción, tienen la misma finalidad: la conservación del orden jurídico institucional. Por demás está decir que esta doctrina sólo es

Páginas

aplicable cuando la acción que se ejercita es la de simple nulidad que consagra el artículo 66 del C.C.A., pero que no lo es cuando se trata del contencioso de plena jurisdicción a que se refiere el artículo 67 del mismo código, ya que en ésta se debaten principal y directamente los derechos subjetivos del demandante lesionados por el acto administrativo acusado, y lo que se busca con la acción no es concretamente la restauración del orden jurídico general, sino el restablecimiento de los derechos particulares conculcados por el acto. (**Sentencia** de 14 de septiembre de 1960; Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: Dr. Alejandro Domínguez Molina) 317

4.—**ACCION DE PLENA JURISDICCION (Y contencioso tributario).** La acción contenciosa deimpuestos tiene como finalidad la revisión de la operación administrativa de liquidación de tributos para que en la respectiva sentencia se declare que la persona gravada no está obligada a pagar el impuesto, o para que se haga una nueva liquidación en la que se fije la suma a su cargo. Pero cuando los actos acusados no conllevan ni explícita ni implícitamente operación alguna de liquidación de un impuesto, sino que, como en el caso de autos, se trata de actos denegatorios de una exención solicitada, no son ellos susceptibles de enjuiciamiento a través del ejereicio del contencioso tributario. Decisiones de tal naturaleza a lo sumo pueden servirle a la Administración para realizar con posterioridad a la expedición de ellas, liquidaciones del impuesto que debe pagar el contribuyente. Como la acción ejercitada es la de plena jurisdicción, según resulta de los actos acusados, de los hechos básicos de la acción y de las peticiones de la demanda, y ella se ha encaminado a obtener el restablecimiento del derecho particular lesionado por la Administración, se habrá de ordenar la devolución de las sumas de dinero que el demandante sufragó, pago que, por carecer de causa, da lugar a repetición; y por no tratarse —como erróneamente lo consideró el Tribunal— de una acción contenciosa de impuestos, no hay lugar a ordenar la revisión de la operación administrativa de liquidación tributaria. (**Sentencia** de 12 de julio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Francisco Eladio Gómez G.) 521

5.—**ACCION DE SIMPLE NULIDAD.**—Es procedente aún contra ordenamientos administrativos de índole personal o de interés privado, siempre que no se solicite el restablecimiento del derecho, porque en ese caso se trataría de la acción de plena jurisdicción que contempla el artículo 67 del C.C.A. (**Véase el número 76 del índice y su nota**)

6.—**ACCION INDEMNIZATORIA. (Artículo 68 del C.C.A.).**—La acción indemnizatoria que tiene por fundamento el pertinaz silencio de la Administración para resolver la petición de un ciudadano, puede apoyarse en el artículo 68 del C.C.A. (**Ver el número 277 del índice**).

Páginas

7.—**ACCIONES SOCIALES (Prescripción).**—Según la doctrina del Consejo, lo prescriptible son los créditos que el derecho origina, pero no éste; el derecho es, generalmente, imprescriptible tanto para el causante como para sus causahabientes, siempre que la ley lo haya dado a estos últimos. **(Véase el número 253 del índice).**

8.—**ACTAS DE LOS JURADOS DE VOTACION. (Importancia probatoria de este documento).**—La ley confiere especial importancia al hecho de que los escrutinios se verifiquen en presencia por lo menos de la mayoría absoluta de los miembros que componen la corporación (art. 195, numeral 2º, del C.C.A.), precepto muy posterior al 166 de la Ley 85 de 1916, tácitamente derogado, que autorizaba al Gran Consejo Electoral para utilizar como elemento de prueba las papeletas en el caso de que no se consiguiere acta alguna de escrutinio de una circunscripción electoral. Claramente se aprecia la justificación de la nueva ley, ya que no parece acertado atribuir mérito probatorio a unas papeletas que pueden ser al mismo tiempo el propio elemento del fraude. Además, el escrutinio, acto colectivo, no puede ser reemplazado con ventaja, ni por el acta de instalación del Jurado, desde luego que un Jurado se puede instalar y desintegrarse en seguida, ni por la lista parcial de sufragantes o el registro general, que nada dicen respecto al número de personas que ejercitaron el sufragio, ni por el mismo registro de votantes, que es llevado por uno de los miembros del jurado, y que bien puede adolecer de inexactitudes intencionales. (Sentencia de 8 de julio de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) 646

9.—**ACTAS DE LOS JURADOS DE VOTACION. (Que sólo tienen la primera hoja o que carecen de la última).**—Con referencia a las "actas" que tienen apenas la primera hoja o que carecen de la última, y por lo mismo de aquella donde deben ir las firmas de los jurados de votación, es evidente que no se trata del documento así llamado con propiedad, y que esencial y etimológicamente significa un todo. Sin esos documentos no queda comprobado que el escrutinio se verificó; y si la ley sanciona con la anulación las elecciones cuyos escrutinios no se hicieron ante siquiera la mayoría absoluta de los integrantes del jurado de votación, con mayor razón se configura la nulidad cuando el acta, prueba fundamental del escrutinio, no existe. (Sentencia de 8 de julio de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) 646

10.—**ACTOS. (Originados en contratos. Incompetencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de demandas que pidan la nulidad de contratos administrativos).**—Los actos originados en contratos administrativos, es decir, aquellos actos unilaterales que se profie-

Páginas

ren a causa de ellos en orden a modificar su contenido en cualquier forma, a introducir nuevas modalidades en su ejecución o a desconocer su validez, no son susceptibles de ser demandados ante esta jurisdicción. **(Ver el número 72 del índice).**

11.—**ACTOS ADMINISTRATIVOS. (Que conceden pensiones).**—No son revocables de oficio por la administración. **(Ver el número 283 del índice).**

12.—**ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los denegatorios de exenciones solicitadas por los contribuyentes no son susceptibles de enjuiciamiento a través de la acción contenciosa de revisión de la operación administrativa de liquidación de impuestos. Diferencias entre el contencioso de plena jurisdicción y el contencioso tributario.** (Ver el Nº 4 del índice).

13.—**ACTO PROBATORIO. (Y acto aprobado. No se configura la excepción de inepta demanda sustantiva cuando sólo se acusa el acto aprobatorio y no se demanda el aprobado).**—Aunque se admita la tesis según la cual el acto aprobatorio y el aprobado forman un acto complejo, no puede arribarse a la conclusión que extrae el señor Fiscal colaborador de que la demanda que sólo acuse el acto aprobatorio es sustantivamente inepta en cuanto no comprenda también el acto aprobado, pues si bien es cierto que esta Corporación ha sostenido en diversas ocasiones que cuando se trata de actos formados por el concurso de varias voluntades que actúan separadamente en orden al mismo objeto (actos complejos), debe acusarse el conjunto para que la jurisdicción contencioso-administrativa tenga competencia para revisar y resolver sobre todo el proceso de formación del acto, y se evite así que, por la acusación de uno de los actos que lo componen, pueda llegarse al resultado de que al ser anulado, los demás conserven su vigencia y resulte inocua la sentencia, la propia jurisprudencia del Consejo ha aceptado que si por la anulación de uno solo de los actos que integran el complejo dejan de existir jurídicamente los demás, es evidente que no hay necesidad de acusarlos todos. Esto ocurre indudablemente cuando, como en el caso de autos, se demanda únicamente el acto de aprobación y la acción no se ha enderezado también contra el acto aprobado, porque si éste carece de eficacia sin la existencia del acto aprobatorio, al anularse el último, necesariamente perdería su eficacia o vitalidad jurídica el acto aprobado. No prospera, por ende, el medio exceptivo aducido por el Ministerio Público. **(Sentencia de 15 de julio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Alejandro Domínguez Molina)** 85

14.—**ACTOS COMPLEJOS.**—Eventos en que no es indispensable demandar todos y cada uno de los diversos actos que han contribuido a formarlo. Caso de los actos aprobatorios de otros. **(Ver el Nº 13 del índice).**

Páginas

15.—**ACTOS DISCRECIONALES. (De nombramiento y remoción de empleados).**—Inadmisibilidad de motivación a posteriori. **(Ver el número 151 del índice).**

16.—**ACTOS NEGATIVOS. (Suspensión provisional de actos que contienen una negativa temporal o suspensiva de una petición, aplazando la decisión para cuando se demuestre un hecho: es inoperante).** Ver el número 310 del índice).

17.—**ACTOS SUSPENSIVOS. (Suspensión provisional de ellos: es inoperante). Ver el número 310 del índice.**

18.—**ACUERDOS MUNICIPALES.**—No pueden disponer válidamente que los particulares que acometan una urbanización deben ceder gratuitamente en favor del municipio una porción de cada urbanización para vias públicas y zonas verdes, pues ello contraría el sistema jurídico establecido en la Constitución y la ley que consagra que el territorio con los bienes públicos que de él forman parté, pertenecen únicamente a la Nación. **(Ver el número 110 del índice).**

19.—**AGENTES. (De la Policía Nacional. Naturaleza de la prestación que consagra el artículo 6º de la Ley 72 de 1947 para el personal de la Policía que habiendo cumplido 15 años de servicio sea retirado o se retire voluntariamente, contando por lo menos con 2 de servicio en su grado).**—De la sola lectura del artículo 6º de la Ley 72 de 1947 resulta una orientación diferente a la indicada por el Comando de la Policía y el Ministerio de Guerra, pues lo que la norma enseña, sencillamente, es que quien habiendo servido más de 15 años hubiera permanecido dentro de este lapso por lo menos dos en un determinado grado antes del retiro, tiene derecho al sueldo de retiro o a la pensión de jubilación que correspondería económicamente al grado inmediatamente superior. Y a la inversa, que quien al retirarse o ser retirado después de tales quince años, no hubiera permanecido por lo menos dos en el grado inferior, no tiene derecho a la citada prestación. (Sentencia de 18 de febrero de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 113

.....**NOTA:** La doctrina anterior fue reiterada posteriormente, en varias ocasiones, por la Sala. Entre otros fallos, en los de 7 y 12 de marzo del corriente año, que aparecen publicados en el presente Tomo.

20.—**AGENTES DE LA POLICIA. (Efectos de la suspensión que sufrió, por virtud de los Decretos 1403 de 1948 y 86 de 1949, el artículo 6º de la Ley 72 de 1947. Esa suspensión no determinó la derogatoria del precepto ni puede entenderse como el desconocimiento de un derecho adquirido).**—El artículo 6º de la Ley 72 de 1947 fue suspendido por el De-

Páginas

creto 1403 de 1948, dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades que el artículo 121 de la Constitución Nacional le confiere. Esa suspensión se prolongó hasta el 16 de diciembre del propio año, fecha en la cual se levantó el estado de sitio. No obstante, se reanudó el 17 de enero de 1949 por virtud del artículo único del Decreto 86, dictado en esa fecha por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias que, para reorganizar la Policía Nacional, le confiriera la Ley 93 de 1948. Como dicha reorganización vino a producirse el 18 de julio de 1949 mediante el Decreto Nº 2136, hasta esta fecha estuvo suspendido el cuestinado artículo 6º. ¿Cuáles fueron, pues, los efectos de esta suspensión en relación con el personal de la Policía Nacional que estuviera en las condiciones previstas por dicho artículo? Es sabido que, de conformidad con la regla tercera del art. 121 de la Constitución, el Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los decretos que dicte mientras rija el estado de sitio, sino que sus facultades se limitan a la suspensión de aquellas que sean incompatibles con dicho estado. Ahora bien: si la suspensión no equivale a derogatoria del precepto incompatible, menos puede entenderse como el desconocimiento de derechos adquiridos, lo cual ni siquiera es permitido al propio legislador. De manera que la suspensión sólo implicó un aplazamiento del reconocimiento y goce del derecho para quienes estuvieran en las condiciones previstas por el artículo 6º de la Ley 72 de 1947; sólo significa que aquellas garantías, prerrogativas, derechos, etc. consignados en preceptos que el Gobierno, a su juicio y para el sólo efecto de restablecer el orden, estima necesario estancar en su desarrollo normal, no pueden ejercerse por todos o parte de los ciudadanos mientras perdure la turbación del orden, mas sin perjuicio de que, cancelada la situación anormal, vuelvan a ser objeto de goce pleno y de reconocimiento integral. De modo, pues, que, a partir del 18 de julio de 1949, fecha del Decreto 2136 que reorganizó la Policía Nacional, quienes se encontraban dentro de las condiciones previstas por el artículo 6º de la Ley 72 de 1947, recobraron el derecho a solicitar la prestación allí consagrada y, en principio, a que les fuera concedida si la calificación de la conducta y demás requisitos lo permitían, pues, como se dijo, la suspensión del precepto no determinó la derogatoria del mismo ni puede entenderse como el desconocimiento de un derecho adquirido. (**Sentencia** de 12 de marzo de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 117

NOTA: La doctrina anterior fue expuesta también en fallo de 7 de marzo de 1963 en el negocio de Luis María Cruz Roncancio con la ponencia del Consejero Dr. Jorge de Velasco Alvarez y reiterada posteriormente en varias ocasiones.

Páginas

21.—**AGENTES DE SEGUROS. (Comisiones. Deducción del 30% de su valor).**—El actor fundamenta su pretensión a obtener el reconocimiento de una deducción equivalente al 30% del valor de las comisiones recibidas como agente viajero, en las Resoluciones 4100 de 24 de abril de 1940 y 1635 de 27 de noviembre de 1944 dictadas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales. Pero los actos invocados, lejos de constituir normas de carácter general y reglamentario, contienen simples conceptos que, aunque se hubieran producido dentro de una práctica adoptada por la oficina de origen, a ella se le podía poner fin en cualquier momento si no estaba autorizada por la ley. Además, lo que la Jefatura contempló expresamente en esos actos es la calidad de **agente viajero** que es muy distinta de la de **agente de seguros** y, por tanto, diferente debe ser también el régimen tributario. Si el agente general de seguros quiere asumir también la función de agente viajero, actividad esta última que no es ordinaria y necesaria para el desempeño de su mandato, las expensas que ello le ocasione no son deducibles, precisamente por no ser ordinarias y necesarias. (**Sentencia** de 15 de mayo de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) 712

22.—**AGENTES DE SEGUROS. (Bonificaciones. Deducción de ellas).** Si bien, según el numeral 3º del artículo 23 del Decreto Reglamentario 818 de 1936, no constituyen renta las sumas recibidas por donaciones, herencias o legados, al tenor de lo dispuesto en el último inciso del artículo 12 del mismo Decreto, sí constituye renta gravable toda bonificación o sobresueldo a empleados. No se puede decir que al valor recibido por el demandante lo caracterice la gratuidad, como que la causa suya no es otra que los servicios prestados por él a su empleador o patrono. Es una compensación o remuneración adicional a la convenida y que sólo se puede explicar en razón de la plusvalía del servicio. Por lo mismo, esa suma es parte de la renta y no está exenta de impuesto. A lo anterior debe añadirse la existencia de disposición expresa que hace gravables las bonificaciones y sobresueldos, y que tiende a evitar el fraude al fisco mediante la división artificiosa de la remuneración de servicios. (**Sentencia** de 15 de mayo de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) 712

23.—**AGENTES VIAJEROS. (Se suspende provisionalmente el artículo 3º del Decreto Nº 3072 de 1962, por exceder sus disposiciones el normal ejercicio del poder reglamentario respecto de la Ley 48 de 1946).** Fácilmente se aprecia, al examinar la Ley 48 de 1946, que ella no regula el contrato que se celebra entre el agente viajero y el patrono o empresa. Dicho estatuto se limita a reglamentar la profesión de agente viajero y a determinar los requisitos que debe reunir la per-

Páginas

sona que quiera ejercerla sin disponer cosa alguna sobre el contenido del contrato entre la empresa o patrono y el agente, ni sobre el porcentaje o comisión que a éste pueda corresponderle ni sobre el momento en que nace el derecho a percibir la remuneración. Como el artículo 3º del Decreto Nº 3072 de 1962 se ocupa de esas materias que son extrañas a la ley que dice reglamentar, debe concluirse que la totalidad del mencionado artículo, es decir, incluyendo sus parágrafos 1º y 2º, es manifiestamente violatoria del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional y por ello debe ser suspendido, si se tiene en cuenta, además, que como la potestad reglamentaria se ha dado para la cumplida ejecución de las leyes, el decreto que se expida en ejercicio de ella debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar y sólo puede desenvolver lo que explícita o implícitamente se halle comprendido en ella, y no puede, por tanto, introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones. Lo contrario implica una extralimitación de funciones y constituye una invasión al campo propio del legislador. (**Auto** de 14 de junio de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero Sustanciador, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 296

24.—**AGENTES VIAJEROS. (Sólo pueden serlo personas mayores de edad).** Si el Decreto Reglamentario Nº 3072 de 1962 acusado tiene por finalidad reglamentar la Ley 48 de 1946 que regula la profesión de representante o agente viajero, no puede hablarse de extralimitación de la potestad reglamentaria porque el artículo 1º del Decreto diga qué se entiende por Agentes Viajeros Profesionales. Tampoco, al señalar la mayor edad, rebasa ostensiblemente la ley reglamentada, porque ésta se refiere al ejercicio de una profesión que, por ocuparse de actos de comercio, hace que se reputen en derecho comerciantes las personas que la ejercen (artículos 9º y 20 del C. de C.), y los menores de edad sólo excepcionalmente tienen capacidad legal para ejercer el comercio, en "los casos en que, conforme al Código Civil, salen de curatela o son emancipados y obtienen la libre administración de sus bienes" (artículo 15, C. Co.). Esta posibilidad es tenida en cuenta por el Decreto acusado, al permitir en el requisito a) del artículo 11 que se pueda expedir licencia de agente viajero al que, "de conformidad con la ley se considere habilitado de edad". No cabe, por tanto, la suspensión provisional del artículo 1º del Decreto Nº 3072 de 1962. (**Auto** de 14 de junio de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero Sustanciador, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 296

25.—**AGENTES VIAJEROS. (No pueden ser obligados por sus patronos a constituir sociedades para el ejercicio de sus actividades ni compelidos a no afiliarse a asociaciones gremiales).**—No cabe la suspensión provisional del artículo 4º del Decreto Nº 3072 de 1962, porque si confor-

Páginas

me al artículo 1º de la Ley 48 de 1946 se consideran empleados de la empresa los representantes y agentes viajeros que sean personas naturales cuando se dedican exclusivamente al ejrecicio de su profesión y no constituyan por sí mismos una empresa comercial, está implícito en la ley que el agente viajero no puede ser al propio tiempo empleado de un patrono para ejercer su actividad profesional y constituir una sociedad para la misma finalidad. La prohibición contenida en el artículo 4º del Decreto acusado sólo busca impedir a los patronos que se valgan de la imposición de la obligación de hacer constituir sociedades a los agentes que les prestan sus servicios para que éstos no se conviertan en sus empleados. Tampoco pueden imponerles la obligación de no afiliarse a las asociaciones propias de su gremio, porque esto coartaría el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses, derecho que consagran la Constitución y las leyes. (**Auto** de 14 de junio de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero Sustanciador, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 296

26.—AGENTES VIAJEROS. (Requisitos impuestos a los licenciados de conformidad con el Decreto 2332 de 1947).—El artículo 9º del reglamento acusado (Decreto Nº 3072 de 1962) contempla el caso de quienes obtuvieron licencias como agentes viajeros en los términos del Decreto Nº 2332 de 1947 que fue reglamentario también de la Ley 48 de 1946, reconociéndoles el derecho a que se les otorgue una nueva licencia dentro del término que se señala y con los requisitos que se prescriben en aquella disposición. En realidad, no es que se esté exigiendo por el ordenamiento acusado, de manera permanente, además de la licencia un carnet y una credencial para el ejercicio de la profesión de agente viajero. Se trata, simplemente, del caso de renovación de licencias obtenidas de acuerdo con la reglamentación de 1947, exigiéndose para ello y únicamente para ese caso, la presentación de esos documentos. Apenas es lógico que se exija a quienes estén en esas circunstancias que acrediten que su licencia estaba registrada en la Cámara de Comercio, el tiempo del ejercicio profesional y su buena conducta, requisito este último que es esencial para obtener la licencia según los artículos 7º y 8º de la Ley reglamentada. Bien podía el Decreto 3072, en su calidad de reglamentario de la Ley 48 de 1946, para el sólo efecto de expedir nuevas licencias a quienes las habían obtenido según la reglamentación anterior. exigir los comprobantes a que alude, pues con ello no establece que para ser agente viajero se requiere, además de la licencia, de otros documentos. No cabe, pues, su suspensión provisional. (**Auto** de 14 de junio de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero Sustanciador, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 296

27.—AGENTES VIAJEROS. (Causales de suspensión y cancelación de las

Páginas

licencias).—Si el reglamento no tiene otra finalidad que la de hacer operante y efectiva la aplicación y ejecución de la ley, y si para dictarlo no necesita el Presidente de la República autorización especial de la ley —pues el poder reglamentario emana directamente de la Constitución— no se puede limitar la facultad que el Jefe del Estado tiene para reglamentar la Ley 48 de 1946 a lo que dispone el artículo 6º de ella, como lo pretende la demanda. Por tanto, no se ve manifiestamente que el artículo 15 del Decreto 3072 de 1962 haya extralimitado el poder reglamentario de las leyes al señalar las causales de suspensión o anulación de las licencias, cuando las que establece están unas explícitamente contempladas en el parágrafo del artículo 7º de la Ley y otras implícitas en el requisito de buena conducta para poder obtener la licencia y en la obligación de someterse al procedimiento que el mismo Decreto señala para la expedición de la licencia. (**Auto** de 14 de junio de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero Sustanciador, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 296

28.—**AGENTES VIAJEROS. (No son ilegales las sanciones contempladas en los artículos 16 y 17 del Decreto Nº 3072 de 1962. Imposición de penas pecuniarias por decreto reglamentario).**—Si conforme al artículo 5º de la Ley 48 de 1946 ningún agente viajero puede ejercer su profesión sin haber obtenido la correspondiente licencia, y si al Presidente de la República corresponde, como suprema autoridad administrativa, velar por el exacto cumplimiento de las leyes y expedir reglamentos para su cumplida ejecución (artículo 120, ordinales 2º y 3º), bien puede imponer multas a los contraventores, en el caso, a quienes ejerzan ilegalmente la profesión de agentes vendedores o a quienes empleen como tales a los que carezcan de licencia profesional, pues sin tales sanciones la ley se quedaria escrita. La sanción puede establecerla el Jefe del Estado por virtud del poder de policía de que está investido y que para el caso es lo que denominan los expositores "policía de las profesiones". (**Auto** de 14 de junio de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero Sustanciador, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 296

29.—**AGENTES VIAJEROS. (Para ser tales, los interesados no requieren estudios especiales).**—La Ley 48 de 1946 no exige que se acredite para obtener la licencia de agente vendedor, que el interesado haya cursado estudios especiales, de modo que al imponer el literal b) del artículo 11 del Decreto Nº 3072 de 1962 esta obligación, introduce un requisito que desborda manifiestamente el contenido intrínseco de la ley que se dice reglamentar y es, por tanto, pertinente su suspensión provisional. (**Auto** de 14 de junio de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero Sustanciador, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 296

Páginas

30.—**AGENTES VIAJEROS. (Inscripción de su licencia en las Cámaras de Comercio).**—Si bien es cierto que la Ley 48 de 1946 no impone la obligación de registrar las licencias concedidas a los agentes viajeros en las Cámaras de Comercio, no lo es menos que este requisito, exigido por el artículo 8º del Decreto Reglamentario Nº 3072 de 1962, no aparece, a primera vista, como exorbitante dentro del poder reglamentario, si se tiene en cuenta que los agentes viajeros se ocupan profesionalmente en actos de comercio que los hacen reputar en derecho comerciantes (artículos 9º y 20 del C. de Co.) y que por ser tales, deben inscribirse en la respectiva Cámara de Comercio (Ley 28 de 1931, artículo 30). Y como la ley reglamentada determina que para ejercer su profesión, los agentes viajeros deben obtener la correspondiente licencia, nada más lógico que sea precisamente ésta la que deben inscribir en el Registro Público de Comercio. (Auto de 14 de junio de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero ponente, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 296

31.—**AGENTES VIAJEROS. (Condición de los extranjeros. Reciprocidad legislativa).**—El artículo 9º de la Ley 48 de 1946 sólo exige la llamada reciprocidad legislativa cuando se trata de agentes viajeros extranjeros "que vengan al territorio nacional con el objeto de vender artículos extranjeros", pero no la exige en relación con los extranjeros domiciliados ni aún con aquellos que entran al país en forma transitoria que no sea con ese objeto (ibidem, art. 8º). Por consiguiente, subordinar —como lo hace el artículo 12 del Decreto 3072 de 1962— el ejercicio de la profesión de agentes viajeros extranjeros, en todos los casos, a la condición de que los colombianos gocen de iguales derechos en los países de donde aquéllos son oriundos, excede manifiestamente lo establecido en la ley y lo dispuesto por el artículo 11 de la Carta. Por tanto, debe ordenarse su suspensión provisional. — (**Auto** de 14 de junio de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero Sustanciador, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 296

32.—**AGENTES VIAJEROS. (Registro de los Agentes en "FENALVI". Es ilegal).**—La obligación del registro de los agentes viajeros en la Federación Nacional de Agentes Viajeros "FENALVI" —pues a eso equivale el registro del carnet— no la impone la Ley 48 de 1946 ni otro estatuto legal. Tal obligación implica una manifiesta extralimitación de la potestad reglamentaria y, por tanto, debe suspenderse provisionalmente el parágrafo del artículo 14 del Decreto 3072 de 1962. (**Auto** de 14 de junio de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 296

33.—**AGENTES VIAJEROS. (Expedición de licencias: Corresponde al Ministerio de Fomento determinar el contenido, forma y demás requisitos a cumplirse en la expedición de las de los agentes).**—No se suspende

Páginas

el parágrafo del artículo 5º del Decreto Reglamentario Nº 3072 de 1962, porque si bien la Ley 48 de 1946 en sus artículos 7º y 8º no dispone sobre el contenido y forma de las licencias sino que se limita a señalar las condiciones esenciales que deben llenarse para obtenerlas, el reglamento sí puede ocuparse de tales detalles y disponer, como lo hace, que corresponda al Ministerio señalarlos. (**Auto** de 14 de junio de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero Sustanciador, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 296

34.—**ALCALDES MUNICIPALES.**—No pueden ejercer por delegación las funciones que privativamente han sido asignadas por la Constitución y la ley a los Concejos Municipales. **(Ver el número 96 del índice).**

35.—**ALTA DEL SERVICIO.**—Los tres meses para la formación de la hoja de servicios que establece el artículo 17 de la Ley 82 de 1947 no son de naturaleza distinta del mismo lapso que establece el artículo 15 de la Ley 100 de 1946. **(Ver el número 323 del índice).**

36.—**ALUMBRADO Y ASEO PUBLICOS.** (Constituyen una tasa, no un impuesto y por lo mismo la exención de impuestos y contribuciones con que las leyes benefician a las viviendas adquiridas a la Caja de Vivienda Militar no las cobija). **Ver el número 313 del índice.**

37.—**APELACION. (Del auto que decreta la nulidad de lo actuado por incompetencia de jurisdicción).**—El auto dictado por un Tribunal Administrativo por el cual se declara nulo el juicio desde el auto admisorio de la demanda, inclusive, tiene la consecuencia de cerrar al demandante las puertas del proceso. Cuando ese auto se funda en que no tiene el Tribunal competencia de jurisdicción para conocer del asunto que se pretende someter a su decisión, equivale a un rechazo tardío pero definitivo de la demanda. Por tanto, si la decisión por la cual se rechaza una demanda fundándose en incompetencia jurisdiccional es susceptible del recurso de apelación en los juicios que puedan tener dos instancias, como lo establece el artículo 88 del C.C.A., no se ve razón suficiente para que no sea susceptible del mismo recurso el que, fundándose en incompetencia de jurisdicción, anula lo actuado desde el auto admisorio. En la práctica es excepcional, pero se presenta el caso de admitir una demanda y posteriormente advertir que se cometió un error al hacerlo porque se carecía de competencia de jurisdicción. (**Auto** de 31 de enero de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez) 391

38.—**ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES. (Indelegabilidad de sus atribuciones en los Gobernadores).**—La Constitución Nacional señala a las Asambleas su propia esfera de competencia, de la misma manera que fija la que corresponde a los Gobernadores. Aquéllas y éstos tienen

Páginas

la obligación de actuar dentro de tales limites y de ejercitar la totalidad de sus atribuciones, sin rehuir la responsabilidad que generen sus actos y omisiones. Debe anotarse que en la Constitución y en las leyes vigentes no aparece disposición alguna que regule la delegación de atribuciones de unos organismos administrativos en otros en forma tal que pudiera aplicarse como principio general dominante para todas las esferas de la administración. La única regla que existe en el estatuto fundamental es la contenida en su articulo 135, en la cual se autoriza al Presidente de la República para delegar en los Ministros, en los jefes de departamentos administrativos y en los Gobernadores, es decir, en funcionarios sometidos al poder jerárquico del Jefe del Gobierno, aquellas facultades que la ley indique. Pero como ese precepto tiene alcances limitados y sólo juega en relación con las entidades allí citadas, no admite la aplicación analógica al caso controvertido en razón de que las situaciones jurídicas contempladas en la norma y en el juicio son manifiestamente disímiles. No cabe tampoco el argumento de que si bien no hay mandato alguno que autorice la delegación, tampoco existe un ordenamiento que la prohiba, porque para desecharlo, basta considerar que —como lo ha reiterado el Consejo— las corporaciones y funcionarios públicos sólo pueden hacer aquello que explícita o implícitamente les está permitido, a diferencia de los particulares que pueden realizar todo lo que no esté vedado por el derecho. Y como no existe una sola disposición que faculte a las Asambleas Departamentales para delegar sus atribuciones de expedir los reglamentos fiscales de sus respectivas secciones, no es admisible la autorización otorgada en la Ordenanza que se impugna. De consiguiente, ese acto administrativo, de idéntica manera que el Decreto del Gobernador que en él se apoyó, violan los articulos 185 y 187 de la Constitución Nacional, y 97, atribución 9ª, del C. de R. P. y M. (**Sentencia** de 26 de marzo de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Carlos Gustavo Arrieta) 384

39.—ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES. (No son cuerpos legislativos sino corporaciones administrativas).—En la Constitución Política de 1886 se establecieron las Asambleas Departamentales como corporaciones administrativas, e idéntico criterio se mantuvo en las reformas constitucionales de 1907, 1910 y 1945. Por lo tanto, desde que se expidió el primitivo estatuto hasta la fecha, no ha habido solución de continuidad en el sistema. De consiguiente, aquellas entidades jamás han tenido carácter legislativo. Por otra parte, los artículos 62 y siguientes de la Ley 167 de 1941 estructuran la noción de acto administrativo desde el punto de vista formal y organicista y, en consecuencia, dan a las ordenanzas esa categoria jurídica. Por esa razón, precisamente, se les somete al control de la jurisdicción especial. De allí que no sea admisible la tesis de que las Asambleas sean cuerpos legisla-

Páginas

tivos departamentales, ni la de que la delegación de sus funciones sea contraria al principio de la separación de los órganos del poder público. Si aquellas corporaciones y estos funcionarios forman parte integrante de la rama administrativa, no se ve cómo pueda incidir, en sus relaciones recíprocas, la idea consagrada en el artículo 55 de la Constitución. No obstante, es preciso aceptar que las Asambleas seccionales gozan de cierta autonomía en el desempeño de sus funciones administrativas, como que no están sujetas al poder jerárquico del Presidente de la República o de sus agentes, ni al control de tutela que se ejerce sobre los establecimientos públicos. Tal régimen jurídico especial, es apenas la consecuencia lógica del principio de la descentralización administrativa adoptado por los constituyentes del 86 y conservado, en sus lineamientos generales, hasta el momento. Pero esa forma de independencia no puede confundirse con el sistema de la separación funcional de los órganos del poder, en razón de que el funcionamiento autónomo de las Asambleas sólo opera en el interior de la administración, en tanto que aquel principio se manifiesta en las relaciones de las tres ramas entre sí. (**Sentencia** de 26 de marzo de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Carlos Gustavo Arrieta) 384

40.—**ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES. (Competencia de estas corporaciones para expedir Códigos Fiscales seccionales).**—En el artículo 187 de la Carta se establece, a manera de cláusula general de competencia, y después de enumerar las funciones propias de las Asambleas, que a ellas corresponde dirigir y fomentar "cuanto se refiera a los intereses seccionales y al adelantamiento interno", y desempeñar las demás funciones que les señalen las leyes. En armonía con ese ordenamiento, el artículo 97 del C. de R. P. y M. les confiere algunas facultades relacionadas directamente con las actividades fiscales y con la competencia para regularlas (ordinales 9º y 37). Ciertamente que no hay un precepto que de manera explícita les otorgue la atribución concreta de expedir el Código de la materia, pero del espíritu general de las reglas constitucionales y legales se infiere que a las Asambleas corresponde dictar esa clase de estatutos, apreciación que cobra mayor fuerza si se considera que no existe ordenamiento alguno que directa o indirectamente conceda poderes similares a los Gobernadores o a cualquier otra persona administrativa del orden departamental. Por consiguiente, es forzoso aceptar que la función de expedir los reglamentos fiscales pertenece a las Asambleas seccionales. (**Sentencia** de 26 de marzo de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Carlos Gustavo Arrieta) 384

41.—**ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES. (Competencia constitucional y legal de estas Corporaciones para crear instituciones o establecimien-**

Páginas

tos de asistencia social).—Estableciendo la Constitución Nacional que la asistencia pública es función estatal y que la ley debe determinar la forma de prestación de la misma y los casos en que el servicio deba correr directamente por cuenta del Estado, y no estando aún determinada en la legislación la forma en que deben estructurarse los establecimientos públicos para la prestación del servicio de asistencia pública, bien pudo la Ley 93 de 1938 tener como instituciones de utilidad común no sólo las que hayan tenido origen en un acto de voluntad de los particulares, sino las organizadas en virtud de un acto del poder público (ley, ordenanza, acuerdo o decreto de autoridad), aunque éstas, en pura doctrina, deban considerarse como establecimientos públicos. Y aún en el caso de aceptarse que el poder público no pueda hacer fundaciones de derecho privado o instituciones de utilidad común, lo que no es del todo evidente a la luz del artículo 44 de la Constitución, es sí indiscutible que puede fundar establecimientos públicos para la prestación de la asistencia pública en todas sus modalidades y que bien puede darles estructura semejante a la de las fundaciones o instituciones privadas, porque para ello no existe forma predeterminada en la Constitución o en la ley, y someter tales establecimientos a la misma vigilancia e inspección a que por mandato constitucional están sometidas las instituciones de utilidad común propiamente dichas. Como el constituyente del 36 erigió la asistencia social en servicio público, al reglamentar el legislador de 1938 la inspección y vigilancia que el ordinal 19 del artículo 120 de la Carta confía al Presidente de la República, tenía que hacerla extensiva a todas las instituciones de origen privado o de origen oficial para velar por el eficaz cumplimiento de los fines de servicio público para que fueron creadas. Y aún prescindiendo de la Ley 93 de 1938, cabe admitir que las Asambleas Departamentales pueden fundar instituciones o establecimientos de asistencia social, como en efecto se deduce de los preceptos 187 —numeral 1º—, 182 y 183 de la Constitución y ordinal 10º del artículo 97 del C. de R. P. y M., siendo notable, además, que la jurisprudencia ha reconocido expresamente que las Asambleas pueden crear establecimientos para la prestación de otros servicios distintos al de asistencia pública (Consejo de Estado, **Anales**, T. LVII, págs. 115-116). Por lo demás, la creación de establecimientos públicos nacionales, departamentales y municipales, tenía fundamento constitucional y legal con mucha anterioridad al Acto Legislativo Nº 5 de 1954, el cual no era necesario en la organización estatal del país para crear establecimientos públicos, sino en cuanto a los que no se sometieran a la división general del territorio de la República. (Sentencia de 14 de septiembre de 1960; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 317

42.—**ASAMBLEA DE CUNDINAMARCA**. (Interpretación de los artículos

Páginas

21 y 63 del Reglamento de la corporación. Nulidad de la elección de Contralor Departamental). **Ver el número 130 del índice.**

48.—ASCENSO. (Diferencias entre la noción de ascenso que consagran los reglamentos castrenses y la que contiene el artículo 6º de la Ley 72 de 1947).—Los reglamentos castrenses parten de la base de la existencia de un escalafón que, en los distintos órdenes, se inicia con el grado más bajo y va ascendiendo gradualmente hasta las más altas jerarquías militares. La obtención paulatina de dichos grados mediante la superación del inferior, es lo que constituye el ascenso para el cual se tienen en cuenta elementos de diversa índole (tiempo de servicio, capacidad y don de mando del militar, conducta, etc.) que se analizan y disciernen por los órganos competentes para decretarlo. El militar que así lo obtiene adquiere el derecho al título, los honores y prerrogativas propios de su nuevo rango, así como a las prestaciones y garantías económicas y sociales que a él corresponden, todo lo cual constituye un status jurídico amparado por la Constitución. Sustancialmente distinto a este concepto, que es el único aceptable y aceptado dentro del régimen militar, es el que trae el artículo 6º de la Ley 72 de 1947 para el sólo efecto de una prestación social. En este evento se trata sólo de una ficción legal por cuya virtud se coloca a un grupo de personas que han cumplido un cierto tiempo de servicio, en condiciones de recibir una garantía económica cuantitativamente establecida para el grupo perteneciente al grado inmediatamente superior. No quiere esto decir que el favorecido haya recibido un ascenso militar en los términos regulares de la ley, puesto que ninguno de los requisitos que ordinariamente se exigen para él ha sido cumplido. Simplemente se quiere significar que quien ha agotado el tiempo de servicio y permanecido por lo menos dos años en su grado tiene derecho a un sueldo de retiro o a una pensión mayor. Por consiguiente, la persona que por ministerio de esta norma puede recibir una pensión mayor no queda realmente ascendida dentro del escalafón militar y no puede, por tanto, ni exhibir ni usar un grado que legalmente no le corresponde ni pedir para él protección legal alguna, pues por mérito de la ficción de que se habla sólo adquiere el derecho a una prestación de cuantía superior. Por donde, lo procedente en estos casos es decretar la prestación en cuantía igual a la que corresponde al grado inmediatamente superior, pero no un ascenso a que el sujeto puede no ser acreedor. (Sentencia de 18 de febrero de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 113

NOTA: La doctrina precedente fue reiterada en diversos fallos, entre otros, el de 7 de marzo de 1963 con ponencia del doctor de Velasco Alvarez y el de 12 de marzo del mismo año que aparecen publicados en las páginas 117 y 124 de este tomo.

Páginas

44.—**AUTO.**—El que decreta la nulidad de lo actuado por incompetencia de jurisdicción sí es susceptible de apelación. **(Ver el Nº 37 del índice).**

45.—**AUXILIO DE CESANTIA ADICIONAL. (De los Notarios y Registradores).**—Cómputo del tiempo servido con anterioridad al Decreto Legislativo Nº 59 de 1957. **(Ver el número 218 del índice).**

— B —

46.—**BANCO POPULAR. (Su naturaleza jurídica. Condición de sus trabajadores).**—Del estudio de las normas que crearon el Banco Popular y de las concernientes a su funcionamiento y reglamentación, se llega a la conclusión de que dicha institución tuvo su origen en la ley; que su reglamentación y funcionamiento obedecen a pautas fijadas por normas legales; que su capital está constituido con dineros del Estado y que, si bien existen algunos accionistas privados, en la Junta Directiva, sus miembros son de mayoría oficial, designados por el Presidente de la República. El patrimonio del Banco, en su mayor parte, es patrimonio del Estado; como entidad semioficial, goza de privilegios y exenciones que la ley sólo puede autorizar para organismos oficiales, de modo que reune todas las características que señala el artículo 1º de la Ley 151 de 1959 para constituir una empresa pública descentralizada semioficial, cuya finalidad es la prestación de un servicio público, el crédito popular. En consecuencia, sus trabajadores deben reputarse como oficiales, con derecho, por tanto, a que el tiempo servido en otras entidades de derecho público se compute al trabajado en el Banco, para efecto de la pensión de jubilación, conforme a lo preceptuado por el artículo 1º de la Ley 24 de 1947. **(Sentencia** de 7 de marzo de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Alfonso **Meluk)** 166

47.—**BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA. (Es un establecimiento público, no una institución de utilidad común). Véanse los números 140, 142 y 320 del índice).**

48.—**BOMBEROS DEL DISTRITO ESPECIAL.**—No puede remitirse a duda que los integrantes del Cuerpo de Bomberos —institución de carácter civil a pesar de tener una disciplina militar conforme a su reglamento— son empleados públicos que no están ligados a la administración por contrato de trabajo sino por una situación legal y reglamentaria, hecho que no permite el pago de horas extras por expresa prohibición legal (Ley 141 de 1948, artículo 12) ni la remuneración de la jornada nocturna, pues ella es una obligación del personal comprendida en el reglamento del cuerpo. Pero sí admite el descanso compensatorio o la remuneración adicional para los días de descanso, pues

Páginas

conforme a la ley los empleados oficiales tienen ese derecho. (**Sentencia** de 25 de enero de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Jorge de Velasco Alvarez) 496

— C —

49.—**CADUCIDAD. (Del contencioso de impuestos nacionales).** — Del texto de los articulos 52 y 53 del Decreto número 1651 de 1961 que estableció lo concerniente al procedimiento gubernativo en lo relacionado con el impuesto sobre la renta y complementarios, surge que se señaló como fecha de ejecutoria de las providencias respectivas, aun cuando se tratara de aquellas que agotan la vía gubernativa por no existir recursos contra ellas, no la de la notificación sino la del décimo día siguiente a ésta. La consecuencia de estas normas tiene que ser la de una automática prórroga del término para intentar la acción contenciosa. Este deberá contarse, entonces, desde el dia en que, por mandato del articulo 53 del Decreto Extraordinario mencionado, se ejecutorió la providencia que puso fin al procedimiento gubernativo, pues viene a ser ésta, para los efectos del procedimiento, la fecha en que se realiza la operación administrativa de liquidación del impuesto, según el articulo 272 del C.C.A. Así se interpretan armónicamente las dos disposiciones, sólo aparentemente contradictorias y aun cuando las disposiciones de los Arts. 52 y 53 del Decreto no se ajusten a la técnica del derecho procesal. Por lo demás, la calidad de decreto dictado en ejercicio de facultades extraordinarias que tiene el 1651 de 1961 le da categoria de ley y por medio de él podia modificarse el procedimiento gubernativo y, consecuencialmente, en este particular, el término para la caducidad de la acción especial de impuestos, que sólo puede comenzar a contarse desde el dia en que se declara agotada la via gubernativa. Finalmente, el articulo 273 del C.C.A. previó que cuando la ley, las ordenanzas o los acuerdos hubieren establecido recursos contra las operaciones administrativas de liquidación de un impuesto, sólo cuando se hubieren agotado aquellos recursos podrá ejercitarse la acción contencioso administrativa. (**Auto** de 1º de marzo de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez) 695

50.—**CADUCIDAD. (De un contrato administrativo).**—Mérito ejecutivo de las resoluciones que declaran la caducidad de un contrato administrativo. (Véase el número 276 del índice).

51.—**CAJA DE LA VIVIENDA MILITAR. (Exención del impuesto predial a las viviendas adquiridas a dicha entidad:** Fecha desde la cual debe concederse. La exención no comprende el valor de los servicios

de aseo y alumbrado públicos, pues ellos constituyen tasas, que no impuestos). Véanse los números 173 y 313 del índice.

52.—**CAJA DE VIVIENDA MILITAR. (Intereses de los préstamos que concede a sus afiliados. Normas que desde su fundación han regido la materia).**—Si según los artículos 11 y 13 de la Ley 153 de 1887, los decretos de carácter legislativo que expida el Gobierno en virtud de autorización de la Constitución tienen fuerza de leyes, y los actos ejecutivos del gobierno son obligatorios y deben ser aplicados mientras no contraríen la Constitución y las leyes, se tiene que sobre lo dispuesto en los Estatutos de la Caja de Vivienda Militar respecto de intereses a los préstamos que concede a sus afiliados (artículo 27), prevalecía lo ordenado en el artículo 13 del Decreto Legislativo 2767 de 1953, y que la Caja, en la fijación de los intereses, debía aplicar éste y no el Decreto Ejecutivo 847 de 1957, aprobatorio de aquéllos. Así, pues, no es admisible sostener que los Estatutos de la Caja, aprobados por Decreto Ejecutivo, pudieran modificar el Decreto Legislativo, y que sólo viniera a quedar liberada del límite del 5% el día 20 de abril de 1960, en que se dictó el Decreto Ley 1018 de 1960, reorgánico de esa Institución. Se tiene, entonces, que la disposición legal que ha regido lo relacionado con el monto de los intereses desde 1953, es la contenida, primero en el artículo 13 del Decreto Legislativo 2767 de ese año y, después, en el artículo 14 del Decreto Ley 1018 de 1960. En consecuencia, mal puede decirse que por haberse aprobado la reforma estatutaria hecha el 14 de noviembre de 1958 mediante el Decreto Ejecutivo 1673 de 1960 —que es el acusado—, se reviviera una disposición ya sustituída para reformarla, cuando lo que en realidad se hizo fue ajustar los Estatutos, en lo referente a intereses, a la disposición legal vigente. Por tanto, y en lo que se refiere a los contratos celebrados por la Caja con sus afiliados entre el 14 de noviembre de 1958 y el 20 de abril de 1960 —fecha de vigencia del Decreto Ley 1018—, no cabe sostener que quienes contrataron con la Caja tuviesen derecho adquirido alguno a que sus contratos se sujetaran en lo relativo al máximo de los intereses, a lo que disponía el artículo 27 de los Estatutos y no a lo ordenado en el artículo 13 del Decreto Legislativo 2767 de 1953, norma de mayor jerarquía con la cual era incompatible. Pactados los intereses en tales contratos con aplicación de este último texto, los socios que contrataron con la Caja no pudieron haber adquirido jamás el derecho a que sus deudas sólo pudieran ser gravadas con el 5% anual, que era el interés señalado por el Decreto Ejecutivo 847 de 1957. Por estas razones, el acto acusado tampoco violó el artículo 30 de la Constitución. Tal violación sólo se habría configurado, si se hubiese comprobado que en los contratos celebrados se habían estipulado los intereses a la rata del 5% anual, y que el Decreto demandado desco-

Páginas

noció lo pactado para cobrarlos al 8% anual. (Sentencia de 15 de julio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 85

53.—**CALIFICACION DE SERVICIO PUBLICO. (Efectos en el tiempo del acto que califique como de servicio público a determinada actividad. Industria del petróleo).**—Las actividades de explotación, refinación, transporte y distribución del petróleo y sus derivados, se encuentran consideradas de modo expreso y claro como servicios públicos para efectos del derecho de huelga por el literal h) del Decreto 753 de 1956, con la sola condición de que, a juicio del Gobierno, se encuentren destinadas al abastecimiento normal de combustibles en el país. De modo que cuanto tiene que decidir el Gobierno, estudiadas las circunstancias y modalidades propias de las actividades citadas, es si se cumple la condición requerida y proceder de conformidad. En este caso, a diferencia de los contemplados en los literales precedentes del Decreto, se requiere una calificación sobre el hecho determinante de que una cualquiera o todas las actividades del literal h) sean un servicio público. Y también, a diferencia del último literal, la calificación que haga el Gobierno no requiere el concepto previo del Consejo de Estado. Los decretos que dicte el Gobierno para señalar la característica de que se habla, pueden referirse a una empresa determinada, a varias o a todas las que integran la industria respectiva. En cualquier caso, la calificación es definitiva por la misma naturaleza del hecho calificado, y una vez pronunciado el acto por el Gobierno no es preciso dictar nuevos decretos sobre el particular, pues mientras la función calificada permanezca, la calificación continuará siendo jurídicamente válida, a menos que el Gobierno decida revocar su acto, que es de contenido general y no creador de una situación particular y subjetiva, cuando se den los supuestos de revocabilidad previstos en el Decreto 2733 de 1959. Pero mientras ello no ocurra, la calificación que se haga una vez es jurídicamente válida para todas. (Consulta de 15 de marzo de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Informante, Dr. Guillermo González Charry. Su publicación fue autorizada por el señor Ministro de Trabajo mediante Oficio número 16430 de 10 de septiembre de 1963) 12

54.—**CANDIDATOS.**—Sus firmas en la constancia del Alcalde y su secretario sobre que los postulados juraron pertenecer al partido por el cual se inscribió la lista, no es una formalidad que la ley imponga ni puede afirmarse que sin ellas no se pueda dar por prestado el juramento. **(Véase el número 156 del índice).**

55.—**CANDIDATO INSCRIPTOR.**—Cuando el candidato que inscribe una lista en la cual figura, ha jurado pertenecer al partido político por el

Páginas

cual se ha inscrito la lista, no es necesario que al presentar la aceptación de su candidatura jure nuevamente su filiación. **(Véase el número 198 del índice)**

56.—**CAUSAL TERCERA. (De revisión de reconocimientos).**—Los nuevos servicios, prestados con posterioridad al reconocimiento, no son hechos de los a que se refiere el ordinal tercero del artículo 165 del C.C.A., pues éste hace relación a los ocurridos con anterioridad al otorgamiento del derecho y que tengan influencia jurídica en el mismo, pero que no se alegaron o no se demostraron en su oportunidad, bien para reafirmar la existencia del derecho, ora para impedir su reconocimiento. Pero lo que en este evento no es causal de revisión por parte del Cosejo, sí es causa de actuación para el Ministerio (Guerra) a quien compete en forma directa hacer el reconocimiento solicitado. (Véase el número 280 del índice).

57.—**CERTIFICADO. (De Paz y Salvo).**—No es prueba del pago de la obligación que se cobra ejecutivamente. El pago sólo se demuestra con el recibo correspondiente. (Véase el número 229 del índice).

58.—**CESANTIA ADICIONAL. (De los Notarios y Registradores).**—Cómputo del tiempo de servicio anterior al Decreto Legislativo Nº 59 de 1957. **(Sentencia de 12 de marzo de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry)** 174

59.—**CESANTIAS PARCIALES. (Situaciones que pueden presentarse en relación con la liquidación de ellas a los servidores oficiales. Cómo están gobernadas por la ley).**—En relación con la liquidación parcial de cesantías para los empleados oficiales, pueden presentarse dos situaciones distintas: a) las cesantías parciales solicitadas y reconocidas antes de obtener la pensión de jubilación; y b) aquellas decretadas con posterioridad a la pensión de jubilación, cuando el trabajador es llamado nuevamente al servicio oficial. En el primer evento, no hay duda de que las cesantías parciales anticipadas al trabajador deben deducirse de la pensión en cuotas que no excedan del 20% de cada mesada, como lo establece el ordinal b), del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945. Es este un derecho consagrado en beneficio del trabajador que no puede serle desconocido. Para el segundo caso, se trata de un servidor pensionado que reingresa al servicio oficial, y que en su carácter de tal, obtiene anticipos de nuevas cesantías parciales. Resulta claro, entonces, que en esa segunda etapa del servicio no puede acogerse al citado mandato de la Ley 6ª de 1945, pues existe una situación jurídica distinta que no contempla la norma en referencia. Se trata, entonces, de una cesantía excedente por mayor tiempo servido después de los 20 años que dan derecho a pensión de jubilación, cuyo monto debe ser deducido totalmente de la cesantía definitiva, ya que

Páginas

no existe norma que autorice la deducción por cuotas, derecho éste que es específico para quienes van a ser jubilados, como claramente resulta del literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª citada. (**Sentencia** de 31 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Alfonso Meluk) 203

60.—**COMISION ASESORA DE RELACIONES EXTERIORES. (Incompatibilidades de sus miembros que sean congresistas para recibir conjuntamente honorarios y dietas).**—Ni aún en el supuesto de que se entendiera el artículo 1º de la Ley 5ª de 1962 en el sentido de que los miembros de la Comisión Asesora del Ministerio de Relaciones Exteriores elegidos por las Cámaras deben ser Senadores y Representantes —lo que no es así, pues la Ley 5ª sólo facultó al Congreso para designar a cuatro de los seis miembros que deben integrarla y que bien pueden ser extraños a la composición del Congreso— podría considerarse que el artículo 7º de dicha Ley, que ordena al Gobierno fijar honorarios a los integrantes de la citada Comisión, fuera una de las excepciones que permite el artículo 64 de la Constitución Nacional, pues tales excepciones deben ser precisas y no aplicables por interpretación ni por analogía. De manera que si existe incompatibilidad para que los señores Congresistas que son miembros de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores reciban simultáneamente los honorarios que a los integrantes de la Comisión les han sido señalados y las dietas parlamentarias, pues recibirían dos asignaciones del mismo Tesoro, contra la expresa prohibición del artículo 64 prenencionado. (**Consulta** de 20 de marzo de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Informante, Dr. Jorge de Velasco Alvarez. Su publicación fue autorizada por el señor Ministro de Relaciones Exteriores mediante Oficino Nº OJ.800 de 6 de septiembre de 1963) 14

61.—**COMPETENCIA. (De la jurisdicción especiál para conocer de actos de la Dirección General de Aduanas que no reconocen exenciones de derechos aduaneros acordadas por un contrato).**—La circunstancia de que en la demanda se sostenga que los actos impugnados de las autoridades aduaneras desconocían un contrato del gobierno con la sociedad demandante no quiere decir que dichos actos se originen en el contrato y que, por tanto, su juzgamiento escape a la competencia de esta jurisdicción, al tenor del artículo 73 del C.C.A. Las resoluciones demandadas se originan en la competencia que la propia sociedad demandante les reconoce a esas autoridades para ordenar el reembolso de una suma de dinero por impuestos que se dice no estaba ella obligada a pagar y, ante todo, en la competencia exclusiva que disposiciones legales le han conferido a la Dirección General de Aduanas para resolver en cada caso si debe concederse o no la exención del im-

Páginas

puesto que se solicita, ya sea para cumplir las leyes, o ya los tratados y los contratos, cuya obligatoriedad emana también de aquéllas. Esta es la tesis fundamental que se sustenta en los actos acusados. De modo que, aun cuando exista un contrato celebrado entre el Gobierno y la sociedad demandante, no tienen los actos acusados origen en dicho contrato. (**Sentencia** de 25 de abril de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez) 178

62.—**COMPETENCIA.**—Para reconocer exención de derechos de aduana sobre importaciones que efectúen personas o entidades que deben gozar de ella por mandato de la ley o por contrato. (Ver el número 148 del índice).

63.—**CONCEJOS. (De los Municipios vallecaucanos afectados por el sobreimpuesto del cuatro por mil que con destino a la C.V.C., autorizó el Decreto Legislativo Nº 160 de 1956. Carecen de atribuciones para dictar Acuerdos tendientes a eliminar el gravamen.** Inconstitucionalidad e ilegalidad de tales actos). Véase el número 84 del índice.

64.—**CONCEJOS MUNICIPALES. (Clausura de establecimientos industriales o comerciales por no pagar oportunamente los impuestos).** Prescribe el artículo 43 de la Constitución que en tiempo de paz, solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales pueden imponer contribuciones, y en armonía con ese ordenamiento el 197 del mismo estatuto dispone en su numeral 2º que a estas últimas corporaciones corresponde votar los impuestos y gastos locales. La regla 2ª del artículo 169 del C. de R. P. y M. desarrolla los preceptos anteriores, al facultar a las mismas entidades para decretar contribuciones y reglamentar su recaudación e inversión, y los artículos 6º de la Ley 72 de 1926 y 1º de la Ley 89 de 1936 amplían las atribuciones de los cabildos de Bogotá y otros municipios para imponer ciertos gravámenes y para establecer recargos, sanciones y apremios a fin de obtener el pago de los impuestos. Por otra parte, el artículo 213 de la Ley 4ª de 1913 dice que los tesoreros o recaudadores gozarán de jurisdicción coactiva para hacer efectivo el cobro puntual de los tributos municipales. En desarrollo de las disposiciones mencionadas, los cabildos pueden organizar el sistema de recaudación y crear los respectivos juzgados de ejecuciones fiscales, a fin de forzar el pago de los impuestos mediante la utilización de los procedimientos señalados en las respectivas normas. Pero no existe disposición alguna de la Carta o de la ley que directa o indirectamente autorice a los Concejos Municipales para decretar, a manera de sanción, la clausura temporal o definitiva de los establecimientos industriales o comerciales. Una atribución de esta naturaleza, en materia

Páginas

de impuestos, no encaja dentro del espíritu general de nuestra legislación. Y como las corporaciones y funcionarios públicos sólo pueden hacer aquello que les está permitido por las leyes, el Concejo de Barranquilla no podía, sin infringir las disposiciones superiores comentadas, autorizar el cierre de los establecimientos renuentes al pago del impuesto de industria y comercio. (**Sentencia** de 10 de junio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Carlos Gustavo Arrieta) 462

65.—**CONCEJOS MUNICIPALES. (Competencia de ciertos Cabildos para reglamentar el establecimiento de vehículos en las vías públicas urbanas. La administración directa de las vías públicas es una función administrativa, distinta de la función policiva referente al tránsito, infracciones, etc.).**—Una cosa es el tránsito de vehículos, el señalamiento de rutas y de tarifas de transporte, lo referente a licenicas de conducción de vehículos, el establecimiento de sanciones por infracción a los reglamentos de tránsito, etc., y otra distinta la reglamentación del estacionamiento de vehículos en las vías públicas urbanas y de la ocupación de éstas con kioscos y puestos permanentes destinados a atender el servicio público de vehículos. Lo primero se comprende específicamente en lo que es propio de la policía de servicio público; lo segundo, pertenece a lo que es materia de la administración de las vías urbanas, cuya ocupación permanente es atentatoria de los derechos del común, ocupación que sí pueden reglamentar los Concejos de los Municipios que gozan de la facultad conferida en el ordinal 4º del artículo 7º de la Ley 72 de 1926, sin invadir la esfera de competencia de las Asambleas o de las autoridades nacionales del transporte. (**Sentencia** de 26 de julio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 472

66.—**CONCEJOS MUNICIPALES. (Secretarios de las corporaciones).** — El cargo de Secretario de los cabildos es de creación legal, sus funciones tienen carácter permanente y quien lo desempeña goza de período fijo —dos años—, según lo disponen los artículos 161 del C. de R. P. y M. y 4º del Decreto Nº 49 de 1932. (Véase el Nº 287 del índice).

67.—**CONCEJOS MUNICIPALES. (No pueden delegar en los Alcaldes sus funciones privativas).** Véase el número 96 del índice.

68.—**CONCEPTO.**—De la Sala de Servicio Civil del Consejo de Estado sobre el proyecto de Decreto sometido a su estudio por el señor Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, en desarrollo del artículo 37 del Decreto 1732 de 1960, para excluir de la carrera administrativa los cargos de chofer, recepcionista y secretario auxiliar de los Ministros del Despacho, por considerar que se trata de empleados de confianza. (**Informe** del 1º de marzo de 1963; Sala de Consulta

Páginas

y de Servicio Civil; Consejero Informante, Dr. Guillermo González Charry. Su publicación fue autorizada mediante Oficio Nº 2774 de 9 de septiembre de 1963) 8

69.—**CONFIANZA.** (Noción que debe tenerse en cuenta para excluir a algunos funcionarios de los beneficios de estabilidad que caracterizan a la Carrera Administrativa). Ver el número 136 del índice.

70.—**CONGRESISTAS. (Miembros de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores).**—No pueden percibir simultáneamente sus dietas parlamentarias y los honorarios que a los integrantes de dicha Comisión Asesora les han sido señalados, pues ello equivaldría a recibir dos asignaciones de un mismo Tesoro a la vez, contra la prohibición expresa del artículo 64 de la Constitución Nacional. (Ver el número 60 del índice).

71.—**CONSULTAS DEL GOBIERNO.**—Se absuelve la formulada por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público sobre si las revisiones provocadas por los contribuyentes de conformidad con los artículos 12 del Decreto 270 de 1953 y 64 del Decreto 1715 de 1960, tienen o no derecho a que, una vez falladas, se les conceda el recurso de reposición ante la División de Impuestos Nacionales, de acuerdo con los artículos 35, 37, 42 y 148 del Decreto 1651 de 1961, en el sentido de que tanto para esas revisiones como para las reclamaciones extraordinarias que estableció el último estatuto mencionado, procede el recurso de reposición. (Véase el número 169 del índice).

72.—**CONTRATOS. (Incompetencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de demandas que soliciten la anulación de contratos que haya celebrado la administración. Artículo 73, ordinal 1º, Ley 167 de 1941).**—En materia de deslinde de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso administrativa, el sistema legal vigente en Colombia se basa en la vieja distinción de los actos jurídicos administrativos en dos especies: actos de poder o autoridad y actos de gestión. A la primera pertenecen aquellas decisiones unilaterales en que la persona administrativa impone su voluntad a los administrados. A la segunda, los casos en que se supone que aquélla obra como lo haría una persona particular, en un pie de igualdad con cualquiera otra persona. A este tipo de actos jurídicos pertenecen los contratos de la administración. Ellos no son impuestos a los otros contratantes, sino libremente aceptados. Su obligatoriedad nace del acuerdo de voluntades de los celebrantes y no del querer unilateral de la persona administrativa que es parte en ellos. De modo que mientras rijan las normas del C.C.A. tal como fueron concebidas y redactadas, los actos a que se refieren los artículos 62 a 67 de esa obra le-

Páginas

gislativa, son los unilaterales en que las personas o los funcionarios en ellos determinados obran en ejercicio de autoridad y cuyas decisiones se imponen coercitivamente. Tal la razón para que no se mencionen allí los contratos de la administración como actos demandables ante la jurisdicción especial. Disipa toda duda sobre el particular, la voluntad del legislador expresada en el ordinal 1º del artículo 73 de la Ley 167, en donde se dispuso que los actos originados en contratos administrativos, es decir, aquellos actos unilaterales que se profieren a causa de ellos en orden a modificar su contenido en cualquier forma, a introducir nuevas modalidades en su ejecución o a desconocer su validez, no son susceptibles de ser demandados ante esta jurisdicción. La ley quiere que semejantes contenciones se lleven ante la jurisdicción ordinaria, considerándolas, en principio, como de derecho privado. (**Auto** de 4 de julio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez) 512

73.—**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. (Naturaleza de la función de revisión).**—El Consejo de Estado, para los efectos de revisar los contratos de la administración que deben serle sometidos, obra en función administrativa y no es competente para resolver como juez a quién debe reconocerse el derecho controvertible. (**Concepto** de 8 de febrero de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez) 38

74.—**CONTRATO DE TRABAJO. (Y situación legal y reglamentaria).**—Análisis de los planteamientos jurisprudenciales suscitados por el artículo 4º del Decreto Nº 2127 de 1946 en relación con los trabajadores públicos u oficiales vinculados a la administración por una relación de derecho público (legal y reglamentaria) y los atados por un vínculo contractual laboral. (Véase el número 321 del índice).

75.—**CONTRATO DE TRABAJO. (Y situación legal y reglamentaria).** Qué clase de vinculación, contractual o de derecho administrativo, existe entre los establecimientos públicos u organismos descentralizados encargados de la prestación de un servicio público y sus trabajadores. (Véase el número 321 del índice).

76.—**CONTENCIOSO POPULAR DE ANULACION. (Es procedente aún contra ordenamientos individuales, siempre que no se pida el restablecimiento del derecho).**—La Sala de Negocios Generales de la Corporación reitera su doctrina según la cual la acción consagrada en el artículo 66 del C. C. A. procede contra toda clase de actos administrativos, sea que se refieran a situaciones jurídicas de carácter general (actos reglas); o contra los actos condiciones, es decir, aquellos que colocan a una persona dentro de una situación general y reglamentaria, o contra los actos subjetivos que crean situaciones juridi-

Páginas

cas relativas exclusivamente al individuo, en forma personal y concreta, cuyo interés sólo a él compete. Igualmente, reafirma su jurisprudencia diciendo que la diferencia entre la acción de nulidad pública o de contencioso objetivo, y la de plena jurisdicción o privada, o contencioso subjetivo, estriba en que en la primera se plantea la simple nulidad del acto demandado, mientras que en la segunda se puede, además, reclamar el restablecimiento del derecho, pero sin que tal exigencia sea de carácter obligatorio, porque el término "podrá" que emplea el artículo 67 del citado Código, implica una opción para el demandante. Y si además se tiene en cuenta que el término para ejercitar la acción de plena jurisdicción es de cuatro meses, contados a partir de la notificación, publicación o ejecución del acto, en tanto que la acción pública o de contencioso popular puede intentarse en cualquier momento (artículo 83, C.C.A.), resulta claro que puede instaurarse la acción de simple nulidad aún contra ordenamientos de índole personal o de interés privado, siempre y cuando que no se solicite el restablecimiento del derecho, porque en tal caso s trataría de una acción de plena jurisdicción, contemplada en el artículo 67 del tan citado Código. (**Sentencia** de 31 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Alfonso Meluk) 203

NOTA: La doctrina reiterada en este fallo se encuentra expuesta con toda amplitud en las siguientes providencias: Salvamento **de voto** del Consejero doctor Carlos Gustavo Arrieta a la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo el 1º de diciembre de 1959 (**"Anales"**, T. LXII, Nos. 387-391, pág. 56 y siguientes); **Sentencia** de 20 de agosto de 1959, Sala de Negocios Generales (**"Anales"**, T. LXII, Nos. 387-391, pág. 683 y siguientes); **sentencia** de 28 de octubre de 1960, Sala de Negocios Generales (**"Anales"**, T. LXII, Nos. 387-391, pág. 770 y siguientes); **sentencia** de 10 de agosto de 1961, Sala de lo Contencioso Administrativo (**"Anales"**, T. LXIII, Nos. 392-396, pág. 200 y siguientes).

77.—**CONTRALOR DEPARTAMENTAL.** (Nulidad de la elección del de Cundinamarca por haber sido elegido en una sesión diferente a aquella en que la elección ha debido hacerse según el orden del día y la citación respectivos). Véase el número 130 del índice.

78.—**CONTRALORES DEPARTAMENTALES. (No pueden imponer contribuciones a las entidades autónomas de beneficencia).**—Los Contralores de los Departamentos carecen de facultades legales para imponer contribuciones a las entidades de beneficencia sobre sus ingresos, como cuota para el funcionamiento de la Contraloría, pues los fondos de las loterías de beneficencia no forman parte del patrimonio o acervo común del Departamento que las ha organizado. (**Auto** de 10 de julio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Po-

Páginas

nente, Dr. Jorge A. Velásquez) 449

79.—**CONTROL DE ARRENDAMIENTOS. (No es atendible el argumento según el cual los Decretos números 1070 de 1956, 699 de 1957 y 210 de 1958 definieron una verdadera contravención, que su materia es de naturaleza policiva penal y que, por ende, las providencias que en su virtud profieran los Gobernadores Departamentales están sustraídas del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, según el numeral 2º del artículo 73 del C.C.A.).**—La duda sobre la naturaleza de los actos por los cuales imponen sanciones los jefes ordinarios de policía (Alcaldes Municipales y Gobernadores de Departamento), proviene de que en ellos confluyen la competencia jurisdiccional para reprimir delitos y contravenciones asimilables a aquéllos y la administrativa para conocer de infracciones a normas que no son estrictamente de naturaleza penal. Como lo ha dicho el Consejo (Anales, Tomo LXIV, Nos. 397 y 398, páginas 262 a 273), el ordinal 2º del artículo 73 del C.C.A. en cuanto excluye del control jurisdiccional contencioso administrativo las resoluciones proferidas en los juicios de naturaleza policiva penal, se refiere tan sólo a aquellas en que los funcionarios comunes de policía juzgan y sancionan delitos definidos como tales en el código de la materia o hechos contravencionales definidos y sancionados por normas protectoras del orden público y la seguridad general, aun cuando muchas veces tales hechos no generen un daño directo a persona determinada. La Sala ha reconocido que en casos concretos puede ofrecer dificultades la diferenciación entre las resoluciones de policía de naturaleza penal enderezadas a reprimir contravenciones propiamente dichas y las puramente administrativas que dictan las autoridades comunes de ese orden para imponer sanciones. Pero como la excepción ha de interpretarse estrictamente, sólo cuando sea claro que la resolución de que se trate pone término a un juicio policivo adelantado por delitos o contravenciones penales, debe declararse incompetente la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de la acción instaurada contra ella. Mas en el caso sub lite no se presenta confusión alguna respecto de la naturaleza simplemente administrativa de los actos acusados: no fueron ellos proferidos por autoridades ordinarias de policía, porque los Gobernadores departamentales lo son únicamente cuando deciden en segunda instancia sobre los actos de sus inmediatos agentes, los Alcaldes municipales; aquí la resolución de primera instancia fue dictada por el Gobernador en virtud de la competencia especial que a dichos funcionarios atribuyó el Decreto Nº 210 de 1958, y fue confirmada, mediante apelación, por el Ministerio de Fomento, lo cual bastaría para clasificar los actos demandados como de simple policía administrativa para el efecto de admitir su sometimiento al control de jurisdiccional contencioso administrativa. (Auto de 4 de julio de 1963; Sala de lo Contencioso Ad-

Páginas

ministrativc; Consejero Ponente, Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez) 427

80.—**CONTROL DE ARRENDAMIENTOS. (No es contravención penal la infracción del Decreto Nº 1070 de 1956 y de su reglamentación. Decreto 699 de 1957. Naturaleza jurídica de ese hecho).**—No encuentra evidente la Sala la naturaleza de contravención penal que el a quo atribuye a la infracción del Decreto Legislativo Nº 1070 de 1956 y de su reglamentación, contenida en el 699 de 1957. El primero de los ordenamientos citados, "por el cual se congelan los precios de los arrendamientos", impuso a los arrendadores de inmuebles urbanos en ciertas ciudades, restricciones al ejercicio del derecho de propiedad sobre éstos en materia de contratación para arrendarlos. Ello se estableció con el ostensible propósito de proteger a los arrendatarios contra posibles abusos en los precios y defenderlos de la voluntad unilateral de los arrendadores que pretendiesen desalojarlos a la expiración de los contratos por no someterse a condiciones más onerosas. Al Ministerio de Fomento se le asignó competencia para conocer, oficiosamente o a solicitud de parte, lo relativo al cumplimiento de aquella norma de jerarquía legislativa. El conocimiento oficioso encomendado al Ministerio podría inclinar a creer que la norma tendría que ser cumplida hasta contra la voluntad de los arrendatarios a cuya protección está destinada, pero muy bien se advierte que para éstos es facultativo invocarla o no en defensa de sus intereses. Se trata, pues, de un derecho de naturaleza civil, consagrado en beneficio de los intereses de los arrendatarios y de cuyo ejercicio pueden prescindir, calidad que el decreto reglamentario 699 de 1957 relieva más aún. En efecto, dicho reglamento, para darle operancia al derecho consagrado en favor de los arrendatarios por el Decreto Legislativo 1070 de 1956, estableció para ante el Ministerio de Fomento una especie de acción de los arrendatarios contra los arrendadores que no se allanen a devolverles lo pagado en exceso. La petición del arrendatario promueve una contención con el arrendador y el Decreto 699 señala el trámite. Si la decisión favorece al peticionario, se le ordena al arrendador reembolsarle lo que le cobró ilegalmente. Y esto no puede entenderse como una pena, sino como el restablecimiento del derecho particular amparado por la norma violada. Si bien es evidente que el conocimiento de esta contención sobre derechos civiles entre particulares hubiera debido atribuirse a los respectivos jueces, como lo impone el principio de la separación de funciones entre las ramas del poder público, ya el Decreto Nº 1070 de 1956 había establecido que a una autoridad administrativa, el Ministerio de Fomento, correspondería conocer de las infracciones a sus normas. Y sólo una norma legislativa puede disponer cosa distinta en materia de competencia. El Decreto Legislativo 210 de 1958 no puso fin a semejante anomalía jurídica, sino que se limitó a hacer más accesible a los arrendatarios el

Páginas

ejercicio de su facultad, llevando al conocimiento de los Gobernadores de los departamentos y al Alcalde Distrital de Bogotá sus peticiones de devolución de excesos cobrados por arriendos, pero dejando siempre al Ministerio de Fomento la decisión definitiva, a través del recurso de apelación contra lo decidido por aquellos funcionarios. Quedó así el conocimiento de tales contenciones como un asunto administrativo, por ministerio de la ley; y, en consecuencia, los actos proferidos en estos casos por autoridades administrativas tienen que entenderse comprendidos en la regla general de que son susceptibles de acciones ante la correspondiente jurisdicción. (**Auto** de 4 de julio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez) 427

81.—**CONTRALORIA GENERAL. (Empleados suyos. Forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. Situación de los escalafonados según la Ley 165 de 1938).**—De acuerdo con las normas contenidas en los artículos 1º y 36 del Decreto Nº 1732 de 1960 y 1º de la Ley 42 de 1923, los empleados de la Contraloría General de la República deben considerarse pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público, para los efectos correspondientes a las disposiciones legales relativas al Servicio Civil y Carrera Administrativa, ya que no pertenecen a ninguna de las otras Ramas u Organos del Poder Público, y hacen parte del servicio civil de la República. Aquellos empleados que fueron escalafonados según las normas de la Ley 165 de 1938, tienen derecho, con las condiciones y modalidades del artículo 1º del Decreto 1017 de 1961, al pasar de la Contraloría a otro organismo no dependiente de ella, a invocar una asignación mensual igual a la que devengaron en la expresada Contraloría, siempre que para la inscripción y escalafonamiento quienes fueron admitidos en la Carrera Administrativa de acuerdo con el artículo 172 del Decreto 1732 de 1960 llenen las condiciones y se sometan a las exigencias a que se refieren los artículos 2º a 8º del Decreto 1017 de 1961. (**Consulta** de 24 de enero de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Informante, Dr. José Urbano Múnera. Su publiación fue autorizada por el señor Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil mediante Oficino Nº 2774 de 9 de septiembre de 1963) 4

82.—**CORRECCION DE LA DEMANDA.**—La hipótesis que contempla el artículo 128 de C.C.A. en cuanto a corrección de la demanda, es la de que el libelo haya sido admitido, para limitarle al actor el derecho corregirla o adicionarla a una sola vez. Pero cuando la demanda no ha sido admitida, y el actor la corrige para enmendar los defectos que el auto inadmisorio le anotó, la situación jurídica es distinta. Por ello el inciso 2º del artículo 87 del C.C.A. estatuye que en el auto inadmisorio se expresen los defectos que contenga el libelo y se ordene su

Páginas

devolución al interesado para que los corrija. Y esta corrección puede hacerla en distintos escritos, pues la sanción que establece el citado artículo en su primer inciso, es la de que no se interrumpe la caducidad de la acción, si el actor no corrige oportunamente los defectos que se le han anotado. (**Auto** de 19 de julio de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Jorge A. Velásquez) 93

83.—**CORRECCION. (De la demanda).**— No puede hacerse en el escrito sustentatorio del recurso de súplica. (Véase el número 243 del índice).

84.—**CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL CAUCA. Sobreimpuesto del cuatro por mil a los avalúos catastrales con destino a la C.V.C. Inconstitucionalidad e ilegalidad del Acuerdo Municipal que suprime el aumento).**—Creada la Corporación Autónoma Regional del Cauca (C.V.C.) por medio del Decreto Legislativo Nº 3110 de 1954, con fundamento en el Acto Legislativo Nº 5 del propio año que autorizó al legislador para crear establecimientos públicos con personería jurídica y autonomía administrativa, y al gobierno para hacer las veces del legislador mientras la Asamblea Nacional Constituyente asumiera las funciones legislativas, y expedido el Decreto Legislativo número 160 de 1956, el sobreimpuesto del cuatro por mil sobre los avalúos catastrales con destino a la C.V.C., resultaba un gravamen de inconfundible origen nacional y, por lo tanto, sustraído a las competencias municipales. En este último orden, la legislación nacional aludida no hizo más que autorizar a los Alcaldes para poner en vigencia el tributo y a los Tesoreros Municipales para verificar el recaudo. De donde surge claramente que una autoridad municipal como lo es el Cabildo, carece de facultades para declarar la insubsistencia de un gravamen impuesto por una autoridad nacional y para derogar un decreto del Alcalde mediante el cual ese gravamen se hacia exigible, y que el acto que en ese sentido expida, no sólo desconoce la jrarquía de las normas, sino que implica una intervención en asuntos ajenos a la competencia propia del Concejo Municipal. (**Sentencia** de 18 de julio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) 467

85.—**CUOTAS. (Devolución de las aportadas a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Oficiales retirados a solicitud propia antes de 15 años de servicio).**—Según el artículo 96 del Decreto Legislativo Nº 3220 de 1953, los Oficiales de la Fuerza Aérea que se retiren a solicitud propia antes de cumplir 15 años de servicio, sólo tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague, por una sola vez, un auxilio de cesantía (compensación la llama el texto), en la forma y términos allí establecidos. El adverbio empleado es categórico y excluyente. Si el

Páginas

único derecho reconocido es el auxilio mencionado, no puede agregarse otro como es la devolución de las cuotas aportadas a la Caja. Y si es cierto que el precepto del artículo 188 suspende y deroga las normas precedentes en lo referente a las materias que indica, debe entenderse ello en cuanto las normas del Decreto Legislativo 3220 regulen idénticas materias de modo diferente o contrario. Pero es claro que el aspecto de la devolución de cuotas a quien ha recibido cesantía en casos como el de autos, no fue considerado; lo cual en sana lógica no puede conducir a sostener que se haya introducido para las Fuerzas Militares el principio de las prestaciones sociales gratuitas. Por el contrario, este vacío lleva directamente a la aplicación del artículo 45 de la Ley 2ª de 1945 que expresamente dispuso que quien recibiera pensión, sueldo de retiro, compensación, recompensa u otra prestación, no tendría derecho a la devolución de aportes. Fue ésta la norma que aplicó el Ministerio en la Resolución acusada, y no lo hizo erradamente. (Sentencia de 26 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 155

86.—**CUERPO DE BOMBEROS DEL DISTRITO ESPECIAL.**—Naturaleza jurídica de su vínculo con la administración. Son empleados públicos que carecen de derecho a cobrar horas extras y sobreremuneración por jornada nocturna, pero que tienen derecho a descanso compensatorio o a remuneración adicional para los días de descanso. (Ver el número 48 del índice).

87.—**COSTOS DE PRODUCCION. (Deducción proporcional).**—Según los artículos 2º de la Ley 78 de 1935 y 42 del Decreto 818 de 1936, se han de deducir las expensas ordinarias causadas y pagadas durante el año gravable en el manejo de cualquier comercio o negocio cuya renta sea gravable, lo que obviamente lleva a inferir que no se pueden deducir los causados en una producción que no sea renta o que, al menos, no tenga por el año fiscal correspondiente la calidad de gravable. Considerado esto así, se ve que apenas se compensa el favor que recibe el contribuyente del hecho de que la ley permita liquidarle un bien económico a la tasa patrimonial y no a la de la renta, que es superior. Es cierto que a la siguiente vigencia gravable puede ser vendido el depósito, cuyo ingreso vendría a aumentar la renta obtenida en el año, y por lo mismo también los tributos, sin que se hubiera tenido en cuenta el costo correspondiente. Pero no parece haber dificultad en que, si el contribuyente denuncia entre lo vendido el remanente del año anterior, se le haga la deducción por los costos proporcionales. No habría así menoscabo al fisco ni agravio al sujeto pasivo de la imposición, ni ocurriría que determinado bien económico, estimado como patrimonio en una determinada vigencia, se haga figurar por el mismo concepto en la siguiente, afectando de este modo el total de

Páginas

la renta y por lo mismo, el de la obligación tributaria. Por lo menos el tratamiento dentro del régimen fiscal debe ser equivalente pues resulta contradictorio que se considere un bien objeto patrimonial y así se le liquide el impuesto, y en seguida se le hagan deducciones que sólo tienen cabida cuando se trata de renta. (Sentencia de 6 de junio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) 722

88.—**CHOFERES. (De los Ministros del Despacho Ejecutivo).**—No siendo empleados políticos, se reunen en ellos dos de las condiciones exigidas por el artículo 37 del Decreto 1732 de 1960 para ser excluidos de la carrera administrativa: a) corresponden a ellos funciones esencialmente de confianza; y b) por la misma razón, las conveniencias aconsejan que se les mantenga por fuera del régimen de inamovilidad de la carrera administrativa y sean de libre nombramiento y remoción de los Ministros. (Véase el número 136 del índice).

— D —

89.—**DECRETO Nº 8226 DE 1962. (Reglamentación de las disposiciones antimonopólicas de la Ley 155 de 1959).**—Suspensión provisional de las siguientes de sus disposiciones: artículos 17, 20, 22, 24 y 27. Razones que llevaron al Consejo a adoptar la medida cautelar. (Ver el número 308 del índice).

90.—**DECRETO-LEY Nº 8825 DE 1959. (Sobre elecciones).**—La transitoriedad del Decreto 3325 de 1959 en cuanto a las normas que apenas en él tuvieron origen, resulta no sólo del subtítulo del citado estatuto que expresa "por el cual se dictan algunas disposiciones sobre las elecciones del 20 de marzo de 1960", sino también de los antecedentes de la Ley 119 de 1959, de los que se ve que en el espíritu del legislador fue clara la intención de expedir normas especiales para el debate electoral del 20 de marzo siguiente. Dicho Decreto fue expedido con la finalidad determinada de regular esas elecciones, y si bien es cierto que contiene disposiciones de carácter permanente, tal permanencia no resulta del decreto mismo, sino de que se hallan consignadas también en estatutos anteriores. (**Sentencia de 8 de julio** de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) **646**

91.—**DECRETOS REGLAMENTARIOS.**—A través de ellos el Gobierno si puede interpretar la ley, y la interpretación del reglamento es imperativa, a tenor del artículo 12 de la Ley 153 de 1887 mientras no sea contraria a un mandato de superior jerarquía. (Véase el número 192 del índice).

92.—**DECRETOS REGLAMENTARIOS.**—No pueden servir de medio para

Páginas

resolver o convalidar situaciones individuales y subjetivas creadas con anterioridad por la administración. Se suspende provisionalmente el artículo 5º del Decreto Reglamentario Nº 2759 de 1962. (Véase el Nº 245 del índice).

93.—**DEDUCCION. (Por costos de producción).**—Empleo del sistema de prorrateo. (Véase el número 87 del índice).

94.—**DEDUCCIONES.**—Su rechazo no da cabida al fenómeno de la indebida imposición, definido y regulado por el artículo 11 del Decreto Legislativo número 341 de 1957. (Véase el Nº 186 del índice).

95.—**DEDUCCIONES.**—A la renta de agentes de seguros. No son admisibles ni el 30% de lo recibido por comisiones ni las bonificaciones pagadas al agente por la compañía. (Véase el número 21 del índice).

96.—**DELEGACION DE FUNCIONES. (De los Concejos a los Alcaldes Municipales).**—De conformidad con lo preceptuado por el artículo 43 de la Constitución Nacional, en tiempo de paz sólo el Congreso, las Asambleas y los Concejos pueden imponer contribuciones, y los límites dentro de los cuales pueden actuar regularmente las corporaciones y funcionarios públicos aparecen consignados en el artículo 20 de la propia Carta. En el régimen colombiano es indiscutible que la competencia de los Concejos Municipales se origina directamente en la Constitución y en la ley, para aceptar lo cual, basta tener presente que los artículos 197 de la Carta y 169 del C. de R. P. y M. determinan taxativamente las atribuciones de las nombradas corporaciones administrativas. Entre las autorizaciones contenidas en tales normas, no figura ninguna que haga relación a delegación de funciones privativas del Cabildo al Alcalde Municipal. La delegación de funciones sólo se consagra entre nosotros con carácter excepcional, según se infiere de los artículos 78 y 135 de la Constitución, dado que las corporaciones y funcionarios públicos, por poderosos que se les suponga, no gozan de poder propio, puesto que toda facultad necesariamente tiene que ser atribuída. (**Auto** de 20 de mayo de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Francisco Eladio Gómez G.) 529

97.—**DEMANDA.**—Su corrección o aclaración no puede hacerse en el escrito sustentatorio del recurso de súplica. (Ver el Nº 243 del índice).

98.—**DEMANDA. (Su corrección).**—Cuando el artículo 128 del C.C.A. estatuye que hasta el último día de la fijación en lista puede aclararse o corregirse la demanda por el actor y que del derecho de variarla sólo puede hacerse uso por una sola vez, alude inequívocamente al caso en que la demanda ha sido admitida, y es entonces cuando se limita al actor a una sola vez el derecho de corregirla, adicionarla, etc. Pero otra

Páginas

es la situación jurídica cuando la demanda no ha sido admitida y el actor en el juicio se preocupa por corregir los defectos que el auto inadmisorio de la demanda anotó. Por ello el artículo 87 del C.C.A., inciso 2º, estatuye que en el auto que niega la admisión de una demanda se expresarán los defectos que contenga y se ordenará su devolución al interesado para que los corrija. Y esta corrección puede hacerla en distintos escritos, pues la sanción que establece el citado artículo 87 en su primer inciso, es la de que no se interrumpe la caducidad de la acción, si el actor no corrige oportunamente los defectos que se le han anotado. (**Auto de 19 de julio de 1963**; Sala de lo Contencioso Administrativo —Unitaria—; Consejero Sustanciador, Dr. Jorge A. Velásquez) 93

99.—DEMANDA. (Su técnica. Enunciación de las normas violadas en la que se ejercita la acción de plena jurisdicción).—En innumerables ocasiones ha dicho el Consejo que determinando la acción contencioso administrativa una confrontación entre el acto, hecho u operación administrativas y normas consagratorias de derechos civiles o administrativos, para saber si éstas se quebrantaron es de necesidad imprescindible puntualizar cada uno de los preceptos que establecen esos derechos a fin de verificar sin duda ninguna si la administración, al pronunciarse sobre el caso concreto, obró o no dentro de la legalidad. Pero esa labor no es posible con planteamientos generales como el que ha hecho la demanda al citar genéricamente una serie de estatutos legales que reglamentan materias y hechos muy distintos al de autos aunque éste pueda estar previsto en ellos. El Consejo no está autorizado para escoger de su cuenta las normas que aparezcan violadas y aplicarlas al caso, porque esta acción ni es pública ni es oficiosa. (**Sentencia de 26 de julio de 1963**; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 152

100.—DEPARTAMENTO DEL TOLIMA. (Reajuste de las pensiones de jubilación de los maestros que le presten sus servicios en establecimientos educativos de propiedad del Departamento). Ver el número 210 del índice.

101.—DERECHO AL SUELDO. (De funcionarios públicos regularmente nombrados pero que no han tomado posesión del cargo). Ver el número 161 del índice).

102.—DERECHOS DE IMPORTACION. (Exenciones).—Organismo administrativo competente para reconocer exenciones de derechos de importación sobre mercancías). Véase el número 148 del índice.

103.—DERECHO A LA INAMOVILIDAD.—El derecho a la inamovilidad o a permanecer en un cargo público por un tiempo determinado sólo

Páginas

puede tener origen en la ley, pero no en un simple acto administrativo de nombramiento. (Sentencia de 12 de julio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Carlos Gustavo Arrieta) 435

104.—**DERECHO DE HUELGA.** (Calificación de servicio público dada por el Gobierno a una industria o actividad determinada. Sus efectos en el tiempo). Véase el número 53 del índice.

105.—**DEVOLUCION DE CUOTAS. (Aportadas a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares** por Oficiales de la Fuerza Aérea que se retiren a solicitud propia antes de cumplir 15 años de servicio). Véase el número 85 del índice.

106.—**DIRECCION GENERAL DE ADUANAS.**—Es el organismo administrativo exclusivamente competente para reconocer exención de derechos aduaneros sobre importación de mercancías que efectúen entidades o personas que gozan de ella por virtud de la ley o de un contrato. (Véase el número 148 del índice).

107.—**DISPOSICIONES VIOLADAS.**—Quien ejercite la acción contencioso administrativa contra un acto, hecho u operación administrativos debe puntualizar las disposiciones legales que estima infringidas, pues la enunciación genérica e indiscriminada de estatutos legales no permite al Consejo efectuar la confrontación entre el acto, hecho u operación y la norma consagratoria de derechos civiles o administrativos que presupone la acción. (Véase el número 99 del índice).

108.—**DISTINTIVOS ADICIONALES. (Impresos en las papeletas de votación).**—No implican invalidez de los sufragios, pues tal adición no contraviene lo prescrito en el inciso 2º del artículo 10 de la Ley 7ª de 1932, disposición que se refiere ante todo a los distintivos de la cubierta que sí conducirían a hacer perder al voto su carácter secreto. (Véase el número 202 del índice).

109.—**DOMINIO PRIVADO Y RESERVA DEL ESTADO.**—Si no se demuestra fehacientemente el dominio titulado de los particulares en frente del título legal presuntivo de la Nación, no puede considerarse al Gobierno autorizado para negociarlo y adquirirlo sin que medie una sentencia en juicio controvertido que les reconozca a los particulares ese derecho de dominio, considerándolo prevaleciente sobre el título legal presuntivo del mismo Estado. Como los títulos escriturarios e inscritos en el Registro de Instrumentos Públicos que forman la documentación presentada por los promitentes vendedores no demuestran, a la luz de nuestras disposiciones legales, el dominio de ellos sobre las Islas de Gorgona y Gorgonilla en calidad de sucesores del derecho que

Páginas

aparece originalmente transferido por la Nación al Sargento Mayor D'Croz en 1853, no es posible aceptar que los promitentes vendedores sean los sucesores de aquel derecho para enfrentarlo a la presunción legal de que las Islas pertenecen como reserva territorial al Estado. (Resolución de 8 de febrero de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez) 38

110.—DOMINIO PUBLICO. (Calles y plazas).—Las calles y plazas, como bienes de uso público, pertenecen únicamente a la Nación y sobre ellas se ejerce por el Estado el dominio eminente (artículos 4º de la C.N. y 674 del C.C.). Su administración, para efectos de la concesión de licencias de ocupación, corresponde en principio al Gobierno Nacional, pero éste la delegó en los Gobernadores de los Departamentos (Ley 113 de 1928, artículo 10 y artículo 1º, literal f) del Decreto Nº 2703 de 1959; y para efectos de reglamentar su apertura, trazado, ensanche, etc., corresponde a los Concejos Municipales (Ley 97 de 1913, art. 4º y artículos 1º y 2º de la Ley 195 de 1936). De ello se deduce, ineludiblemente, que en ningún caso los particulares pueden tener la propiedad de tales bienes, ni siquiera en el evento de que el terreno en que se construyen sea de dominio privado. Si el dueño de la tierra la destina a una urbanización, las zonas correspondientes a las calles y plazas pasan automáticamente al dominio de la Nación y al uso de todos los habitantes, sin que para ello sea necesaria cesión alguna y a pesar de la transferencia que se haga en favor de otra persona o institución pública o privada. El régimen jurídico de los bienes mencionados está ampliamente regulado en los textos constitucionales y legales, y ese sistema no puede modificarse en manera alguna por simples convenios entre particulares o entre éstos y otras entidades de carácter oficial, ni por disposiciones de las ordenanzas departamentales o de los acuerdos municipales. Ni la atribución otorgada a los cabildos para disponer lo necesario a la apertura y ensanche de las vías públicas, ni la concedida por delegación a los gobernadores para dar licencias de ocupación, los faculta para alterar en forma alguna el sistema jurídico referido. Por tanto, es nula por contraria a la Constitución y a la ley, la disposición de un Acuerdo que ordena ceder gratuitamente a favor del municipio una porción de cada urbanización para vías públicas y zonas verdes. (Sentencia de 4 de abril de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Carlos Gustavo Arrieta) 457

— E —

111.—EFECTOS. (Del recurso de reposición ilegalmente interpuesto cuando,

Páginas

ello no obstante, es resuelto por la Administración). Véase el número 270 del índice.

112.—**EJECUTORIA. (De las providencias administrativas en materia de impuesto sobre la renta. Cuándo se cumple).**—Según el Decreto 1651 de 1961 la ejecutoria de las providencias administrativas en materia de impuesto sobre la renta y complementarios no se cumple desde la notificación del acto sino a partir del décimo día siguiente a ésta. Incidencia del punto sobre la caducidad de la acción contenciosa de liquidación de impuestos. (Véase el número 49 del índice).

113.—**ELECTORALES. (Juramento de pertenecer al partido político por el cual se inscribe la lista. Validez del prestado ante el Secretario de Gobierno de la Alcaldía por omisión del Alcalde Municipal. Presunción de inscripción regular de la lista: artículo 5º de la Ley 187 de 1936).** (Véase el número 199 del índice).

114.—**ELECTORALES.**—No puede deducirse motivo de anulación del hecho de que un funcionario no haya seguido con fidelidad los textos aprobados y recomendados como modelos por la Registraduría. (Véase el número 157 del índice).

115.—**ELECTORALES.**—Los distintivos adicionales impresos en las papeletas de votación no implican invalidez de los sufragios. Tal adición no contraviene lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 10 de la Ley 7ª de 1932, precepto que se refiere ante todo a los distintivos de la cubierta que sí conducirían a hacer perder al voto su carácter secreto. (Véase el número 226 del índice).

116.—**ELECTORALES.**—La falta de perforación de las papeletas para separar fácilmente las varias listas, es un hecho intrascendente. (Véase el número 239 del índice).

117.—**ELECTORALES.** (Listas inscritas y papeletas de votación).—Si todos los candidatos que figuran en una papeleta corresponden a listas regularmente inscritas, no importa que la plancha de Senadores no haya sido inscrita por quienes inscribieron la de Representantes, pues lo fundamental es la inscripción. (Véase el número 206 del índice).

118.—**ELECTORALES.**—Cuando el candidato que inscribe una lista en la cual figura ha jurado pertenecer al partido político por el cual la lista se ha inscrito, no es necesario que al presentar la aceptación de su candidatura jure nuevamente su filiación. (Véase el número 198 del índice).

119.—**ELECTORALES.**—La ley no exige que el candidato firme la atestación que suscriben el Alcalde Municipal y su Secretario relativa a que

Páginas

el candidato prestó el juramento de pertenecer al partido político por el cual se inscribe la lista. (Véase el Nº 156 del índice).

120.—**ELECTORALES. (Alcance de los fallos que deciden acciones electorales).**—El fallo debe tener efectos "erga omnes", no sólo en cuanto a todos obliga e interesa, sino en cuanto, por ser la consecuencia de una acción pública, la sentencia debe abarcar la integridad del registro afectado, en relación con todas las personas, partidos o grupos a que él se refiera. (**Salvamento de voto** de los Consejeros doctores Carlos Gustavo Arrieta, Ricardo Bonilla Gutiérrez, Francisco Eladio Gómez y Guillermo González Charry a la sentencia de 8 de julio de 1963, que decidió la acción electoral propuesta por el doctor Ramón Martínez Vallejo contra el Acuerdo número 07 de 28 de mayo de 1962, por el cual la Corte Electoral declaró la elección de Senadores y Representantes del conservatismo por la Circunscripción de Córdoba) 646

121.—**ELECTORALES.**—Nulidad de los registros por haberse extendido y firmado en sitio distinto del local donde debe funcionar la corporación electoral respectiva. (Véase el número 268 del índice).

122.—**ELECTORALES.**—Introducción extemporánea de registros electorales procedentes de Corregimientos. (Véase el número 268 del índice).

123.—**ELECTORALES.**—Importancia probatoria de las actas de los jurados de votación. (Véase el número 8 del índice).

124.—**ELECTORALES.**—Actas de los jurados de votación que sólo tienen la primera hoja o que carecen de la última. (Véase el Nº 9 del índice).

125.—**ELECTORALES. (Escrutinios cuando hay votaciones diferidas).**—Las votaciones diferidas por orden de la autoridad política competente no implican la suspensión del escrutinio general de la respectiva circunscripción electoral, ni hay nulidad del escrutinio realizado cuando las elecciones diferidas no se habían verificado todavía. (Véase el número 139 del índice).

126.—**ELECTORALES. (Extemporaneidad en la introducción de pliegos al arca triclave. Transitoriedad del artículo 36 del Decreto Ley 3325 de 1959).**—Un examen cuidadoso de la historia de la Ley 119 de 1959 conduce inequívocamente a la conclusión de que el artículo 36 del Decreto Ley 3325 del propio año, expedido por el Gobierno en virtud de las facultades extraordinarias que dicha ley, en su artículo 7º le otorgó, era un precepto transitorio que, como la mayor parte de las normas nuevas del citado Decreto, estaba encaminada a organizar lo concerniente a las elecciones populares del 20 de marzo de 1960. Ello, porque de la ley en cita se deduce que el Congreso, teniendo en cuenta

Pgáinas

que algunos de los preceptos vigentes en ese momento sobre régimen electoral se contenían en decretos expedidos bajo la invocación del artículo 121 de la Constitución, y por tanto esencialmente transitorios; que por otra, la vigencia de todos ellos iba a concluir con el agotamiento del término señalado por la Ley 2ª de 1958, y que, finalmente las cámaras en el angustioso tiempo de que disponían hasta la clausura de las sesiones del Congreso no podían expedir un estatuto completo sobre la materia, optó por investir al Presidente de la República de facultades extraordinarias para que, en parte, expidiera las normas de carácter transitorio indispensables para realizar las elecciones de 1960. Ello explica por qué muchas de las normas del Decreto en mención no sean sino la reproducción de otras contenidas en leyes que siguen vigentes y en Decretos que más tarde adquirieron firmeza legislativa. Cumplidas por tanto aquellas elecciones, las normas correspondientes del Decreto perdieron su aplicabilidad, pues su carácter de transitorias emanó de la propia voluntad del Congreso y no puede, por tanto, inferirse que el Presidente estuviera autorizado para dar a estas reglas el carácter permanente que usualmente tienen las que dicta cuando está investido de esta clase de facultades. Así las cosas, y rigiendo para las elecciones de 1962 el artículo 130 de la Ley 85 de 1916, el cargo de extemporaneidad en la entrega de los pliegos de los corregimientos sólo puede demostrarse acreditando la distancia respectiva entre ellos y las cabeceras municipales correspondientes, así como la hora precisa en que fueron entregados. (**Sentencia** de 9 de julio de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 677

127 —**ELECTORALES. (Providencias recurribles: recursos viables).**—La Ley 167 de 1941 se caracteriza, en general,/por la rapidez de los procedimientos, lo que es más notorio en los juicios electorales. Así, en los de primera y única instancia hay providencias de trámite contra las cuales no se concede recurso alguno (artículos 215, primera parte; 216 inciso 1º; 219 inciso 2º; 225). Hay otras, de carácter interlocutorio susceptibles de un recurso de súplica, interponible dentro de los dos días siguientes al de su notificación (artículos 215, inciso 3º, parte final; 216 inciso 2º; 219 inciso 3º). Y finalmente, hay otro grupo de providencias de pura sustanciación, que por lo mismo son susceptibles de recurso de reposición, pero respecto de las cuales la ley ha guardado silencio sobre la oportunidad de interponerlo. Igual ocurre dentro de la segunda instancia de los juicios electorales que la tienen: las dos únicas providencias que allí se dictan por el Consejo son de simple trámite, lo que indica que pueden ser susceptibles de reposición, pero no hay precepto que señala cuándo debe interponerse el recurso. Podría decirse que en virtud de un criterio analógico el recurso debería negarse, ya que las demás providencias de su clase están pri-

Páginas

vadas de él por norma expresa. Pero ocurre que es principio general el de que toda providencia judicial tiene recursos mientras la ley no diga lo contrario, de donde aquella conclusión sería inaceptable. Podría también sostenerse que siendo el de súplica en los tribunales colegiados un sucedáneo de la reposición, ésta en los casos en que procede, debe interponerse dentro del mismo término de aquélla. Argumento inaceptable porque se trata de dos recursos diferentes con procedimientos propios y distintos. Y como de todas suertes lo único evidente es que no pudiendo denegarse un recurso que existe, él debe tramitarse, la forma de hacerlo no puede ser otra que la indicada en forma general para esta clase de providencias en el artículo 487 del C.J. aplicable aquí sí, por analogía, según lo dispone el artículo 282 del C.C.A., habida cuenta de que dicha aplicación no es contraria a la naturaleza del juicio. (**Auto** de 11 de febrero de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 553

128.—**ELECTORALES. (Carecen de período de pruebas en la segunda instancia).**—El Consejo siempre ha entendido que los juicios electorales de que conoce en segunda instancia carecen de término probatorio, pues al disponer el artículo 236 del C.C.A. en su inciso 3º que inmediatamente después de vencido el término de fijación en lista y sin que el negocio vuelva al despacho se ponga directamente por el secretario a disposición de las partes para que aleguen por escrito, excluyó enteramente la posibilidad de un nuevo proceso probatorio. En estas condiciones, el término de fijación en lista dentro de la segunda instancia no cumple ya el papel de la misma en los juicios contenciosos ordinarios (artículo 126) y electorales (artículo 218) o sea el de ser una oportunidad para pedir pruebas, sino que viene a ser simplemente etapa de preparación que la ley señala a los interesados para que en el breve término de los tres días que subsiguen, presenten sus alegatos de bien probado por escrito. (**Auto** de 11 de febrero de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 553

129.—**ELECTORALES. (Sistema de la mayoría y sistema del cuociente electoral. Cuál es el aplicable cuando se trata de elegir dos ciudadanos por una misma colectividad política y han existido dos o más listas por ese partido).**—El sistema de las mayorías electorales que rigió hasta 1905, quedó derogado solamente en cuanto se tratara de elegir más de dos ciudadanos, pero no cuando se trataba de elegir dos. Los textos legales y constitucionales son muy claros al respecto. De la aplicación del sistema del voto incompleto, primero, y del cuociente electoral, después, siempre se excluyó el caso de las elecciones de dos ciudadanos. Establecido el principio de la representación proporcional de los partidos, se impuso la necesidad de que no podían ser menos de tres los senadores o representantes que correspondían a cada circunscrip-

ción, para que pudiera ser operante en la práctica cualquiera de los sistemas que, para asegurar ese derecho, fuese acogido por el legislador, pues con la elección de uno sólo se haría imposible y con la de dos, la mayoría y la minoría podrían llegar a obtener el mismo número de curules. Pero del hecho de que en toda elección popular siempre se han elegido más de dos y que en todas las ocasiones se haya aplicado siempre en tal clase de elecciones el sistema del voto incompleto o el del cuociente, no puede concluirse que el sistema haya de aplicarse también cuando por razón de una reforma constitucional se hubiere de llegar a elegir, en votación popular, solamente dos. Es evidente que en forma expresa y categórica el constituyente de 1945 mandó que el sistema "se empleará" cuando se vote por más de dos individuos, lo que excluye lógicamente su aplicación cuando se vota por dos solamente. El propio legislador no ha entendido que sea el sistema del cuociente el que se emplea cuando una corporación elige sólo dos. Al contrario, ha creído que en este campo el sistema aplicable es el de mayorías; así aparece, por ejemplo, en los reglamentos del Senado y del Congreso Pleno, adoptados con fuerza de ley, por la 7ª de 1945. Es indiscutible que el artículo 172 de la Constitución quedó reformado por el 2º del Plebiscito de 1957, pues mientras aquél consagró la representación proporcional de los partidos y determinó que "se empleará el sistema del cuociente electoral u otro cualquiera que asegure esa representación", la Reforma Plebiscitaria estableció la representación igualitaria o paritaria de los dos partidos tradicionales, el liberal y el conservador. Así, el sistema del cuociente ya no es el que se emplea para determinar cuántos puestos corresponden a cada colectividad. El sistema sólo se aplica para adjudicar los puestos de un mismo partido, si hubiere dos o más listas de ese partido y "los puestos que a éste correspondieren fuesen más de dos". Dados los términos de la Reforma Plebiscitaria, para aplicar el cuociente no se atiende al número de puestos que corresponden a cada circunscripción; el sistema no se emplea para determinar la representación proporcional de los partidos en cada circunscripción, porque la reforma manda que la representación de ellos sea paritaria y que los puestos se les adjudiquen por mitad. El cuociente se aplica para adjudicar dentro de cada partido las curules que le correspondan, siempre que hubiere dos o más listas de ese partido y los puestos que a éste correspondieren fuesen más de dos, pero teniendo en cuenta únicamente los votos emitidos por las listas de ese partido. De modo que, si por disposición constitucional, el cuociente se emplea cuando a un partido corresponden más de dos puestos, no puede decirse con lógica que cuando sólo elige dos y no se emplea el cuociente, la elección sea nula por violación del sistema electoral adoptado por la ley, ya que la norma constitucional no ordena que se emplee el sistema del cuociente en ese

Páginas

caso. (**Sentencia** de 25 de marzo de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 556

130.—**ELECTORALES. (Elección del Contralor de Cundinamarca realizada en un día distinto al señalado previamente en el orden del día).** —Si el artículo 21 del Reglamento de la Asamblea de Cundinamarca ordena que la corporación debe fijar por lo menos con tres días de anticipación la fecha de toda elección que le competa, sólo en ese día puede verificarse la elección de acuerdo con la citación que para ello se haya hecho y no otro día posterior, pues el día señalado no puede ser sino uno. Y ello, a pesar del artículo 63 del propio Reglamento que dispone que cuando en una sesión no se haya agotado el orden del día señalado, continuará en la siguiente el mismo orden, hasta su conclusión, pues tal disposición no puede aplicarse en contra del artículo 21, que se refiere de manera especial a las elecciones, al paso que la del artículo 63 alude de modo general al trabajo ordinario de la corporación, ya que es natural que para actos de la trascendencia como las elecciones se señalen requisitos especiales, como lo hizo el premencionado artículo 21. La obligación de fijar con la debida anticipación el día para elegir, tiene por objeto evitar sorpresas entre los diputados, es decir, que busca que todos ellos tengan conocimiento de lo que en determinado día va a suceder, sin que se pueda rebatir la obligatoriedad de la norma con el argumento de que no sucedieron los hechos para evitar los cuales fue concebida. En conclusión, pues, no puede admitirse que como continuación del orden del día, la Asamblea pudiere elegir Contralor en día distinto del que previamente se había señalado; y como fue eso lo que aconteció, se violó por esa corporación el artículo 195 de la Ley 167 de 1941 (ordinal 1º en concordancia con el parágrafo) y por tanto la elección quedó afectada de nulidad. (**Sentencia** de 5 de junio de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Jorge de Velasco Alvarez). **Salvedad de voto** a la sentencia anterior, suscrito por el Consejero Dr. Guillermo González Charry) 615

131.—**ELECTORALES. (Exceso en el término de la votación).**—El hecho de que en el acta respectiva de los jurados, no haya constancia de la hora en que comenzó o de la en que concluyó la votación, no destruye la presunción legal de que la jornada transcurrió dentro del tiempo señalado por la ley (8 horas). Por otra parte, tal hecho no está erigido en causal de nulidad, aunque en sí mismo sea irregular y pueda dar lugar a sanciones de carácter administrativo para los funcionarios responsables. (**Sentencia** de 9 de julio de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 677

132.—**ELECCIONES.**—Transitoriedad del Decreto Ley Nº 3325 de 1959.
(Véase número 89 del índice)

Páginas

133.—**ELECCIONES DIFERIDAS.**—El hecho de que la autoridad política competente haya resuelto diferir las votaciones en un Municipio, por razones de orden público, no implica que la Corte Electoral deba suspender el escrutinio de la respectiva circunscripción electoral hasta que los comicios aplazados se verifiquen, ni tampoco la nulidad del acto que hace el escrutinio y la declaratoria de elección correspondiente aunque las elecciones diferidas no se hayan efectuado a la sazón.
(Véase el número 139 del índice).

134.—**EMPLEADOS. (De la Contraloría General de la República. Derechos de los escalafonados según las normas de la Ley 165 de 1938).**—Condiciones que deben reunir para que puedan exigir un sueldo mensual igual al que devengaban en la Contraloría General, cuando pasen de este organismo a otro distinto no dependiente de la expresada Contraloría. (Véase el número 81 del índice).

135.—**EMPLEADOS. (De la Contraloría General de la República).**—Forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.
(Véase el número 81 del índice).

136.—**EMPLEADOS DE CONFIANZA. (Concepto de confianza para excluir a ciertos funcionarios de las prerrogativas de estabilidad de la carrera administrativa).**—En todo el que entra a servir un empleo en la administración pública es preciso depositar un grado general de confianza. El cumplimiento de los deberes propios de la función, desde un punto de vista genérico, añadido a los especiales de cada cargo, suponen una serie de condiciones sin las cuales el empleo no se discerniría, y que pueden resumirse en la afirmación de que todo trabajador público es empleado de confianza en el sentido de la que en él se deposita para que de buena fe cumpla y haga cumplir dentro de su órbita de acción la Constitución y leyes de la República. Pero no es ese el factor que las leyes especiales toman en cuenta para excluir a algunos funcionarios de las prerrogativas de la estabilidad que caracteriza a la carrera administrativa. La noción de Confianza que debe tenerse en cuenta para estos efectos es bien distinta, y se identifica con necesidades imperiosas, ora del servicio mismo, ya de quien, como superior, debe orientarlo y responder de él. Del carácter de condición general a que antes se hizo referencia, pasa a convertirse en requisito indispensable para el desempeño de la función hasta el punto de que sin él, tal función no se concibe en su desarrollo completo, o su inobservancia determina causa justificada e inmediata para la remoción. De ahí por qué se trate de un concepto restrictivo, excepcional y asi deba tratarse. Ciertamente, en los casos del chofer, de la recepcionista y del secretario auxiliar de un ministro, no puede hablarse de que desempeñen funciones propias del Ministro —para emplear un lenguaje similar al del Tribunal Supremo del Trabajo— pero es evidente que en ellos se dan condiciones especialísimas en la prestación de su trabajo, que se resumen en la existencia de un grado

Páginas

máximo de confianza originada en el hecho de que, por su especial posición cerca de los Ministros del Despacho, deben enterarse habitualmente de altos negocios del Estado respecto de los cuales suele y debe mantenerse la más severa discreción, sin la cual podrían sobrevenir trastornos o perjuicios imprevisibles. (**Consulta de 1º de marzo de 1963**; Sala de Servicio Civil; Consejero Informante, Dr. Guillermo González Charry. El señor Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil autorizó su publicación mediante Oficio Nº 2774 de 9 de septiembre de 1963) 8

137.—**EMPLEADOS PUBLICOS. (Ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción. Teoría de los motivos determinantes. Motivación posterior del acto).** (Véase el número 151 del índice.)

138.—**EMPLEADOS SUBALTERNOS. (De la rama Jurisdiccional del Poder Público. No gozan de inamovilidad; son de libre nombramiento y remoción).**—Los empleados subalternos de la Rama Jurisdiccional del Poder Público se encuentran sometidos al régimen jurídico de libre nombramiento y remoción y, de consiguiente, no gozan de la pretendida inamovilidad de que se habla en la demanda y en la vista fiscal. En efecto: la Ley 95 de 1946 dispuso (artículo 5º) que los empleados subalternos del órgano judicial, del ministerio público, de lo contencioso administrativo, de la jurisdicción del trabajo y los jueces de instrucción criminal no podían ser destituidos ni trasladados a un cargo de inferior categoría, sino cuando existiese causa legal y a través de resolución motivada, acusable ante los organismos competentes. Con posterioridad, el Decreto Nº 3665 de 1950 estableció que los magistrados, consejeros de Estado, jueces, agentes del ministerio público y los correspondientes subalternos eran responsables de las faltas, omisiones e irregularidades en que incurrieran y, por tanto, estaban sujetos a las sanciones disciplinarias del caso, que impondría el superior respectivo. Se señalaron allí dichas causales, las sanciones y se determinó el procedimiento, pero no se consagró ningún derecho o prerrogativa, pues el Decreto en cita se limitó a desarrollar los preceptos superiores relacionados con la materia. No obstante lo anterior, el Decreto Extraordinario 1591 de 1954 suspendió el artículo 5º de la Ley de 1946 citada arriba; esta suspensión no ha sido levantada sino, por el contrario, prorrogada por los ordenamientos legales que, como el referido Decreto 1591, se expidieron con apoyo en el artículo 121 de la Constitución, a partir de 1949, elevados hoy a la categoría de ley. En consecuencia, no puede alegarse valederamente que los empleados subalternos de la rama jurisdiccional estén protegidos por el derecho a la inamovilidad, desde luego que éste fue abolido en forma indefinida, como ha quedado visto. (**Sentencia de 12 de julio de 1963**; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Carlos Gustavo Arrieta) 435

Páginas

139.—**ESCRUTINIOS. (La Corte Electoral no puede suspender el escrutinio de una circunscripción electoral por el hecho de que la autoridad política competente haya ordenado diferir las votaciones en un Municipio o región determinada, ni el hecho de haberlo verificado es causal de nulidad del acto que declara la elección).**—En el orden de los deberes que la ley asigna a las diferentes autoridades, ninguna norma impone a la Corte Electoral, ni en general a las corporaciones escrutadoras, la obligación de no hacer los escrutinios mientras haya electores sin sufragar, ya sea por suspensión de los comicios con motivo de trastornos del orden público, o por abstención personal originada en una causa cualquiera. Por el contrario, el deber es ejercitar la función sobre los resultados obtenidos en la jornada ordinaria, pues, por una parte, a tales entidades se les sustrajo toda decisión sobre puntos de derecho, y, por otra, la ley entiende que al vencimiento de las ocho horas el debate electoral está concluido. Lo positivamente irregular e ilegal, y por lo mismo, fundamento de nulidades, sería lo contrario: que la corporación escrutadora hubiera dejado de computar registros por razones distintas a las establecidas por la ley, y es a ello a lo que se refiere el artículo 201 del C. C. A. Pero el hecho de que la Corte Electoral haya verificado el escrutinio general habiendo sido diferidas las votaciones en un Municipio o región determinada, no es causal de nulidad contemplada por las leyes, siendo de observar que la disposición citada excluye tal causa, desde luego que es indudable que se refiere a los registros existentes y presentes, y no a los meramente posibles. Tan cierto es esto, que ni siquiera pueden escrutarse los que se hicieron pero no fueron introducidos oportunamente al arca triclave. Por otra parte, nada tan fácil para el legislador que haber dispuesto —si así lo hubiese querido— al preceptuar lo contenido en el artículo 93 de la Ley 85 de 1916, que en caso de diferirse las votaciones en un municipio no pudieran realizarse los escrutinios generales hasta tanto aquéllas se hubieran verificado; o establecer, en el caso de suspensión de los comicios en una circunscripción, que el escrutinio para el país no se verificara hasta cuando no se efectuaran las votaciones diferidas. Pero no lo estimó el legislador así, y, por el contrario, señaló con precisión las fechas en que los escrutinios deben verificarse. También, desde el punto de vista particular, no consulta los intereses y aspiraciones de los electores que sufragaron el que se supedite la expresión de su voluntad a eventos inciertos, como el de que en un lugar determinado cesen las perturbaciones del orden y se puedan realizar los comicios. Y desde el punto de vista del interés público, puede decirse que hay una razón de Estado en que se acate de inmediato la determinación popular que logró expresarse debidamente en las urnas, ya que el Estado no puede diferir la existencia de los órganos que lo forman. Así, pues, la Corte Electoral no hizo otra cosa que acatar la ley al verificar los escrutinios y hacer la declaratoria de

Páginas

elección por la circunscripción de Boyacá. (**Sentencia** de 8 de julio de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) NOTA: Por error esta sentencia aparece con fecha 18 de julio en el presente tomo 621

140.—ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. (Razones que justifican su creación y su autonomía).—Si se tiene en cuenta que por medio del establecimiento público lo que se busca es la descentralización del servicio que se le confía, para que éste se cumpla de un modo regular y continuo, sin la interferencia de intereses políticos del momento y se eviten las consecuencias que suele traer consigo el cambio de los gobernantes, todo lo cual altera la normalidad de la administración, necesariamente tiene que sustraerse el funcionamiento del establecimiento de ciertas normas generales que rigen la administración pública comúnmente. Cuando el legislador del orden nacional, departamental o municipal crea un establecimiento público para la prestación de un servicio, lo dota de un patrimonio para que realice sus fines y le da un reglamento que rija su funcionamiento, no prescinde de sus atribuciones de legislador sino que precisamente las ejerce delegando en un ente de su propia creación algunas de sus funciones para hacer más expedita y eficiente la administración. El legislador no renuncia a las atribuciones: las ejerce por medio de una institución que es obra suya, que le sigue sometida, porque es una dependencia de la administración pública y que así como la pudo crear, puede suprimirla en cualquier momento. Es éste el punto en que quizá se acusa una diferencia esencial entre el establecimiento público y el establecimiento de utilidad común de origen privado, pues mientras en éste el fundador queda extraño a la fundación y su voluntad sólo permanece en los fines de ella o en los estatutos que él mismo le hubiere dictado, los establecimientos públicos quedan siempre dependientes de su fundador (Nación, Departamento, Municipio) con una vinculación que no desaparece por más que se le haya dado al establecimiento la estructura de persona privada. El establecimiento pertenece a la persona de derecho público que lo creó, la que siempre podrá no simplemente vigilarlo en el cumplimiento de sus fines, sino también modificar su reglamentación y hasta prescindir de ella, para asumir directamente la prestación del servicio que le había confiado. (**Sentencia** de 14 de septiembre de 1960; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 317

141.—ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. (Naturaleza del vínculo que une a los trabajadores con los establecimientos públicos u organismos descentralizados encargados de la prestación de un servicio público). **Ver el número 320 del índice.**

142—ESTABLECIMIENTO PUBLICO E INSTITUCION DE UTILIDAD

Páginas

del Ministerio de Hacienda. (**Sentencia** de 25 de abril de 1963; **Sala** de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez). 178

149.—**EXENCIONES. (De impuesto predial** a las viviendas adquiridas o o construidas con préstamos del Instituto de Crédito Territorial o de la Caja de Vivienda Militar. Fecha desde la cual gozan de tal beneficio los respectivos propietarios). **Ver el número 173 del índice.**

150.—**EXTEMPORANEIDAD.** (En la introducción de pliegos al arca tricave). **Ver el número 267 del índice.**

— F —

151.—**FACULTAD DISCRECIONAL. (En el nombramiento y remoción de empleados. Teoría de los motivos determinantes. Motivación posterior al acto).**—El poder discrecional de remover a los subalternos de su despacho cuando lo considere conveniente para la buena marcha del servicio público que dirige, se le ha conferido al jefe administrativo en razón de la responsabilidad que ese buen funcionamiento le apareja. No está obligado a motivar sus decisiones y, de consiguiente, tampoco está obligado a expresar posteriormente los motivos de su decisión. Si lo estuviera, el poder discrecional que la ley le ha confiado carecería de sentido y de operancia. Si por pura cortesía accede a explicar los antecedentes del acto en el cual ejercitó su discrecionalidad legal, tales explicaciones dadas **a posteriori,** no forman parte del acto mismo, ya que éste carecía de motivación y se produjo como el simple ejercicio de una facultad legal. Toda la teoría francesa de los "motivos determinantes" cuando se obra con facultad discrecional, está fundada en la espontánea motivación que se dé en el texto mismo de la decisión administrativa a aquéllas que, por ser proferidas en ejercicio de ese poder, no requieren la manifestación de los motivos que en el ánimo del funcionario las determinaron. Es claro que si en tales circunstancias se expresan motivos, ellos deben ser verdaderos y cabe controvertir en juicio si lo son o no. De no serlo, se configura la **desviación de poder,** cuando no aparecen motivos justificativos del acto, en razón del buen servicio, o cuando se pretextaron motivos inexistentes para apoyar la decisión. Pero la teoría del motivo determinante se basa necesariamente en que el funcionario al ejercer su facultad **haya expresado en el mismo acto** el motivo que determinó su decisión. Cuando éste se declara, cabe controvertirlo y, demostrada su falsedad, puede llegarse a la conclusión de que no existió un motivo de buen servicio que justificara la decisión. Pero cosa muy distinta es que se quiera hacer motivar posteriormente una decisión de aquéllas en que se ejercitó la facultad discrecional y en cuyo texto no aparecía motivo

Páginas

alguno. Si tal sistema se propiciara, se socavaría el principio del derecho público de la facultad discrecional, puesto que todo acto en que ella se ejercita sería susceptible de provocar un proceso en busca de ocultos e injustificados motivos del acto en orden a demostrar desviación de poder y ocasionar condenas contra las entidades de derecho público en favor de los presuntos damnificados. Resultaría él obviamente perturbador y conflictivo para la Administración en cuanto al ejercicio de la facultad de nombrar y remover libremente el personal que aún no está protegido por un estatuto de carrera administrativa. (Sentencia de 24 de enero de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Ricardo Bonilla Gutiérre) 481

152.—**FACULTAD DISCRECIONAL. (De libre nombramiento y remoción y Estatuto del Servicio Civil).**—Mientras se desenvuelve el régimen nuevo sobre servicio civil que regule en forma sistemática el ingreso, la permanencia y el ascenso de los empleados públicos así como las causas y procedimientos para su suspensión o remoción, los empleados que no están amparados por estatutos especiales, continúan sometidos al régimen de discrecionalidad de los correspondientes jefes administrativos a quienes compete, según su simple criterio —que legalmente se presume inspirado en el buen servicio—, destituir a quienes consideren necesario, sin expresar en el acto que dispone la destitución motivo alguno. Por eso, si el acto se dictó sin motivación, en ejercicio de la facultad discrecional, no es admisible controvertirlo provocando explicaciones o motivaciones de ninguna naturaleza, las cuales, en el caso de que se produzcan fuera del acto mismo, no pueden tenerse como si fueran parte integrante de una decisión que no las contenga. Aceptar semejante sistema en la jurisdicción contencioso administrativa, sería tanto como desconocer el ejercicio de la facultad discrecional de quien estaba investido de ella al proferir el acto. En ausencia de motivación de actos de esta clase, la presunción legal de que se inspiran en el buen servicio público, resulta necesaria. (Sentencia de 24 de enero de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez) 481

153.—**FALLOS (Alcance de los que deciden acciones electorales).** Ver el Nº 120 del índice.

154.—**FERROCARRIL DE ANTIOQUIA.**—Dictamen del Consejo de Estado sobre el contrato de promesa de venta del Ferrocarril de Antioquia, celebrado entre la Nación, como promitente compradora y el Departamento de Antioquia, en su calidad de promitente vendedor. (Concepto de 27 de noviembre de 1962; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Francisco Eladio Gómez G.) 22

Páginas

155.—**FIJACION EN LISTA.**—Papel que desempeña este acto en los juicios electorales de que conoce el Consejo de Estado en segunda instancia. **(Ver el número 128 del índice).**

156.—**FIRMA DEL CANDIDATO. (En la atestación del Alcalde relativa a que el candidato prestó el juramento de pertenecer al partido político por el cual se inscribe la lista).**—El demandante echa de menos la firma del candidato en la constancia o atestación suscrita por el Alcalde Municipal y su secretario referente a que los postulados juraron pertenecer al partido por el cual se inscribió la lista. Pero no se puede afirmar que esta formalidad la imponga la ley y que sin ella no se pueda dar por prestado el juramento. En la demanda se confunden la atestación o testificación de que habla el artículo 2º de la Ley 39 de 1946, que es una simple diligencia del funcionario mediante la cual se da fe de que un hecho tuvo ocurrencia, y la declaración de quien testimonia sobre hechos de que tiene conocimiento, la cual sí debe ser suscrita por el testigo, a tenor del artículo 684 del C. J. La atestación, suscrita por el Alcalde y su Secretario, es un documento público que constituye plena prueba acerca de su contenido, como lo expresa el artículo 632 del mismo código. Y como lo que aquí se niega no es la autenticidad de ese documento, sino su valor por carecer de la firma del candidato y ello no es un requisito que resulte de las disposiciones electorales, claro se ve que el cargo es infundado. **(Sentencia** de 8 de julio de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) **621**

NOTA: Por error, esta sentencia aparece publicada con fecha 18 de julio en el presente tomo.

157.—**FORMULARIOS. (Modelos aprobados por la Registraduría Nacional del Estado Civil).**—Si bien la Registraduría elaboró el Catálogo de Formularios aprobados por la Resolución Nº 2039 de 7 de diciembre de 1961, y dispuso que tales formularios no podían ser modificados sino por Resolución del mismo Registrador, esta disposición que podría resultar obligatoria para el personal subalterno de ese Despacho, no puede tener el alcance de fijar fórmulas inmodificables ni normas extralegales. El manifiesto y laudable propósito de la Registraduría fue contribuir a facilitar el proceso electoral en sus actos varios; pero en ningún caso se puede deducir un motivo de anulación del hecho de que un Alcalde, por ejemplo, no haya seguido con toda fidelidad el texto recomendado. **(Sentencia** de 8 de julio de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) **621**

158.—**FUERZAS DE POLICIA. (Constituyen un cuerpo civil; sin embargo, sus componentes tuvieron carácter militar durante el lapso comprendido entre la vigencia del Decreto 1814 de 1953 y el Decreto Ley número 1705 de 1960).**—De acuerdo con la Constitución Nacional son

Páginas

distintas las Fuerzas Militares y las Fuerzas de Policía, aunque ambas estén comprendidas bajo la denominación genérica de Fuerzas Armadas. Esa distinción se advierte en diversos textos de la Carta: según el artículo 166, "La Nación tendrá para su defensa un Ejército permanente...", y conforme al 167, "La ley... organizará el cuerpo de Policía Nacional". La misión del Ejército es diferente a la de la Policía; aquél la tiene para la defensa de las instituciones, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio y la guerra. Esta, para la vigilancia interna, con el fin de prevenir los delitos o las infracciones y asegurar el derecho de los ciudadanos a su vida, honra y bienes. Pero la Policía es un cuerpo civil aunque esté armado, pues el derecho a llevar armas no le da el carácter de militar, como no lo tienen tampoco los resguardos de aduanas ni los agentes de circulación, quienes también portan armas. En idéntico sentido se han pronunciado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la doctrina de los tratadistas colombianos de derecho constitucional. (Cf. Copete Lizarralde, "Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano", 2ª Ed. 1957, páginas 385-393). No obstante, el Decreto número 1814 de 1953 incorporó a la Policía Nacional dentro de las Fuerzas Militares, como su cuarto componente y bajo el mismo comando que el Ejército, la Aviación y la Armada; solamente hasta el año de 1960 (18 de julio), el Gobierno —facultado para ello por la Ley 19 de 1958— volvió por los fueros constitucionales y en el Decreto Ley Nº 1705 desincorporó a la Policía de las Fuerzas Militares. De modo, pues, que durante el tiempo comprendido entre la vigencia del Decreto 1814 de 1953 y el 18 de julio de 1960, los componentes de las Fuerzas de Policía ostentaron el carácter de militares. (**Sentencia** de 4 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Jorge de Velasco Alvarez) 148

159.—FUERZAS MILITARES. (Profesionales a su servicio. Prestaciones sociales a que tienen derecho). **Ver el número 257 del índice.**

160.—FUERZAS MILITARES Y FUERZAS DE POLICIA.—Son distintas, no sólo por mandato de la Constitución Nacional (artículos 166 y 167) sino porque cumplen misiones diferentes. **(Ver el Nº 158 del índice).**

161.—FUNCIONARIOS PUBLICOS. (Derecho al sueldo).—Cuando una persona haya desempeñado una función pública por orden o nombramiento regular y prestado el servicio correspondiente, tiene derecho a la remuneración que las leyes o reglamentos señalen al cargo aunque no se le haya permitido tomar posesión legal del mismo, o simplemente no la haya tomado, mediante el juramento de rigor. La Sala no considera que este sea un caso de funcionario de hecho que, nombrado regularmente para funciones y con remuneración prevista en las leyes, entra a desempeñarlas sin la plenitud de las formas exigidas; en el

derecho colombiano hay dos normas, de aplicación principal para los funcionarios de la Rama Jurisdiccional (artículo 7º, C.J.), y para todos los demás funcionarios públicos (artículo 252, inciso 2º, C.R.P.M.) en cuya virtud el nombramiento y posterior ejercicio de las funciones hacen presumir de derecho la posesión del cargo, y las irregularidades en la diligencia de posesión o la falta de ella, no lo eximen de responsabilidad. Y si esto es asi, no lo es tan sólo para mantener la responsabilidad del servicio público ante terceros y ante los demás funcionarios, sino igualmente para poner en guardia los derechos del funcionario dentro de su carrera, escalafón o actividad respectivas, y sobre todo cuando a ella están esencialmente vinculadas garantías constitucionales como la protección al trabajo. En la época actual resulta irritante sostener —como en el pasado lo sostuvieron algunos tratadistas— que un funcionario de la clase del que contempla este juicio, comprometa regularmente a la Administración en el ejercicio de sus funciones y tenga para con ella todos los deberes propios de los demás funcionarios, pero carezca de derechos, y particularmente del que está más estrechamente vinculado a su supervivencia, como es el derecho al salario. Por consiguiente, demostrado como lo está que el demandante fue dado de alta para actividades civiles en el Ministerio de Guerra entre el 1º de septiembre de 1960 y el 8 de marzo de 1961, es preciso ordenar que se le paguen las asignaciones correspondientes, pues la falta de posesión regular, ni desvirtúa el ejercicio de las funciones, ni puede llevarse hasta el extremo de considerar el acto de nombramiento como inexistente o como si no hubiera producido en la práctica efecto alguno. (**Sentencia** de 2 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 135

162 —**FUNCIONARIOS PUBLICOS. (Prórroga de las licencias por justa causa).**—El empleado que está gozando de licencia y pretende que ésta le sea prorrogada, debe, al menos, expresar en qué consiste la justa causa que invoca, y aún comprobarla si asi lo exige el superior que debe otorgar la prórroga. (Ver el número 205 del índice).

163.—**FUNCIONARIOS INTERINOS. (Su reemplazo por otros de la misma índole. La declaratoria de vacancia del cargo no puede hacerse cuando el cargo está siendo desempeñado efectivamente).**—Habiendo renunciado el funcionario que desempeñaba el cargo, el Gobernador pudo nombrar al demandante en interinidad, de acuerdo con el artículo 249 del C. de R. P. y M., porque como primera autoridad política del Departamento le correspondía llenar en esa forma provisional la vacante absoluta dejada por el renunciante. Esa facultad de hacer los nombramientos interinos obedece, como lo ha dicho la Sala, a la necesidad de que el respectivo servicio no se interrumpa en ningún momento. Para cumplir en su integridad el citado mandato, ha debido el

Páginas

señor Gobernador dar cuenta a la Corte Suprema y al Gobierno (1) con el objeto de que el cargo se proveyera en propiedad para el resto del período. Solamente quien tenía competencia para hacer la designación en propiedad hubiera podido ejercitarla desalojando del cargo al interino, pero a falta de la designación de un juez en propiedad, semejante estado de cosas tenía que prolongarse mientras no ocurriera uno de los casos de falta absoluta de que habla el artículo 305 del Código citado, tales como renuncia admitida, muerte, destitución o declaración de vacancia. Mas esta última no puede hacerse cuando el cargo está siendo efectivamente desempeñado, aun cuando sea por un juez o funcionario interino, y aun cuando el período legal haya concluido. Según nuestro sistema legal, la terminación del período de funcionarios públicos no produce la desinvestidura automática de quienes están desempeñando los cargos. Ese hecho no supone la vacancia de los empleos, sino la facultad de nombrar a las mismas o a otras personas para desempeñarlos en el nuevo período. Y esa facultad sólo la tiene quien puede proveerlos en propiedad. Pero menos aún puede hacerse el nombramiento de otra persona cuando la declaratoria de vacancia no se ha hecho por la autoridad competente y en virtud de las causales establecidas por la ley. Ni esta declaración hubiera podido hacerla el Gobernador, cuya única facultad para el caso es nombrar interino "cuando faltare absolutamente un empleado que no pueda ser reemplazado por suplente o suplentes", como lo dice el artículo 249 de la Ley 4ª de 1913 (Código Político y Municipal). (**Sentencia** de 25 de julio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez). 440

NOTA: En el caso se trataba de un Juez de Garantías Sociales, respecto de los cuales el Decreto Legislativo 3000 de 1954 disponía que serían nombrados por la Corte con base en ternas pasadas por el Presidente de la República (artículo 33).

— G —

184.—**GANADEROS. (Impuesto a favor del Banco y Fondos Ganaderos sobre el patrimonio invertido en la industria pecuaria. Presunción de que los ganados se encuentran en el domicilio fiscal del contribuyente, para efectos de la distribución del gravamen).**—El inciso final del artículo 25 del Decreto número 469 de 1960 no excede los límites de la potestad reglamentaria cuando establece la presunción, no contenida expresamente en la ley, de que los ganados se encuentran en el domicilio fiscal del contribuyente, cuando éste no manifiesta la cantidad de cabezas que posee en diversos sitios, vinculados a distintos Fondos Ganaderos. En efecto, de acuerdo con el tenor literal y con el espíritu de la Ley 26 de 1959, el ganadero podrá cancelar el impuesto equi-

Páginas

valente al 1% de su patrimonio liquido invertido en la industria pecuaria, bien a titulo de impuesto, ora a titulo de suscripción de acciones, pero en uno u otro caso las cantidades correspondientes entrarán al Banco y al Fondo de la respectiva sección del país, por iguales partes. Cuando el ganadero posee semovientes en lugares distintos y vinculados a diversos fondos, la división entre éstos se hará en proporción al valor del ganado que tenga en cada uno de ellos, según el articulo 6º de la ley, pero no indica el camino que haya de seguirse para saber cuál es la cantidad de cabezas que realmente se poseen en éste o en aquel sitio. A falta de esa disposición expresa, era necesario aplicar el principio general de la legislación tributaria de que son los propios contribuyentes quienes deben suministrar las informaciones pertinentes en sus respectivas declaraciones, y asi se dispuso en el decreto reglamentario, con la adición de que si el interesado no hace tales especificaciones, se presumirá que los ganados se encuentran en el domicilio fiscal del contribuyente. Cabe observar que la Ley 81 de 1960 y el Decreto 437 de 1961, siguiendo en este punto la orientación de los estatutos anteriores, dicen que el domicilio fiscal se establecerá de acuerdo con las normas del C. C. y que, en caso de duda o cuando una persona tuviere varios, será el del asiento principal de sus negocios. Como el silencio del contribuyente sobre la distribución de sus ganados en 31 de diciembre del año gravable crea una duda para efectos de la división del impuesto o de las acciones entre los Fondos Ganaderos, era preciso acudir a los principios generales consagrados en la legislación tributaria y aceptar que los semovientes se encuentran, o se encontraban en la fecha indicada, en el territorio del Fondo correspondiente al domicilio fiscal del contribuyente y que, de consiguiente, la suscripción se hiciera en él. Así, pues, no aparece muy acertado el argumento que asevera que en el articulo impugnado del decreto reglamentario se estableció una presunción no consagrada por la ley. Ciertamente que la norma concreta que se pretendía desarrollar, aisladamente considerada, no la estructura expresamente, pero del espíritu general de la disposición, de la falta de información del contribuyente y de las reglas de la legislación tributaria, se infiere que el decreto reglamentario, al precisar los hechos básicos de la presunción y al establecerla explícitamente, no hizo más que reconocer lo que ya estaba implícitamente regulado en otros estatutos tributarios, cuyos ordenamientos era necesario tomar en cuenta. (Sentencia de 28 de junio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Carlos Gustavo Arrieta) 89

— H —

165.—HEREDEROS. (De suboficiales fallecidos en goce de pensión de inva-

Páginas

lidez. Situación de los causahabientes según la Ley 3ª de 1937 y el Decreto 1025 de 1942).—Ni la Ley 3ª de 1937 ni el Decreto 1025 de 1942 consagraron para los herederos de suboficiales fallecidos en goce de pensión de invalidez, el derecho a sucederlos en ella. El artículo 29 de la primera otorgaba una pensión vitalicia cuando la invalidez fuese absoluta, pero no habló de que los sucesores pudieran disfrutarla también. Además el artículo 24, y sólo para casos de sueldo de retiro, dio a los causahabientes una recompensa en suma fija y no un derecho de sucesión sobre la prestación periódica. De suerte que frente a esta ley, y tanto en casos de invalidez como de sueldo de retiro del fallecido, no había transmisión del derecho. Por su parte, el Decreto 1025 de 1942 tampoco consagró el derecho en cuestión. En efecto, los artículos 24 y 25 se refieren a la hipótesis del suboficial muerto en servicio activo, con más o menos de 8 años de servicio —caso que no es el de autos, pues el causante de los actores murió fuera de tal servicio y cuando recibía pensión de invalidez—; el artículo 26, a la muerte del mismo en goce de sueldo de retiro, que, por lo dicho, tampoco es el caso. Y el 27, que por hablar genéricamente de suboficiales muertos en goce de pensión podría hipotéticamente comprender el caso de la invalidez, se refiere a una recompensa unitaria que no se ha pedido ni al Ministerio ni en la demanda. (**Sentencia** de 26 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 152

166.—**HEREDEROS. (De suboficiales. Límite de su derecho).**—Sostiene la demanda que por cuanto al ser retirado del servicio el causante de los actores, tenía vocación legal al sueldo de retiro por tiempo de servicio, de tal sueldo han de gozar sus causahabientes conforme a jurisprudencia de esta Sala. A él debe decirse que, desde el momento en que el suboficial fallecido resolvió pedir y percibir una pensión de invalidez, tal reconocimiento marcó el límite de sus relaciones jurídicas con el Estado, y si voluntariamente no lo cambió en vida pudiendo hacerlo, ya hoy no pueden intentarlo válidamente sus herederos, pues el derecho de éstos reposa esencialmente en el del causante. Siendo incompatibles (1) esas dos prestaciones, ello significa que al fallecer el causante no pudo transmitir un derecho que no tenía, como era el sueldo de retiro, y que, consecuentemente, sus causahabientes no pueden invocarlo a su favor. (**Sentencia** de 26 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 152

(1) NOTA: Sobre esta incompatibilidad, véase el Nº 305 del índice.

167.—**HEREDEROS. (Notificación a ellos de los títulos ejecutivos existentes contra su causante. Artículo 1434 del C.C.).**—Debe hacerse no sólo dentro del juicio ejecutivo propiamente dicho, sino en las medidas cautelares a que se refiere el artículo 274 del C.J., pues ellas son el antecedente obligado del juicio ejecutivo. (Ver el Nº 220 del índice).

Páginas

— I —

168.—**IMPUTACION. (De abonos al impuesto de sucesiones que deben pagar las mortuorias ilíquidas. Sistema aplicable).** Ver el Nº 304 del índice.

169.—**IMPUESTOS. (Revisión a solicitud de los contribuyentes y reclamación extraordinaria. Procedencia del recurso de reposición contra los actos administrativos que los decidan).**—Aplicando el principio de la aplicación inmediata de las leyes procesales a que se refieren los artículos 40 de la Ley 153 de 1887, 1228 del C.J. y 148 del Decreto Nº 1651 de 1961, se tiene que una vez fallado el recurso de revisión a solicitud de los contribuyentes que contemplan los artículos 12 del Decreto Nº 270 de 1953 y 64 del Decreto Nº 1715 de 1960, debe aplicarse el Decreto Nº 1651 de 1961 que sólo admite el recurso de reposición en los casos especiales a que se refiere su artículo 42. Dicha reposición también procede respecto de las decisiones administrativas que resuelvan el denominado recurso de reclamación extraordinaria que consagra el Decreto 1651 de 1961 respecto de las providencias referentes a liquidaciones de impuestos que constituyan un gravamen superior al de la declaración del contribuyente. (Consulta de 14 de mayo de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Informante, Dr. Alfonso Meluk. Su publicación fue autorizada por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público mediante Oficio Nº 09208 de 11 de septiembre de 1963) 16

170.—**IMPUESTO DE SUCESIONES. (Rebaja de recargos:** alcance y finalidades del Decreto Legislativo Nº 0053 de 1957; **sistema aplicable para la imputación de abonos** cuando éstos no cubren suficientemente la deuda fiscal). Ver los números 302 y 303 del índice.

171.—**IMPUESTOS MUNICIPALES. (Industria y Comercio).**—Excede sus atribuciones en materia de creación, organización y cobro del impuesto de industria y comercio el Concejo Municipal que, a manera de sanción, ordena la clausura temporal o definitiva del establecimiento industrial o comercial renuente al pago del gravamen. (Ver el número 64 del índice).

172.—**IMPUESTOS NACIONALES. (Sucesiones, donaciones y masa global hereditaria).—Rebaja de los recargos o intereses** sobre el impuesto que deben pagar las sucesiones ilíquidas: alcance y finalidades del Decreto Legislativo Nº 53 de 1957. Sistema legal aplicable para la imputación de abonos cuando éstos no cu ren suficientemente la deuda fiscal. (Ver los números 303 y 303 del índice).

173.—**IMPUESTO PREDIAL. (Exención de dicho impuesto a las casas de habitación adquiridas a la Caja de la Vivienda Militar).**—La Junta Distrital de Hacienda no niega al demandante la exención del impues-

Páginas

to predial, sino que la pospone para seis meses después de la fecha de los respectivos actos, con el argumento de que según las disposiciones del Distrito, las exenciones sólo pueden comenzar a gozarse seis meses después de su otorgamiento. Sin embargo, como dicha exención no se concede en razón de disposiciones de orden distrital sino nacional, que primero fueron los Decretos 2767 de 1953 y 1769 de 1955 y luego la Ley 144 de 1959, a las cuales aquéllas están subordinadas, es evidente que el término fijado por la Junta Distrital de Hacienda en los actos acusados es ilegal, y que por lo mismo la exención debe beneficiar al demandante desde la fecha en que adquirió su inmueble de la Caja de Vivienda Militar. (**Sentencia** de 13 de marzo de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) 500

174.—**IMPUESTO PREDIAL. (Aumento del cuatro por mil en los Municipios del Valle del Cauca con destino a la Corporación Autónoma Regional del Cauca —C.V.C.—).** Dados los antecedentes constitucionales y legislativos del Decreto Legislativo número 160 de 1956, el sobreimpuesto del 4 por mil sobre los avalúos catastrales con destino a la C.V.C., resultaba un gravamen de inconfundible origen nacional y, por tanto, sustraído a la órbita de competencia de los Concejos Municipales. Inconstitucionalidad e ilegalidad de los Acuerdos tendientes a eliminar el citado gravamen. (Ver el número 84 del índice).

175.—**IMPUESTO PREDIAL. (Exenciones a las viviendas** adquiridas o construídas con préstamos de la Caja de Vivienda Militar o del Instituto de Crédito Territorial. Fecha desde la cual opera el beneficio). (**Sentencia** de 12 de julio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Francisco Eladio Gómez) 521

176.—**IMPUESTOS Y TASAS.**—Elementos de diferenciación. Los servicios de aseo y alumbrado públicos constituyen tasas, no impuestos. Consecuencias de la diferenciación para efectos de la exención de impuestos y contribuciones que consagran las leyes para las viviendas adquiridas a la Caja de la Vivienda Militar. (Ver el Nº 313 del índice).

177.—**INAMOVILIDAD.**—El derecho a permanecer en un cargo público por determinado tiempo, no puede ser consagrado por un simple acto administrativo de nombramiento; él debe emanar de una disposición legal. (Ver el número 103 del índice).

178.—**INAMOVILIDAD. (De los funcionarios subalternos de la Rama Jurisdiccional del Poder Público).**—La que les otorgaba el artículo 5º de la Ley 95 de 1946 fue abolida indefinidamente por el Decreto Legislativo Nº 1591 de 1954. (Ver el número 138 del índice),

179.—**INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA.—No se configura**

este medio exceptivo cuando la demanda sólo acusa el acto aprobatorio y deja de hacerlo respecto del aprobado, pues si, como es evidente, este último carece de eficacia sin la existencia del primero, al ser anulado el acto que aprueba, el aprobado perdería su eficacia o virtualidad jurídica. (Ver el número 13 del índice).

180.—**INCAPACIDAD TECNICA. (Se niega la suspensión provisional del ordinal a), del artículo 95 del Decreto Nº 570 de 1960, reglamentario de la Ley 126 de 1959).**—Considerando que la jurisprudencia del Consejo tiene establecido que la función administrativa es la actividad estatal encomendada al órgano ejecutivo y dirigida a la aplicación de la Constitución, la ley y de los ordenamientos inferiores; que la función reglamentaria es el ejercicio de esa actividad en cuanto desarrolla en normas generales y abstractas aquellos mismos estatutos para su adecuada realización; que la causa del poder reglamentario se encuentra en la necesidad de ejecutar en su plenitud el derecho objetivo y que el límite de su ejercicio se halla en el estatuto que se pretende desarrollar así como en la obligación de aplicarlo en su totalidad; que la función reglamentaria no es una actividad mecánica de simple reproducción de textos, pues en su ejercicio hay un proceso previo de análisis y evaluación de la ley, de indagación de sus fines y de investigación sobre su contenido general y sus alcances parciales; que, en consecuencia, el reglamento debe ser fiel reflejo del estatuto desarrollado y de cada uno de sus preceptos, por lo cual en él puede desenvolverse no sólo lo explícitamente regulado en la ley sino lo que aparezca implícito en ella, debe concluirse que la norma acusada no desborda los límites de la facultad presidencial consagrada en el ordinal 3º del artículo 120 de la Carta. En efecto, la Ley 126 de 1959 (artículo 49, literal a), numeral 5º) no señala el alcance de la expresión "incapacidad técnica" pero sugiere, cuando menos, que ella comprende todos aquellos casos en que el oficial haya sido incluido en la última categoría de la clasificación, pues en ella aparecen quienes a través de sus actuaciones hayan demostrado, entre otras cosas, la más baja capacidad militar. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 71 del Reglamento de Calificación y Clasificación de las Fuerzas Armadas, se establecen cinco listas para efectos de seleccionar el personal, en la última de las cuales —la número 5— se incluyen los "malos". Puede decirse, pues, que quienes figuren en ella no han acreditado capacidad técnica alguna y que, por consiguiente, quedan implícitamente comprendidos en la regulación del artículo 49 de la Ley 126 de 1959 y pueden ser retirados con pase a la reserva. Lo que hizo el precepto acusado no fue otra cosa que desarrollar aquello que ya estaba tácitamente regulado en la ley y en el Reglamento de Calificación y Clasificación, y no se puede sostener que la norma enjuiciada haya creado situaciones distintas a las ya existentes o que con ella se haya violado

Páginas

el mandato superior de la ley. Además, el artículo 39 de la Ley 126 se limita a definir uno de los tantos casos de incapacidad técnica, pero sin regular el fenómeno en su totalidad. Por esa circunstancia, no se puede sostener que lo preceptuado en esa norma impida al Gobierno desarrollar en el reglamento otros motivos implícitos en la ley, especialmente si se considera que ellos son similares al contemplado en el artículo que se comenta. (Auto de 1º de abril de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero sustanciador, Dr. Carlos Gustavo Arrieta) 237

NOTA: La providencia anterior quedó debidamente ejecutorio, y posteriormente sirvió de motivación al fallo de 17 de julio de 1964 en el cual se negó definitivamente la nulidad del literal a) del artículo 95 del Decreto Reglamentario número 570 de 1960. La tesis se aplicó, así mismo, a los casos concretos de los ex-oficiales **Edelberto Castrillón y Antonio Chamorro Hormaza** (fallos de 17 de junio y 20 de agosto de 1964, respectivamente).

181.—**INCOMPATIBILIDAD. (Artículo 64 de la Constitución).**—Sí existe impedimento para que los señores Congresistas que son miembros de la Comisión Asesora del Ministerio de Relaciones Exteriores reciban simultáneamente los honorarios que a los integrantes de dicha Comisión les han sido señalados y las dietas parlamentarias, pues percibirían dos asignaciones del mismo Tesoro a un mismo tiempo, contra la expresa prohibición del precepto 64 de la Constitución Nacional. (Ver el número 60 del índice).

182.—**INCOMPETENCIA. (De la jurisdicción contencioso administrativa).** Para conocer de controversias suscitadas entre los establecimientos públicos u organismos descentralizados encargados de la prestación de un servicio público y sus trabajadores, dado que tales relaciones están gobernadas por un contrato de trabajo y no por situación legal y reglamentaria. (**Sentencia** de 6 de junio de 1963; Sala de Negocios Generales —Conjueces—; Conjuez Ponente, Dr. Blas Herrera Anzoátegui, con salvamento de voto del Conjuez Dr. Carlos Didacio Alvarez) 401

183.—**INCOMPETENCIA.** (De la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de demandas que soliciten la nulidad de contratos celebrados por la administración). Ver el número 72 del índice.

184.—**INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. (Excepción).** Ver el Nº 182 del índice.

185.—**INCOMPETENCIA DE JURISDICCION.** (El auto que decreta la nulidad de la actuación basado en esta causal sí es apelable). Ver el Nº 37 del índice.

186.—**INDEBIDA IMPOSICION. (No se configura cuando se rechazan de-**

Página

ducciones).—Conforme al artículo 11 del Decreto Legislativo 341 de 1957, hay indebida imposición cuando se liquida impuesto sobre la renta a un contribuyente por rentas que no le pertenecen o por rentas exentas de pagar impuesto en virtud de normas legales expresas. Las deducciones no son rentas exentas, pues ellas constituyen pasivos que deben restarse de la renta bruta. Por consiguiente, en principio, no puede sostenerse que cuando las deducciones se rechazan, se incurra en el fenómeno de la indebida imposición que de modo expreso define el texto citado, para poder reclamar en cualquier tiempo. En el fondo, puede que exista, por el rechazo de las deducciones, una indebida imposición, pero no la específicamente contemplada en el Decreto mencionado y que puede reclamarse en cualquier tiempo. La expresión, para este efecto, no puede generalizarse dándole una interpretación extensiva, porque intrínsecamente en todo reclamo fundado, contra las liquidaciones del impuesto, hay indebida imposición, ya porque no hay obligación de cubrir el tributo liquidado, ora porque sólo la hay en cuantía inferior a la liquidada por la administración. Pero de ser ello así, siempre podría reclamarse en cualquier tiempo y sin pago previo, dejándose sin efecto las normas fiscales sobre recursos ordinarios contra las operaciones administrativas de liquidación y sobre la obligación del pago previo para poder ejercitar los recursos en la vía gubernativa. En eventos como el de autos, puede haber una indebida aplicación de la ley tributaria, porque se aplicó a un hecho no regulado por ella, pero no lo que se entiende por indebida imposición, susceptible de ser reclamada en cualquier tiempo, según el artículo 11 del Decreto Legislativo 341 de 1957. (**Sentencia** de 6 de abril de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 699

187.—**INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS. (Naturaleza de la relación de trabajo existente entre ella y sus trabajadores).**—Las personas de derecho público (Nación, Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios), se consideran patronos para el efecto de aplicarles la legislación del trabajo en sus relaciones con el personal dedicado a la construcción y sostenimiento de las obras públicas y con el de las empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que dichas entidades exploten con ánimo de lucro (Decreto Legislativo Nº 2350 de 1944, art. 14; Decreto 2127 de 1945, artículo 4º; Ley 90 de 1946, artículo 3º). La norma últimamente citada extendió la asimilación a trabajadores particulares de quienes sirvieran "en las empresas o institutos comerciales, industriales y forestales" pertenecientes a las personas de derecho público o en que éstas sean accionistas o copartícipes. A la luz de las disposiciones citadas, la Industria Licorera de Caldas, en sus relaciones con sus trabajadores debe mirarse como un patrono particular, ya como dependencia administrativa sin personería jurídica ni pa-

Páginas

trimonio propio —como parece que lo era antes de convertirse en empresa autónoma— o ya como empresa descentralizada, dotada con patrimonio especial y personería jurídica por el Departamento para el objeto que determina el artículo 6º de la Ordenanza Nº 62 de 1958, y que es el que la caracteriza como patrono común en el plano del derecho laboral. Salvo la circunstancia de que por medio de este organismo descentralizado ejerce el Departamento un monopolio para explotar la industria de licores, puede decirse que ella corresponde en un todo al concepto de actividad particular encaminada a obtener rendimientos pecuniarios. De ahí que a los trabajadores de ese organismo, descentralizado o no, les corresponda un régimen legal de prestaciones idéntico al previsto para los asalariados bajo dependencia de un patrono de derecho común. (Sentencia de 27 de junio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez) 417

NOTA: En este aspecto, la sentencia aquí extractada no hace cosa distinta que dar aplicación a la doctrina sostenida por la Sala de lo Contencioso Administrativo con ponencia del propio Consejero Dr. Bonilla, en el auto de 16 de mayo de 1961, publicado en la página 373 del Tomo LXIII de los "Anales", Nos. 392-396).

188.—**INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS. (Prima de servicios y de Navidad a sus trabajadores).**—Al expedirse por la Asamblea del Departamento de Caldas la Ordenanza número 21 de 1958, que dispuso pagar a los empleados y obreros al servicio del Departamento una prima anual de Navidad en la forma y cuantía allí determinadas, todo el personal al servicio de dicha sección del país quedó incluido en esa prestación voluntaria de la entidad departamental para sus trabajadores. Automáticamente, en razón de la voluntad manifestada por la corporación administrativa competente para tomar esa decisión, y como consecuencia del pacto colectivo vigente, los servidores departamentales adscritos a la Industria Licorera de Caldas adquirieron el derecho a la Prima anual de Navidad. Al organizarse ésta como empresa con personalidad jurídica propia, no dejaba de estar vinculada al pacto que ella misma había suscrito y que por su conducto obligaba también al Departamento de Caldas. La ficción de la personalidad jurídica propia de la Industria Licorera es un procedimiento desde muchos puntos de vista conveniente para administrar el patrimonio que el Departamento le ha entregado y realizar mejor su objeto, como si se tratara de una persona particular que posee un establecimiento industrial para explotarlo en la forma más eficiente. Pero el Departamento —por medio de quienes legalmente administran su patrimonio y pueden disponer de él con las consabidas limitaciones— sigue siendo en realidad el propietario exclusivo de su Industria Licorera y del mismo modo que le dio un patrimonio y la invistió de una personería autónoma con

Páginas

prescindencia del régimen administrativo común para que cumpliera el objeto que le determinó, está facultado para disponer, cuando lo juzgue conveniente, que vuelva dicho establecimiento a depender de su administración y que sus bienes se sumen de nuevo al patrimonio ordinario. El dia que tal evento ocurriera, el activo y pasivo de la persona jurídica eliminada por quien la creó, volverían a ser parte del activo y pasivo departamental, con todas sus consecuencias. Funcionando ya la Industria Licorera como empresa dotada de personalidad jurídica independiente, celebró con el sindicato de sus trabajadores una nueva convención colectiva el 18 de marzo de 1960, según la cual quedaron reunidos en la prima de servicios, el valor de la antigua prestación pactada con ese nombre, y otro tanto, equivalente al valor de la prima de Navidad que sus trabajadores podrían cobrar cuando el Gobierno departamental la decretara para todo el personal de su servicio, comprometiéndose el Sindicato a retirar del pliego y de la antigua convención, el punto relativo a la prima de Navidad. De manera, que con la convención de 1960, quedaron los trabajadores de la Industria Licorera en las condiciones previstas por el artículo 306 del C. S. del T., que son superiores a las de los trabajadores oficiales, pues la prima de Navidad para ellos es un simple beneficio unilateral que puede serles otorgado o no. En cambio, la empresa industrial departamental con fines lucrativos se considera como un patrono particular, y por obligación legal, sumada ahora a la contractual, debe pagar a sus trabajadores la prima de servicios de que trata el artículo 306 citado. (Sentencia de 27 de junio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez) ... 417

189.—**INDUSTRIA DEL PETROLEO.**—Las actividades de explotación, refinación, transporte y distribución del petróleo y sus derivados una vez que hayan sido calificadas como de servicio público por el Gobierno, dentro de las condiciones y con los requisitos que señala el Decreto 753 de 1956, no necesitan ser nuevamente declaradas como tales, pues la calificación que una vez haga el gobierno continúa teniendo validez jurídica en todos los eventos posteriores para efectos del derecho de huelga, siempre que no haya sido revocado el acto mediante el cual se hizo la calificación. **(Ver el número 53 del índice).**

190.—**INTERESES. (Sobre los préstamos que concede a sus afiliados la Caja de Vivienda Militar. Normas que han gobernado la materia).**—La norma legal que ha regido lo relacionado con el monto de los intereses de los préstamos de la Caja de Vivienda Militar concede a sus afiliados, es el artículo 13 del Decreto Legislativo 2767 de 1953, cuya disposición fue repetida por el artículo 14 del Decreto Ley 1018 de 1960, reorgánico de dicha entidad. El artículo 27 de los primitivos estatutos de la Caja, aprobados por el Decreto Ejecutivo 847 de 1957

Páginas

era inaplicable, por violentar la jerarquía de las normas legales, a tenor de los artículos 11 y 13 de la Ley 153 de 1887 y 240 del C. de R. P. y M. **(Ver el número 52 del índice).**

191.—INTERINOS. (Reemplazo de funcionarios que ostentan esta calidad por otros de la misma índole).—Cuando se produce la vacancia absoluta de un cargo, la primera autoridad política puede designar el interino que deba reemplazarlo para evitar la interrupción del servicio (artículo 249, C.R.P.M.); pero el interino asi designado no puede ser removido por la misma autoridad cuando el cargo está siendo efectivamente desempeñado, aun cuando el período legal haya concluido. Sólo la autoridad competente para hacer el nombramiento en propiedad puede ejercitarla desalojando del cargo al interino. **(Ver el Nº 163 del índice).**

192.—INTERPRETACION DE LA LEY. (Por decreto reglamentario).—Tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia han sostenido que en el reglamento debe desenvolverse todo aquello que lógica y necesariamente está contenido en la ley. Tales apreciaciones son rigurosamente exactas, pero llevan a conclusiones distintas a las deducidas por el actor. En efecto: para saber lo que de manera lógica y necesaria surge de los textos, o para indagar cuál es el espiritu de ellos, es indispensable hacer su valoración y medir sus alcances. Por lo tanto, el decreto, fruto de su análisis, no viene a ser otra cosa que la consignación, en reglas obligatorias, de su interpretación previa. Así, pues, de acuerdo también con la jurisprudencia invocada, el órgano administrativo sí tiene los poderes jurídicos indispensables para interpretar la ley por vía general y abstracta. El reglamento, tal como aparece concebido por la doctrina en estudio, no es más que el entendimiento del estatuto desarrollado, en cuanto suministra las fórmulas impersonales y objetivas que la ejecución de los textos superiores requiere. (Auto de 22 de marzo de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Carlos Gustavo Arrieta) 224

193.—INTERPRETACION DE LA LEY. (Por decreto reglamentario).—De acuerdo con los preceptos 25 y 26 del C.C., sólo al legislador corresponde fijar, con autoridad y de manera general, el sentido de una ley oscura, y a los jueces y funcionarios públicos incumbe señalar, por via de doctrina, el entendimiento de las disposiciones cuando han de aplicarlas en los casos concretos y en los negocios administrativos. La interpretación de la primera clase se hace únicamente por medio de una nueva ley que aclare el contenido de la anterior y que se entiende incorporada a esta última. La segunda se hace en las decisiones jurisdiccionales y administrativas. Aquélla tiene un sentido general y objetivo y es obligatoria; ésta tiene carácter particular y subjetivo, y no es impositiva. Pero entre esos dos sistemas de interpretación exis-

Páginas

te uno intermedio: el de los reglamentos expedidos por el órgano ejecutivo (artículos 120, numeral 3º de la C.N. y 12 de la Ley 153 de 1887). Estos se caracterizan por su generalidad, y son obligatorios cuando se ajustan al estatuto fundamental y a la ley. Se expiden siempre que el mandato superior requiera alguna forma de desarrollo para efectos de su adecuada aplicación. ¿Puede por medio de esta clase de actos interpretar el Gobierno el mandato legal que desarrolla? Claro que sí. No sólo puede, sino que está obligado a hacerlo: si la misión esencial del órgano administrativo es ejecutar la ley; si para realizar esa función necesita valorarla y entenderla en todos sus detalles y en su contenido total; y si la reglamentación es el primer paso que se da en el camino de su aplicación, forzosamente tendrá que interpretarla para efectos de desenvolverla en el correspondiente decreto. La tesis contraria carecería de sentido, ya que no se pude reglamentar lo que no se entiende o no se ha apreciado en todos sus alcances. Ciertamente que la interpretación que se hace en el reglamento no tiene el grado de autenticidad y obligatoriedad que la que se formula con autoridad por el legislador, pero también es evidente que mientras no sea contraria a un mandato constitucional o legal, es imperativa a tenor de lo ordenado por el artículo 12 de la Ley 153 de 1887. La relación jurídica entre la ley y el reglamento es similar a la existente entre la Constitución y la ley. El Congreso interpreta el Estatuto Fundamental y lo desarrolla, y aquella interpretación y este desarrollo son obligatorios mientras no sean incompatibles con los ordenamientos de la Carta; de idéntica manera, el órgano administrativo valora la ley en todo su contenido y la desenvuelve en el reglamento, y aquella valoración y este entendimiento tienen fuerza normativa mientras se ajusten a la Constitución y a la ley. (**Auto** de 22 de marzo de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Carlos Gustavo Arrieta) **224**

194.—INTERVENCION ESTATAL. Finalidades de la Ley 155 de 1959 sobre prácticas comerciales restrictivas. (Ver el número 251 del índice).

195.—INVALIDEZ. (Pensión de).—La administración puede exigir la presentación periódica del pensionado, para cerciorarse de la persistencia de su estado de inválido. **(Ver el número 237 del índice).**

196.—INVALIDEZ ABSOLUTA. (Pensiones para suboficiales del Ejército). Las pensiones por invalidez absoluta para suboficiales del Ejército dejaron de ser en cantidad fija a partir del artículo 41 de la Ley 2ª de 1945 para convertirse en oscilantes, de acuerdo con el grado y arma del interesado. Dicho precepto regula autónomamente estos eventos, y para resolver situaciones como la de autos no es preciso recurrir a otras normas legales. **(Ver el número 301 del índice).**

Páginas

— J —

197.—**JURADOS DE VOTACION. (Nulidad de los registros por falta de la mayoría de ellos. Ordinal 2º del artículo 195 del C. C. A.).**—Conforme al ordinal 2º del artículo 195 del Código de lo Contencioso Administrativo, los registros de los jurados de votación son nulos cuando no se hayan verificado las elecciones o los escrutinios respectivos en presencia, por lo menos, de la mayoría absoluta de los miembros de la corporación. Esta presencia de la mayoría sólo puede constatarse con la firma de los jurados en el acta de escrutinio, pues precisamente este documento es el que está destinado a dar fe del resultado y de los miembros del jurado que practicaron el escrutinio. (Sentencia de 25 de marzo de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 556

198.—**JURAMENTO. (Del candidato que ya lo ha hecho como inscriptor de la lista).**—El hecho de que un candidato inscriba la lista en que figura implica su aceptación, y el juramento que presta como inscriptor sirve a las finalidades que busca la ley al exigir que jure como candidato. Pero en el caso de los señores Roa Gómez y Bernal se observa que además de ellos presentaron ante el Alcalde le Tunja sendos memoriales, autenticado el uno ante el Notario Segundo de Guateque, y el otro ante el Notario Primero, en los cuales afirman aceptar sus candidaturas por el partido conservador y a los que se hace especial referencia en el acta de inscripción. Se cumplió así con las formalidades legales, sin que pueda entenderse —como lo entiende el demandante— que irremisiblemente el candidato inscriptor debe jurar dos veces que pertenece a un partido: la una como candidato y la otra como inscriptor. Es obvio que cuando en una persona se reunen las dos calidades mencionadas, con el juramento que se preste al inscribir la lista de candidatos queda perfectamente lograda la identificación política que exige la ley en orden a obtener una auténtica representación y la equivalencia numérica. (Sentencia de 8 de julio de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) 621
NOTA: Por error, esta sentencia aparece publicada con fecha 18 de julio en el presente tomo.

199.—**JURAMENTO. (De pertenecer al partido por el cual se inscribe la lista. Validez del prestado ante el Secretario de Gobierno de la Alcaldía, por omisión del Alcalde Municipal. Presunción de inscripción regular de la lista).**—Las leyes sobre la materia dan el carácter de necesarias a estas diligencias: al juramento para la inscripción (Ley 39 de 1946, artículo 2º) y a la inscripción para que el candidato sea elegible (Ley 7ª de 1932, artículo 2º). Y, como se sabe, cuando se dice de algo que "es necesario", debe entenderse que donde ese algo no

Páginas

concurra nada existe ni se configura. Lo que constituye la inscripción de los candidatos es el lleno de todas las formalidades enunciadas anteriormente, de tal manera que si no se cumplió con ellas no se puede dar la inscripción por hecha, aunque se haya registrado la lista en la Alcaldía respectiva. Y por el contrario, la inscripción la presume la ley cuando se llenaron todos los requisitos correspondientes al candidato, aunque no se hubiere verificado el registro (Ley 187 de 1936, artículo 5º). Resulta notorio a través de las disposiciones mencionadas que si para la inscripción bastó primeramente con la solicitud acompañada de la aceptación de los candidatos, preceptos posteriores agregaron la formalidad de que los solicitantes de la inscripción y los candidatos declararan bajo juramento, ante el alcalde, la afiliación política respectiva. Sólo así, llenando este requisito y los anteriores, es procedente el acto de la inscripción. Pero es claro que si el Alcalde está obligado a verificar la inscripción, está obligado también a realizar los actos que implica ella, en cuanto dependen de sus funciones de autoridad, y que si ello no ocurre así, la ley suple la omisión considerando o presumiendo inscrita la lista de que se trata. En el caso presente, los candidatos cumplieron con las formalidades propias de su iniciativa particular. Pero al presentarse a prestar el juramento que exigen las normas legales, faltó el concurso privativo del Alcalde. El evento está previsto por el artículo 5º de la Ley 187 de 1936, y por lo mismo es preciso concluir que por ministerio de la ley —el que se ejerce alta y prudentemente al establecer las presunciones— la inscripción se consumó con todos los requisitos formales. **(Sentencia** de 3 de abril de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez). **Salvamento de voto** conjunto suscrito por los doctores José Urbano Múnera, Francisco Eladio Gómez y Jorge de Velasco Alvarez **sobre la parte resolutiva** del fallo anterior. **Salvamento de voto** del doctor Carlos Gustavo Arrieta **sobre la motivación** del fallo precedente 590

— L —

200.—**LA PREVISORA, S. A.**—Seguros sobre bienes de la nación, las intendencias, comisarías, organismos públicos descentralizados y demás personas o entidades de derecho público de carácter nacional. **(Ver el número 289 del índice).**

201.—**LEY 155 DE 1959. Sobre prácticas comerciales restrictivas. Finalidades del mandato de intervención que ella constituye.** (Ver el número 251 del índice).

202.—**LEYENDAS ADICIONALES. (Impresas en las papeletas de votación).** El hecho de que la papeleta se distinguiera con la leyenda adicional "en el Valle de Tenza", no puede ser motivo de invalidez. Fue un modo de llamar más vivamente la atención del electorado de una región de-

Páginas

terminada, y como tal adición no contraviene lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 10 de la Ley 7ª de 1932, que se refiere ante todo a los distintivos de la cubierta que sí conducirían a hacer perder al voto su carácter secreto, no se está ante ninguna infracción legal. (Sentencia de 8 de julio de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) 621

203.—**LIBERTAD VIGILADA. (Y separación temporal de las Fuerzas Armadas).**—Si al oficial se le impuso por la justicia castrense la pena o la medida de libertad vigilada, y si esa sanción no puede cumplirse mientras el militar permanezca en servicio activo en razón de la incompatibilidad que existe entre las dos situaciones, ha de optarse necesariamente por el extremo en que la sentencia produzca todos sus efectos y no por aquel en que resulte inoperante. De allí que la separación temporal venga a ser una consecuencia obligada del fallo, no a manera de sanción accesoria a la medida de seguridad, sino como determinación administrativa para que la condena pueda realizarse, pues el Gobierno tiene la obligación de cumplir y hacer que se cumplan en su integridad las sentencias de los tribunales. No puede sostenerse valederamente que la expedición de los actos administrativos necesarios para la ejecución de una sentencia, aunque ellos afecten al condenado, constituyan una especie de penas accesorias no previstas en el fallo. Ellos son simples consecuencias obligadas de la decisión tomada por los jueces, sin las cuales su pronunciamiento sería inoperante. (Sentencia de 28 de junio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Carlos Gustavo Arrieta) 79

204.—**LIBROS DE CONTABILIDAD. (Sanciones aplicables a quien estando obligado a llevarlos, no los lleva o los lleva sin registro y a quien no obstante llevarlos y tenerlos debidamente registrados, no los exhibe cuando es requerido a hacerlo).**—Cuando el contribuyente que está obligado a llevar libros no los lleva o los lleva sin registro, la sanción es la multa deducida como lo establece el artículo 2º del Decreto 341 de 1957; pero cuando el contribuyente, no obstante llevar libros y tenerlos registrados, no los exhibe cuando es requerido a hacerlo, la sanción consiste en el rechazo de las deducciones solicitadas en la cuantía contemplada por el inciso 3º del artículo 6º del mismo Decreto. Como para los solos efectos impositivos la ley estatuye que basta el registro verificado por el Administrador o Recaudador de Hacienda, puede concluirse que no están excluidos para los mismos efectos los libros de contabilidad registrados en la Cámara de Comercio, y que el contribuyente que se encuentre en tales condiciones no debe esquivar su presentación oportuna ni la administración puede rechazarlos. Tampoco el hecho de no estar estampillados resta mérito a los libros para dicha formalidad, pues es el registro, acto completamente distinto, lo que

Páginas

han tenido en cuenta las normas legales como factor decisivo en la contención tributaria, y ese hecho no es justa causa para que un contribuyente se niegue a la exhibición que se le pide. La justa causa de que habla el artículo 6º del Decreto 341 de 1957 no puede ser la negligencia del contribuyente sino un hecho ajeno a él y con fuerza bastante para impedirle atender el requerimiento que se le formula. (Sentencia de 30 de abril de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) 704

205.—**LICENCIAS. (A funcionarios públicos. Su prórroga por justa causa).** Si bien es cierto que conforme al artículo 291 del Código de Régimen Político y Municipal, el empleado que desempeña un cargo de voluntaria aceptación tiene derecho a una licencia de sesenta días al año, y que si "concurre justa causa, la licencia se prolongará por el tiempo que aquélla dure", concedida la licencia por el término de 60 días, para gozar de la prórroga por justa causa, el interesado debe —al menos— señalar en qué consiste ésta, para que el superior pueda calificarla y conceder la prórroga. No basta decir que subsisten los motivos que le hicieron solicitar la licencia, sino que es indispensable que los exprese y aún que los compruebe, si esto se lo exige el funcionario que debe otorgar la prórroga. (Sentencia de 12 de julio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 516

206.—**LISTAS INSCRITAS. (Y papeletas de votación).**—Si tanto la lista de Senadores como la de Representantes fueron inscritas legalmente —aunque por personas y en ocasiones diferentes—, como se inscriben listas y no papeletas, y como el elector bien puede fraccionar el voto, es decir, no votar para todas las corporaciones a elegir, o votar para todas ellas con listas de inscripción distinta, no resulta que estén afectados de vicio alguno los sufragios depositados con una papeleta en que figuran candidatos a Senadores no inscritos por quienes sólo inscribieron listas para Representantes y Diputados. Lo fundamental es la inscripción, y en el caso se trata de candidatos todos inscritos. (Sentencia de 8 de julio de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) 621

207.—**LOTERIAS DE BENEFICENCIA.**—Los Contralores Departamentales no pueden imponerles contribuciones para el funcionamiento de la Contraloría. **(Ver el número 78 del índice).**

— M —

208.—**MAESTROS. (Reajuste de la pensión de jubilación por nuevos servicios docentes de carácter privado).**—Habiendo sido pensionado el de-

Páginas

mandante al amparo de la Ley 114 de 1913 y exclusivamente por servicios especiales, no puede decretarse el reajuste fundado en el Decreto 309 de 1958, porque él debe entenderse en función de las leyes que le precedieron en el otorgamiento de pensiones y que sólo en condiciones excepcionales permitieron la acumulación de servicios oficiales a privados para efectos de aquella prestación. En efecto, es cierto —como lo afirma la demanda— que el artículo 13, inciso 1º, de la Ley 50 de 1886 disponía que los servicios docentes privados podían acumularse a los oficiales para efecto de la pensión que ella otorgaba; pero esa especialísima pensión no se concedía, como después lo decretó la Ley 114 de 1913, por 20 años de servicios y 50 de edad, sino por comprobar, fuera de aquellos 20 años, alguno de los requisitos allí señalados, uno de los cuales era tener más de 60 años de edad, y por cuantía no superior a $ 80.00 mensuales. En relación con el artículo 3º de la Ley 37 de 1963 que el libelo estima aplicable, tampoco ha sido violado por el Ministerio, porque dicha norma, de una parte, se refiere a la revocatoria de un decreto extraordinario dictado por el gobierno para conjurar la crisis fiscal de entonces por el cual se rebajaron todas las pensiones de jubilación pagadas por el Tesoro Nacional; y porque, de otra, extiende los beneficios de la jubilación a los maestros de enseñanza secundaria que "hayan completado los años de servicio señalados por la ley". Como el demandante no fue pensionado por servicios en la enseñanza secundaria sino primaria, con él no tocaba la disposición en cita; y como además, ésta no puede entenderse como si estableciese para los maestros de secundaria el privilegio de pensionarse sin llegar a ninguna edad definida sino con la sola comprobación del tiempo de servicios, hay que concluir que simplemente extendió aquel beneficio en las mismas condiciones ya establecidas para los maestros de enseñanza primaria y demás personal docente. Otra sería la situación si el demandante hubiese sido pensionado bajo el lleno completo de los requisitos de tiempo y edad señalados por el artículo 12 de la Ley 50 de 1886, o aún con apoyo en la Ley 42 de 1933, normación que no ha sido invocada. Lo dicho no es más que la consecuencia obligada del principio de hermenéutica según el cual no es legalmente posible aplicar en forma dispersa, inconexa e incoherente las normas sociales, so pretexto de la norma más favorable. (Sentencia de 2 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 143

209.—MAESTROS. (Pensiones. Naturaleza de la que les otorga el numeral 6º del artículo 4º de la Ley 114 de 1913. Diferencias con la de jubilación).—Los artículos 1º y 4º —numeral 6º— de la Ley 114 de 1913 permiten conceder pensión a los maestros oficiales cuando, después de 20 años de servicios y sin tener 50 de edad, se hallen en incapacidad por enfermedad u otra causa. Pero, ¿es ésta realmente una pen-

sión de jubilación que se causa sólo por edad y tiempo de servicios, o equiparable a ella? No lo cree así la Sala, como lo ha dicho en ocasiones anteriores. Aunque la Ley de 1913 la llamó genéricamente de jubilación, no hay duda de que entre ella y la que se concede por edad y tiempo hay diferencias fundamentales en cuanto a sus causas y consecuencias. La primera es transitoria, al paso que la segunda es definitiva; aquélla durà lo que la incapacidad porque asi resulta de la naturaleza de las cosas, en cambio ésta, tanto como la vida del pensionado. Técnicamente, la primera no es otra cosa que una pensión de invalidez de la misma naturaleza que la establecida por el artículo 4º de la Ley 63 de 1947; por eso, ambas leyes proveyeron a su desaparición cuando la causa que las originó hubiera desaparecido: así resulta de la regla 2ª del artículo 9º de la Ley 114 de 1913 al disponer que las pensiones por ella otorgadas se perdían cuando el beneficiario adquiriera bienes que le produjeran lo necesario para atender a sus necesidades y a las de su familia; y lo mismo se concluye del propio artículo 4º de la Ley de 1947, cuando dice que los maestros, en la eventualidad contemplada, tendrán derecho a la pensión "mientras dure la incapacidad". La única diferencia entre las dos pensiones de invalidez que los mencionados textos crearon es de cuantia, pues mientras que la de 1913 es igual a la mitad del sueldo, la de 1947 es del sueldo completo sin sobrepasar ciertos limites, hoy ya modificados. **(Sentencia de 12 de junio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry)** 131

210.—**MAESTROS DEL TOLIMA. (Reajuste de sus pensiones de jubilación por reingreso al servicio docente departamental).**—Conforme al artículo 183 de la Carta, tanto los bienes y rentas de los Departamentos como los de los Municipios, son de propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos y gozan de las mismas garantías que las otorgadas a los de los particulares. Es con fundamento en este principio que los Departamentos tienen la facultad de jubilar a sus servidores en la forma que lo estimen conveniente, exigiendo las condiciones que juzguen adecuadas. En cuanto a esta prestación social y a las demás establecidas por las leyes, sólo tienen el deber de ajustarse a las exigencias mínimas señaladas por ellas. De consiguiente, cuando la Asamblea Departamental del Tolima por medio de la Ordenanza número 52 de 1960 ordenó para los servidores de la rama docente el reajuste allí previsto, podía incluir, como lo hizo, la condición de exigir a dichos servidores el tiempo por el cual debían reincorporarse al servicio de la enseñanza para tener derecho al reajuste. Y según el artículo 2º de la Ordenanza Nº 68 de 1961, para tener derecho al reajuste de la Ordenanza de 1960 es necesario, de necesidad absoluta, que el maestro jubilado se vincule por cuatro años más, continua o discontinuamente, pero en todo caso en establecimientos educativos de propiedad del Departamento. (Sen-

Páginas

tencia de 26 de abril de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. José Urbano Múnera) 396

211.—**MAYORIA Y CUOCIENTE ELECTORAL. (Sistema aplicable cuando se trata de elegir popularmente dos ciudadanos pertenecientes a un mismo partido).**—Considera la Corporación que la aplicación del sistema del cuociente electoral en un mismo partido cuando se trata de proveer solamente dos curules y hanyan existido dos o más listas de la propia agrupación política, no puede verificarse sin quebranto del artículo 2º de la Reforma Constitucional Plebiscitaria de 1957. En esos eventos, se impone la aplicación del principio de la mayoría absoluta, y así lo tiene decidido la constante jurisprudencia del Consejo. (Sentencia de 25 de marzo de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 556

212.—**MERITO EJECUTIVO. (De las resoluciones que declaran la caducidad de un contrato administrativo).** Ver el número 276 del índice.

213.—**MODELOS. (De formularios electorales. No puede deducirse motivo de de anulación del hecho de que un funcionario no haya seguido con toda fidelidad los textos aprobados y recomendados por la Registraduría Nacional del Estado Civil. Grado de obligatoriedad de la Resolución aprobatoria del Catálogo de Formularios).** Ver el número 157 del índice.

214.—**MOTIVOS DETERMINANTES. (Del acto administrativo. Facultades discrecionales).**—La teoría del motivo determinante se basa necesariamente en que el funcionario al ejercer su facultad haya expresado espontáneamente, en el mismo acto, el motivo que determinó su decisión. Cuando éste se declara, cabe controvertirlo y, demostrada su falsedad, puede llegarse a la conclusión de que no existió un motivo de buen servicio que justificara la decisión. Pero cosa muy distinta es que se quiera hacer motivar posteriormente una decisión de aquellas en que se ejercitó la facultad discrecional y en cuyo texto no aparecía motivo alguno. Si tal sistema se propiciara, se socavaría el principio de la facultad discrecional y su ejercicio por quien estaba investido de ella al proferir el acto, y especialmente en cuanto al ejercicio de la facultad de nombrar y remover libremente el personal que aún no está protegido por un estatuto de carrera administrativa. **(Ver el número 151 del índice).**

215.—**MULTAS.**—Límites cuantitativos de las que pueden imponer ciertos fumcionarios del Ministerio del Trabajo, investidos por la ley del carácter de Jefes de Policía para todo lo relativo a la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones sociales.
miento de las disposiciones sociales. **(Ver los números 248 y 285 del índice).**

Páginas

— N —

216.—**NOMBRAMIENTO Y REMOCION.** (De empleados públicos. Facultad discrecional y motivación de los actos. Teoría de los motivos determinantes. Motivación posterior del acto de remoción). **Ver el número 151 del índice.**

217.—**NOTARIOS Y REGISTRADORES (Cesantía adicional de estos servidores públicos).**
Ver el número 218 del índice.

218.—**NOTARIOS Y REGISTRADORES.**—El Consejo de Estado por conducto de su Sala de Negocios Generales y en diversas ocasiones ha definido ya la situación jurídica de los Notarios y Registradores en cuanto a sus relaciones con el Estado y a sus derechos de carácter social, en el sentido de que siendo como son dentro de nuestra organización legal unos funcionarios públicos, tienen derecho a todas las garantías que para ellos establecen las leyes vigentes y en particular la 6ª de 1945, siempre que, a su turno, cumplan para con la entidad pagadora las obligaciones que a todos señalan esas leyes en materia de sostenimiento. (Sentencia de 12 de marzo de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 174

219.—**NOTARIOS Y REGISTRADORES. (Pensión de jubilación de estos servidores. Reajustes ordenados por la Ley 1ª de 1962).**—El Decreto Legislativo número 59 de 1957 señaló un límite máximo de $ 1.500.00 a las pensiones de jubilación de Notarios y Registradores, sustrayéndolos así a la regla general que para todos los demás funcionarios públicos establecieron los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945 y 65 de 1946. Tal situación se mantuvo hasta la expedición de la Ley 1ª de 1962, la cual en su artículo 14 dispuso que aquel límite máximo sería de $ 3.000.00 y que habría un mínimo de $ 400.00, con lo cual modificó automáticamente la situación anterior. Para el criterio de la Sala, cuando el artículo de la citada Ley emplea la locución "no podrán exceder de $ 3.000.00 mensuales", creó dos situaciones: por la primera, determinó un reajuste —a partir de su vigencia— para las pensiones ya reconocidas en cuantía inferior a esa suma; por la segunda, mandó pagar las que lo fueran con posterioridad a su vigencia por suma no mayor de la citada, siempre y cuando que, en ambos casos, las cifras salariales básicas de liquidación hubieran arrojado, teniendo en cuenta las normas ordinarias, un valor pensional igual o superior a los $ 3.000.00. Más claramente, igualó, con la condición expresada, la situación de los Notarios y Registradores. Evidentemente la Ley 1ª no es retroactiva; pero sostener que lo es porque la nueva cifra debe aplicarse a pensiones ya reconocidas, no le hace asumir ese carácter,

Páginas

sino tan sólo el de regir inmediatamente la situación jurídica entre el Estado y sus pensionados, como es propio de las normas de índole social. La afirmación contraria implicaría hacer imposible la labor legislativa de contenido económico y social que periódicamente se ve obligada a reajustar los reconocimientos periódicos, como pensiones y sueldos, por fuerza del envilecimiento de nuestra moneda. (**Sentencia** de 5 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 689

220.—**NOTIFICACION. De los títulos ejecutivos a los herederos: Debe hacerse también en el caso de simples medidas preventivas, aunque no haya juicio ejecutivo. Artículo 1484 del Código Civil**).—La exigencia del artículo 1434 del Código Civil debe ser entendida razonablemente como refiriéndose tanto al juicio ejecutivo propiamente dicho, como a las medidas preventivas que en casos especiales y para seguridad del acreedor permite tomar el Código Judicial. No debe olvidarse que aunque es cierto que según el artículo 274 del C.J. al acreedor le basta presentar una prueba "siquiera sumaria" de la existencia del crédito con calidad de exigible para lograr aquellas medidas cautelares, ellas no pueden ni deben tomarse por el juez mientras no tenga a la vista un documento lo suficientemente claro para trabar los bienes del presunto deudor y poner algunos de ellos fuera del comercio, si el caso lo exige. Si se tiene en cuenta que las medidas preventivas no son sino el antecedente obligado del juicio ejecutivo, para proceder a ellas el juez debe disponer de una prueba de naturaleza igual a la que legalmente debe servirle para librar el mandamiento de pago. De otra manera podría llegarse a facilitar el abuso del derecho a mover los órganos jurisdiccionales para obligar a otro compulsivamente al pago de un supuesto crédito, mediante, por ejemplo, declaraciones de testigos sobre la existencia de la deuda y su monto, lo que sería sencillamente absurdo. Por ello, cuando se trata de ejecutar a la sucesión representada por los herederos reconocidos del causante, es imprescindible la notificación a éstos de los títulos pertinentes, bien sea para librar el mandamiento de pago, ya para tomar como medidas previas, las cautelares autorizadas por el artículo 274 del C.J. Mientras dicha notificación no ocurra, la actuación es nula por mandato del artículo 451 del estatuto judicial civil. (**Auto** de 22 de abril de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 747

221.—**NULIDAD. (De la actuación por incompetencia jurisdiccional)**.—El auto que tal dispone si es susceptible del recurso de apelación. (**Ver el Nº 37 del índice**).

— O —

222.—**OFICIALES DE LAS FUERZAS ARMADAS. (Separación temporal**

Páginas

del servicio activo, decretada por el Gobierno en cumplimiento de un fallo de la justicia castrense que impuso como sanción al oficial la medida de seguridad de libertad vigilada). Ver el Nº 293 del índice.

223.—**OFICIALES. (De las Fuerzas Militares).**—Su retiro con pase a la reserva por "incapacidad técnica". No se accede a decretar la suspensión provisional del literal a) del artículo 95 del Decreto Reglamentario Nº 0570 de 1960. **(Ver el número 180 del índice).**

224.—**OFICIALES. (De la Fuerza Aérea que se retiren a solicitud propia antes de cumplir 15 años** de servicio. **Devolución de las cuotas aportadas** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares). **Ver el número 85 del índice.**

—P—

225.—**PAPELETAS. (De votación y listas inscritas).**—Si tanto la lista de Senadores, así como la de Representantes fueron legalmente inscritas —aunque por personas y en ocasiones diferentes—, como lo que se inscribe son las listas y no las papeletas, y como el elector bien puede fraccionar el voto, esto es, no votar para todas las corporaciones a elegir, o votar para todas ellas pero con listas de inscripción distinta, no resulta que estén afectados de vicio alguno los sufragios depositados con una papeleta en que figuran candidatos a Senadores que no fueron inscritos por quienes sólo lo hicieron respecto de listas para Representantes y Diputados. Lo fundamental es, pues, la inscripción y en el caso se trata de candidatos todos legalmente inscritos. **(Sentencia** de 8 de julio de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) 621

226.—**PAPELETAS. (De votación. Leyendas adicionales).**—Poner leyendas adicionales a las papeletas de votación no constituye un hecho que pueda ser motivo de invalidez de los sufragios, ya que ello no contraviene lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 10 de la Ley 7ª de 1932. Dicha norma se refiere ante todo a los distintivos de la cubierta, que sí conducirían a hacer perder al voto su carácter secreto. **(Sentencia** de 8 de julio de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) 621

227.—**PAPELETAS.** (La falta de perforación para separar fácilmente las varias listas, es un hecho intrascendente). **Ver el Nº 239 del índice.**

228.—**PARTE INTERESADA Y TERCEROS. (Alcance de estas nociones en el Decreto 2733 de 1959).**—Lo que los artículos décimo, undécimo y duodécimo del Decreto número 2733 de 1959 entienden por **parte interesada** es aquella que ha intervenido en la actuación por haber solicitado la producción del acto o haberse opuesto a ella en el proceso gubernativo. Y lo que se entiende por "tercero" es el sujeto determi-

Páginas

nado con vinculación directa al acto que se profirió o se va a proferir. Porque si por los "terceros" de que habla el parágrafo primero del artículo undécimo del Decreto 2733 de 1959, se hubiere de entender todo aquel que tenga un interés indirecto en un acto, ningún acto administrativo sería "acto regla" porque no hay decisión de la persona pública que no afecte a la comunidad. (**Auto** de 18 de marzo de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) 213

229.—**PAZ Y SALVO. (No es prueba del pago de la obligación que se cobra coactivamente).**—El certificado expedido por la Administración de Hacienda Nacional según el cual la sucesión del ejecutado estaba a paz y salvo con el Tesoro Público, no es prueba de haber solucionado la obligación que se cobra. Que ésta existe, lo demuestra sin lugar a dudas la propia recaudación cuando, sobre los datos de sus libros, procedió a liquidar el impuesto correspondiente al causante por el año gravable respectivo. En casos tales, el pago sólo se demuestra con el recibo correspondiente. Si el recaudador de impuestos cometió un error al expedir el certificado mencionado, ese yerro no justifica en modo alguno que se le exonere del pago del impuesto. (**Sentencia** de 2 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 759

230.—**PENSIONES. (Inmodificabilidad).**—Es jurisprudencia constante del Consejo de Estado la de que las pensiones, una vez decretadas por las autoridades administrativas competentes, sólo pueden ser revisadas por los Tribunales de lo Contencioso o por el Consejo de Estado. Dicha posición jurisprudencial se funda en las normas contenidas en los artículos 164 y siguientes de la Ley 167 de 1941, que precisamente instituyeron la acción de revisión con esos fines y siempre que se esté frente a uno de los hechos que la justifiquen. (**Sentencia** de 5 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 689

231.—**PENSIONES.** De jubilación de Notarios y Registradores. Reajustes ordenados por la Ley 1ª de 1962. Sus disposiciones no tienen efecto retroactivo: simplemente gozan de aplicación inmediata, efecto que es propio a todas las normas de carácter social. (**Ver el Nº 219 del índice**).

232.—**PENSIONES.**—Naturaleza de las que a los maestros les otorga el numeral 6º del artículo 4º de la Ley 114 de 1913. (**Ver el número 209 del índice**).

233.—**PENSIONES.**—Los actos administrativos que las conceden no son revocables de oficio por la administración. (**Ver el Nº 283 del índice**).

Páginas

234.—**PENSIONES. De invalidez absoluta para suboficiales del Ejército.** (Véase el número 301 del índice).

235.**PENSIONES DE INVALIDEZ. (Reajustes cuantitativos de la Ley 77 de 1959).**—Desde la expedición de la Ley 6ª de 1945, las pensiones de invalidez eran iguales a la totalidad del sueldo devengado en el momento de ser declarado el estado de ineptitud (artículo 17) pero sin pasar, primero, de $ 200.00 y luego de $ 400.00 por virtud del Decreto Extraordinario número 320 de 1949. Es decir, que todo inválido que hubiera devengado hasta $ 400.00 al mes tenía derecho a una pensión de cuantía igual, pero si el sueldo había sido superior a esa cifra, la de la pensión terminaba en ella. En este sentido, el artículo 8º de la Ley 77 de 1959, no hizo nada distinto de reafirmar los principios ya consagrados, y hacerlos extensivos a las pensiones de jubilación de ferroviarios y a las causadas con base en los años de 1958 y 1959. Para las demás, es decir, para aquellas que se hubieren reconocido anteriormente con la integridad del sueldo con ser éste inferior a $ 400.00, lo aplicable fue el reajuste determinado en el artículo 1º y sobre las cifras de la tabla por él mismo señalada. En el caso presente, al actor se le reconoció desde 1955, y por invalidez absoluta, una pensión en cuantía igual a su sueldo y posteriormente se le reajustó por el Ministerio en la proporción correspondiente de acuerdo con la mencionada Ley 77. Ni ésta ni los preceptos anteriores determinaron que las pensiones de invalidez inferiores a $ 400.00 quedaran en dicha suma o, lo que es lo mismo, no establecieron que hubiera pensiones de invalidez mínimas de $ 400.00. Este mínimo, para toda clase de pensiones, fue establecido por el artículo 6º en la cifra de $ 120.00, de suerte que a raíz de su expedición, las causadas antes y después que no alcanzaran dicha cifra ni siquiera con el reajuste previsto en el artículo 1º debían quedar automáticamente en $ 120.00 mensuales. De lo cual se deduce que el Ministerio al reajustar primero la pensión del demandante y luego al negar por el acto acusado su elevación a $ 400.00, se sujetó a la ley y no quebrantó derecho alguno del peticionario. (**Sentencia** de 2 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 135

236.—**PENSION DE INVALIDEZ. (Y sueldo de retiro).**—Naturaleza de cada una de estas prestaciones y diferencias que las distinguen. (**Véase el número 305 del índice**).

237.—**PENSION DE INVALIDEZ. (La administración puede exigir la presentación periódica del pensionado para cerciorarse de la persistencia de su estado de inválido).**—Es obvio que si la administración ha contraído la obligación de pagar al pensionado una suma mensual por invalidez, tiene a la vez el derecho de cancelar tal obligación cuando quiera que éste recupere su salud y adquiera la aptitud física para trabajar. Y precisamente para hacer efectivo este derecho, el acto acu-

Páginas

sado dispuso la presentación periódica del pensionado a fin de constatar si continuaba o no padeciendo de la invalidez que causó la pensión, sin que se pueda afirmar que dicha orden viole derecho alguno, puesto que si el actor continúa sufriendo la invalidez que originó la prestación, tendrá derecho a seguir devengándola; pero, si para buena fortuna suya, esa invalidez cesare, entonces caducará su derecho a percibirla pero, en cambio, recuperada su salud, podrá nuevamente trabajar. (Sentencia de 5 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. José Urbano Múnera) 433

238.—**PENSION DE INVALIDEZ Y SUELDO. (Incompatibilidad).**—Por antonomasia, quien está absolutamente incapacitado para trabajar, o sea inválido, no puede estar en situación contraria, es decir, apto para el servicio. O existió una situación o existió la otra, pero las dos son incompatibles; y no porque en determinados casos la ley no permita la coexistencia de sueldo y pensión dentro de ciertos límites cuantitativos, sino porque entiende el Consejo que para casos de invalidez la naturaleza misma de las cosas repele dicha coexistencia. (Sentencia de 2 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 135

239.—**PERFORACIONES. (Su omisión en las papeletas para sufragar).** El hecho de que una papeleta no tenga las perforaciones indicadas para separar con facilidad las varias listas, no tiene trascendencia alguna. No es omisión que dificulte el sufragio, imposibilite el escrutinio o contribuya a hacer equívoco el resultado de las urnas. No configura disposiciones electorales, y no se trata sino de una de aquellas nimiedades de que no curaba el Pretor pero de las que a veces aparece curado el Legislador cuando ejercita en exceso su providencia. (Sentencia de 8 de julio de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) 621

240.—**PERSONAS DE DERECHO PUBLICO Y DE DERECHO PRIVADO. (Diferenciación).**—La cuestión de la diferencia entre personas de derecho público y personas de derecho privado, no puede resolverse con una fórmula general, sino que a la luz del derecho positivo se debe examinar cada caso, para constatar si el ente examinado es o no de derecho público o de derecho privado, debiendo reservarse la calificación de persona pública a aquella a quien se le hayan conferido —al decir de Ferrara— "aunque sea en una esfera limitada, poderes y atribuciones de naturaleza igual a la del Estado, que disfrutan como el Estado, del ius imperii, no importa la amplitud ni la medida de la potestad atribuida", y tenerse como persona privada a la que sólo tiene la capacidad de derecho común para cumplir sus fines. No existe en la legislación colombiana ninguna disposición que defina qué se entiende por persona jurídica de derecho público, como tampoco texto

Páginas

alguno que establezca la diferencia entre esta clase de personas y las de derecho privado. Pero de los artículos 633 y 635 del C.C. y 80 de la Ley 153 de 1887 puede deducirse que, además de la Nación, los Departamentos y los Municipios cuya calidad de personas jurídicas de derecho público es obvia de por sí, existen corporaciones o fundaciones de derecho público, "como los establecimientos que se costean con fondos del tesoro público", pero que no todo establecimiento costeado con fondos oficiales es siempre un establecimiento público o persona jurídica de derecho público, porque bien puede darse el caso de establecimientos privados sostenidos por el tesoro público. Además, es un hecho indiscutible que el Estado, en su acepción genérica que comprende la Nación, los Departamentos y los Municipios, tiene y ejerce derechos privados al igual que las personas naturales y las demás personas jurídicas. Por consiguiente, puede afirmarse sin temor que el Estado, como persona jurídica, puede fundar o crear personas jurídicas de derecho privado. El derecho de asociarse que consagra el artículo 44 de la Constitución es un derecho civil, del que como el de propiedad, gozan no sólo las personas naturales sino también las jurídicas, entre las cuales se encuentran la Nación, los Departamentos y los Municipios por mandato expreso del legislador. (Sentencia de 14 de septiembre de 1960; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 317

241.—**PODER REGLAMENTARIO.**—El Gobierno puede, en su ejercicio, interpretar la ley. Tal interpretación reglamentaria, como lo dispone el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 es imperativa y obligatoria, mientras no pugne con un mandato de superior jerarquía. **(Véase el número 193 del índice).**

242.—**PODER REGLAMENTARIO. (Clasificación de los reglamentos a la luz de la Constitución Nacional).**—El sistema generalmente utilizado de estudiar el régimen jurídico colombiano a la luz de la doctrina foránea, aunque ella no se ajuste a las modalidades de nuestro derecho positivo, no parece el más aconsejable. Ciertamente que es útil y conveniente seguir ese método de investigación en aquellos casos en que los textos nacionales son idénticos o similares a los que sirvieron de base para estructurar tales ideas, pero debe rechazarse cuando no exista la semejanza o sean incompatibles, y cuando nuestra legislación consagre un sistema de derecho más avanzado, más moderno y más acorde con la técnica jurídica, pues si así no fuera, se correría el riesgo grave de desnaturalizar los estatutos nacionales, de crear una especie de paralelismo entre ellos y la jurisprudencia y de retrotraer los ordenamientos escritos a etapas ya superadas. Si la Constitución Nacional se adelantó en mucho a las nuevas tendencias del derecho público universal

Páginas

en cuanto se inspiran en el propósito de robustecer la función administrativa del Estado y, por consiguiente, de vigorizar el poder reglamentario, no sería lógico que la doctrina colombiana abandonara esa conquista ya hecha para acogerse a ciertas ideas tradicionales que no corresponden a las necesidades y requerimientos del Estado moderno. Siguiendo ese criterio y con apoyo en las normas colombianas, que no en simples teorías que no han tenido consagración alguna en nuestros estatutos, el Consejo de Estado en su reciente jurisprudencia ha hecho la siguiente clasificación de los reglamentos: a) **Los reglamentos constitucionales**, que son aquellos que el gobierno expide en desarrollo directo de nuestra Carta Política en los casos en que ella lo autoriza explícita o implícitamente para dictarlos (sentencia de 14 de noviembre de 1962, "ANALES", T. LXV, Nos. 399 y 400, página 43 y ss.); y b) **Los reglamentos legales**, que son aquellos que expide el órgano administrativo en desarrollo de una ley. Estos, a su vez, comprenden dos categorías que corresponden a otras tantas maneras de manifestarse el poder reglamentario, y cuyas diferencias se fundan, más que todo, en la extensión o limitación con que se ejercita la facultad: 1) el reglamento legal **especial**, y 2) el reglamento legal **corriente**. Ambos constituyen ordenamientos subordinados y dependientes con relación a la ley, en los cuales no se puede ampliar ni restringir el alcance del estatuto superior desarrollado y cuya nulidad o validez depende de su adecuación o discrepancia con las disposiciones que desenvuelven. Pero no obstante esas características comunes, las dos categorías se diferencian en cuanto a los poderes jurídicos utilizados por el Congreso al expedir la ley y a los ejercitados por el órgano administrativo al reglamentarla (sentencia de 10 de octubre de 1962, "ANALES", T. LXV, Nos. 399 y 400, página 33 y sigs.). (**Sentencia** de 28 de junio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Carlos Gustavo Arrieta) 69

243.—**PODER REGLAMENTARIO. (Su concepto).**—La función administrativa es la actividad estatal encomendada al órgano ejecutivo y dirigida a la aplicación de la Constitución, de la ley y de los ordenamientos inferiores, y la potestad reglamentaria es la función administrativa en cuanto desarrolla en normas generales y abstractas aquellos mismos estatutos para efectos de su adecuada realización. La causa primaria de ese poder especial radica en la necesidad de ejecutar en su plenitud el derecho objetivo, y el límite de su ejercicio se halla en el mismo estatuto que se pretende reglamentar y en la obligación de aplicarlo en su totalidad. Esta doctrina fluye del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución. Al Presidente de la República corresponde, en desempeño de su función administrativa general y de su poder reglamentario en particular, expedir las órdenes, resoluciones y decretos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Tanta será la materia

Páginas

reglamentable cuanta aparezca de la necesidad de aplicar correctamente el estatuto que se desarrolla. La función reglamentaria no es una actividad mecánica de reproducción de textos. En su ejercicio hay un proceso previo de análisis y evaluación de la ley, de indagación de sus fines, y de investigación sobre su contenido general y sus alcances parciales. Como producto de ese estudio, el reglamento debe ser el reflejo fiel del estatuto desarrollado y de cada uno de sus preceptos. En él puede desenvolverse no sólo lo que aparezca explícitamente regulado en la ley, sino también lo que se encuentre implícito en ella. Siendo la ley, ordinariamente, un conjunto armónico de reglas vinculadas entre si y que se complementan recíprocamente, no es aconsejable, para analizar la juridicidad de un reglamento, como método único de estudio, el cotejo directo y aislado de cada mandato legal con la disposición inferior que lo desarrolla. En muchas ocasiones es indispensable la comparación general de los dos estatutos o, al menos, de los grupos de preceptos de uno y otro que se encuentren íntimamente relacionados. Sólo mediante este complejo proceso de valoración puede llegarse, en ciertos eventos, a conclusiones exactas sobre la legalidad del reglamento o de sus normas aisladas. (**Auto** de 22 de marzo de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Carlos Gustavo Arrieta) 224

NOTA: Esta doctrina fue reiterada por la propia Sala del Consejo en la sentencia de fecha 28 de junio de 1963, visible a páginas 309 y siguientes del presente Tomo.

244.—**PODER REGLAMENTARIO.**—Imposición de sanciones por Decreto Reglamentario. (**Véase el número 28 del índice**).

245.—**PODER REGLAMENTARIO. (No puede utilizarse con el fin de resolver o convalidar, mediante un ordenamiento general e impersonal, situaciones individuales ya creadas por la administración pública).**— De acuerdo con el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución, el poder reglamentario se ha otorgado al Gobierno con el objeto de desarrollar las leyes y darles adecuada aplicación, pero no puede utilizarse con la finalidad de resolver, mediante un ordenamiento general e impersonal, situaciones individuales y subjetivas creadas con anterioridad por la administración pública. Ello equivale a un desvío de las atribuciones conferidas al Ejecutivo y a darle al reglamento un efecto retroactivo para conjurar los posibles litigios. Los actos administrativos expedidos entre el 1º de marzo de 1955 y la fecha de vigencia del Decreto acusado, por medio de los cuales se retiró a algunos sub-oficiales y marineros, son legales o no lo son. Si lo primero, no necesitan ratificación alguna para que sean plenamente válidos, porque su legitimidad depende de su conformidad con las leyes y decretos vigentes en el momento de su expedición; si lo segundo, la confirmación posterior hecha

Páginas

por vía de disposición general, resulta inoperante y superflua, porque un estatuto de esta clase no puede convalidar lo que desde su origen está viciado de nulidad. De aceptarse un procedimiento como el establecido en el decreto enjuiciado, sobraría la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ya que para cada caso particular bastaría expedir el correspondiente reglamento que ratificase las actuaciones administrativas ilegales. Por lo dicho, debe ordenarse la suspensión provisional del artículo 5º del Decreto Reglamentario número 2759 de 1962, en cuanto dispuso ratificar "los actos mediante los cuales fueron retirados los suboficiales y marineros de las Fuerzas Militares, por el Ministerio de Guerra y los Comandos, entre el 1º de marzo de 1955 y la fecha de vigencia de este Decreto". (**Auto** de 28 de junio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Carlos Gustavo Arrieta) 309

246.—**POLICIA NACIONAL.**—Las Fuerzas de Policía constituyen un cuerpo eminentemente civil aunque esté armado, pues el derecho de llevar armas no le da el carácter de militar, y porque, de acuerdo con la Constitución Nacional, son distintas las fuerzas militares y las fuerzas de policía, aunque ambas estén comprendidas bajo la denominación genérica de Fuerzas Armadas. **(Véase el número 158 del índice).**

247.—**POLICIA NACIONAL. Prestación que consagra el artículo 6º de la Ley 72 de 1947 para el personal que se halle en las condiciones previstas por esa norma. Concepto de ascenso que allí se consagra.** Véase el número 43 del índice.

248.—**POLICIA DEL TRABAJO. (Límite de las sanciones que puede imponer el Ministerio de Trabajo, según los artículos 17 y 485 del Código Sustantivo del Trabajo y 12 del Decreto 617 de 1954).**—De la simple lectura de las normas citadas se desprende, a manera de conclusión ineludible, que la atribución conferida a ciertos funcionarios del Ministerio del Trabajo para imponer multas en su carácter de jefes de policía, es limitada en relación con la cuantía de la sanción y que, por lo tanto, la administración no podrá superar el tope señalado. Es claro que los funcionarios pueden adoptar el sistema de la conminación o el de la imposición directa de la multa, e inclusive están facultados para combinarlos en forma tal, que en la providencia se ordene una sanción y se intime con otras semejantes para el caso de que no sean obedecidos. Pero lo que sí resulta nítido del texto analizado, es que en ningún evento se puede sobrepasar el máximo fijado por la ley, cualquiera que sea el procedimiento adoptado por la administración pública. Ello significa que una vez impuesta la multa por $ 2.000.00, o que se haya llegado a esa cantidad por la acumulación de sanciones sucesivas menores, no se puede decretar otra en razón del mismo hecho,

Páginas

ni comminar al infractor con nuevas penas. Lo expresado indica, pues que el Ministerio al imponer la multa de dos mil pesos a que se refiere el acto acusado, agotó, para el caso, la facultad que le concede el artículo 12 del Decreto número 617 de 1954 en relación con el monto de la sanción. Por consiguiente, no podía ordenar otras multas por ninguna cantidad, ni intimar a la empresa con nuevas penas de igual naturaleza, ya que esa conminación, además de inoperante y baldía, constituía un medio ilegítimo de coacción. (**Auto** de 21 de marzo de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero Sustanciador, Dr. Carlos Gustavo Arrieta) 217

249.—**POSESION ECONOMICA Y RESERVA TERRITORIAL.**—La oposición que se presente entre estos dos títulos, para determinar cuál prevalece, es cuestión que debe resolver la Rama Jurisdiccional. (Véase el número 274 del índice).

250.—**POTESTAD REGLAMENTARIA. (Objeto y límites).**—Sin que sea necesario detenerse en el estudio de la potestad reglamentaria y hacer referencia a la abundante y constante doctrina que respecto a ella tienen sentada la Corte y el Consejo de Estado, debe recordarse que como ella ha sido dada "para la cumplida ejecución de las leyes" (ordinal 3º, artículo 120, C.N.), el decreto que se expida en su ejercicio debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar y sólo puede desenvolver lo que explícita o implícitamente esté comprendido en la ley y, por tanto, no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones. Lo contrario implica extralimitación de funciones y constituye una invasión en el campo propio del legislador. (**Auto** de 14 de junio de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero Sustanciador, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 296

251.—**PRACTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS. (Finalidades de la Ley 155 de 1959).**—El legislador expidió la Ley 155 de 1959 en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 32 de la Constitución, según el cual a él corresponde señalar las actividades económicas que pueden ser intervenidas con los fines indicados en el mandato constitucional. El objeto de la intervención tiene que ser el de restringir, en los casos y para las finalidades que el legislador señale, la libertad de que en principio gozan las personas para trabajar, dedicando su actividad a cualquier clase de industrias y también la de ejercitar por ciertos aspectos la **plena in re potestas** en que ha consistido el derecho de propiedad, para encauzarlo hacia su función social, que implica obligaciones para su titular. Cuando la Constitución autoriza al legislador para dictar las normas pertinentes cuando éste considere que alguna forma de actividad económica es susceptible de causar daño a la comunidad si no se la encauza en un sentido en que sea útil a todos y no

Páginas

perturbe el conjunto de la economía nacional, reconoce implícitamente la existencia de un **orden público económico,** de un campo en el cual pueden configurarse abusos de la libertad individual de obrar, y en consecuencia faculta al legislador para señalar límites al ejercicio de esa clase de actividades. (**Auto** de 27 de mayo de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero Sustanciador, Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez) 249

252.—**PRESCRIPCION. (Del juicio ejecutivo. Excepción).**—En relación con la excepción de prescripción del juicio ejecutivo, apoyada en el hecho de que han transcurrido más de 10 años desde que el cobro devino exigible (artículo 2356 del C. C.), la exigibilidad, momento de partida de la prescripción, comienza desde que, notificado el contribuyente del impuesto respectivo, han transcurrido para él los plazos legales para verificar el pago, según las normas correspondientes. Y en el evento de que en el proceso no haya documento o prueba que indique cuándo fue notificado al contribuyente el impuesto correspondiente, la única fecha cierta de la exigibilidad viene a ser la del propio reconocimiento que ha dado base a la actuación coactiva. (Sentencia de 2 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 759

253.—**PRESCRIPCION. (De las acciones sociales).**—Constantemente ha reiterado esta Sala su doctrina según la cual, en materia de pensiones, la prescripción corre y se produce en relación con el crédito que el derecho origina, pero no en cuanto a éste mismo que tanto para los causantes como para los causahabientes es imprescriptible, siempre y cuando que la ley lo haya dado a estos últimos, como ocurre en el caso de los sueldos de retiro de los militares. (**Sentencia** de 26 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 152

254.—**PRESCRIPCION. (De acciones sociales. Tránsito de legislaciones).** La jurisprudencia del Consejo ha venido sosteniendo que todas las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en la forma y términos establecidos por el artículo 151 del Decreto número 2158 de 1948 y que tal regla se aplica tanto a trabajadores oficiales como particulares y, en general, a toda persona que del Estado o de patronos privados, reclame derechos originados en leyes de carácter social que, por otra parte, no tenga señalada una prescripción distinta y contraria a la allí establecida. Y aunque es cierto que el Decreto Nº 501 de 1955, vigente desde el 1º de marzo de ese año, tiene el doble carácter de ser posterior al de 1948 y especial, ya que se refiere en forma inequívoca a un grupo de trabajadores limitado y circunscrito por características propias, lo cual conduce a aceptar que, en principio, esta norma prevalece sobre la anterior, dicha prevalencia supone, frente al precepto

Páginas

de 1948, una situación de cambio legislativo sobre reglas prescriptivas y por ende, la forzosa aplicación del artículo 41 de la Ley 153 de 1887, disposición cuyo objeto no es otro que el de asegurar los derechos adquiridos y garantizados por el artículo 30 de la Constitución, impidiendo que prescripciones ya cumplidas bajo el imperio de una legislación anterior puedan revivirse con el pretexto de la nueva para cubrir lapsos que ya habían quedado agotados con la regla precedente. Y aunque es cierto que las prescripciones en materia laboral son extintivas y no adquisitivas, no lo es menos que en el fondo ellas implican para el deudor el beneficio de defenderse válidamente ante la justicia invocando y probando la negligencia del acreedor en la misma forma y medida en que ella quede comprendida por los lapsos prescriptivos correspondientes. Por esta razón, pudo decir la Corte Suprema de Justicia que "en definitiva, el prescribiente que quiera ampararse en el artículo 1º de la Ley 50 mencionada (la de 1936), tiene que optar por ésta y al hacerlo, no se le puede computar el período o lapso de tiempo de la posesión anterior" (Negocios Generales, 20 de enero de 1955). Para el caso de autos es evidente que la exigibilidad del sueldo de retiro del peticionario se inició una vez vencidos los 3 meses de alta de que gozaba para que su retiro fuera definitivo (11 de enero de 1952), y que su petición formal de reconocimiento se elevó al Ministerio el 21 de octubre de 1959, con lo cual se interrumpió una prescripción, deliberadamente escogida por el actor como la regulada por el artículo 137 del Decreto 501 de 1955. Pero como entre el 1º de marzo de ese año, fecha de vigencia del citado Decreto, y la en que el derecho se hizo exigible, transcurrió un lapso gobernado por el artículo 151 del Decreto 2158 de 1948 el cual no puede ser afectado por la nueva norma, síguese que el reconocimiento del demandante sólo puede hacerse a partir de esta fecha, esto es, desde el 1º de marzo de 1955. (Sentencia de 2 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 139

255.—**PRESTAMOS. (Que la Caja de Vivienda Militar concede a sus afiliados. Intereses sobre ellos. Normas que han gobernado la materia). Véase el Nº 52 del índice).**

256.—**PRESTACIONES SOCIALES.**—A cuáles tienen derecho los profesionales al servicio de las Fuerzas Militares, según que hayan o no ingresado regularmente a la carrera militar. (Véase el número 257 del indice).

257.—**PROFESIONALES. (Al servicio de las Fuerzas Militares. Prestaciones sociales a que tienen derecho).**—Al hablar el artículo 1º de la Ley 100 de 1946 de "grado" presupone, sin lugar a duda, que las prestaciones allí consagradas sólo amparan a quienes se hallen dentro de la ca-

Páginas

rrera militar. Precisamente el artículo 4º del mencionado estatuto confirma lo anterior al advertir que el derecho a las prestaciones sociales de retiro para el personal de las Fuerzas Militares requiere el ingreso regular a éstas y que los ascensos y tiempo mínimo de servicio en cada grado se hayan cumplido conforme a los reglamentos militares, pues no puede perderse de vista que el "status" militar no obedece a una simple ficción legal, sino que corresponde a una carrera sometida a estudios, prácticas y conocimientos especiales, y sujeta a ejercicios y disciplinas de un régimen determinado, ante los cuales el militar adquiere un grado que lo va ascendiendo de conformidad con la reglamentación castrense. La aparente contradicción existente entre el artículo 1º y el parágrafo 3º del artículo 4º, ambos de la Ley 100 de 1946, se resuelve ocnsiderando los antecedentes de la mencionada ley, que llevan a la conclusión de que los profesionales al servicio de las Fuerzas Militares tienen derecho a las prestaciones establecidas por la Ley 100, inclusive las referentes al retiro, las que, sin embargo, fueron expresamente excluidas para aquel personal que no cumpliera con el requisito del ingreso regular a filas, ya que es apenas lógico que quienes se han incorporado a la carrera de las armas, ciñéndose a todos los requisitos para obtener dentro de ella los ascensos y grados, tenga mayores garantías sociales que aquellos que, aún contando con la prestancia de ser profesionales, no han llenado las exigencias legales para el ingreso a las Fuerzas Militares. (**Sentencia** de 28 de enero de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. José Urbano Múnera) 106

258.—PRORRATEO.—O proporcionalidad para determinar los costos de producción. **(Véase el número 87 del índice).**

259.—PRORROGA. (De una licencia por justa causa).—El empleado que la solicita debe expresar en qué consiste la justa causa que invoca y aún comprobarla, si así lo exige el funcionario que debe otorgarla. **(Véase el número 205 del índice).**

— R —

260.—RAMA JURISDICCIONAL. (Los empleados subalternos a su servicio no gozan de fuero alguno de inamovilidad, toda vez que la disposición que la consagró (artículo 5º, Ley 95 de 1946) fue suspendida por el Decreto Legislativo 1591 de 1954, ordenamiento que conserva su vigencia). **Véase al número 138 del índice.**

261.—REAJUSTES. (En cuantías de pensiones de invalidez, ordenados por la Ley 77 de 1959). Véase el número 235 del índice.

Páginas

262.—REBAJAS. (A los recargos sobre el impuesto de sucesiones para mortuorias ilíquidas. Decreto 0053 de 1957). **Véase el número 302 del índice.**

263.—RECARGOS. (Al impuesto de sucesiones: rebajas). Alcance y finalidades del Decreto Legislativo Nº 0053 de 1957. **(Véase el número 302 del índice).**

264.—RECEPCIONISTAS. (De los Ministros).—Son empleados de confianza y las conveniencias aconsejan que se les mantenga fuera del régimen de inamovilidad de la carrera administrativa y sean de libre nombramiento y remoción de los Ministros. **(Véase el número 136 del índice).**

265.—RECURSO DE REPOSICION. (Efectos de la resolución del recurso ilegalmente interpuesto). Véase el número 270 del índice.

266.—RECURSO DE SUPLICA. (En el escrito en que se sustenta no puede enmendarse la demanda).—El demandante en su libelo inicial no emitió el concepto de la violación de las normas legales invocadas o por lo menos, lo expuso en forma tan generalizada, que no permite determinar cuál es su pensamiento en cada punto concreto. No sería valedera la objeción de que en el escrito de súplica se subsanan tales deficiencias, porque ese memorial en ese aspecto, constituye una verdadera aclaración o corrección de la demanda. Si se admitiera el procedimiento de enmendar el libelo en el escrito de súplica, habría que aceptar previamente que la demanda, por sí sola, no constituye la base del juicio ni señala sus límites y que, al conocer del recurso, se puede decidir sobre un libelo diferente al estudiado por el sustanciador. **(Auto** de 22 de marzo de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Carlos Gustavo Arrieta) 224

267.—REGISTROS. (Introducción extemporánea al arca triclavè).—El hecho de que no exista o no se encuentre el acta de introducción de pliegos al arca triclave, no significa que éstos no se hayan introducido a tiempo. El motivo de anulación específico que contempla el numeral 3º del artículo 196 del C.C.A. no es la falta de tales actas, sino que los pliegos no se hayan introducido dentro del término legal, hecho que necesariamente impone prueba específica. **(Sentencia** de 8 de julio de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) ... 646

268.—REGISTROS DE CORREGIMIENTOS. (Término de introducción en el arca triclave. Transitoriedad de algunas normas del Decreto Nº 3325 de 1959).—La Resolución de la Registraduría Nacional del Estado Civil que fijó los términos de entrega de los pliegos para los corregimientos a que alude la demanda, fue expedida con fundamento en lo dispuesto por el artículo 36 del Decreto Nº 3325 de 1959. Pero este Decreto se dictó con la finalidad determinada de regular lo concerniente a las elecciones que debían verificarse el 20 de marzo de 1960; y si bien es cierto que él contiene disposiciones que se deben considerar como

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Páginas

permanentes y no transitorias, tal permanencia no resulta del Decreto mismo, sino de que se hallan consignadas también en anteriores estatutos legales. Por el contrario, la norma contenida en el inciso 2º del artículo 36 del citado Decreto, esto es, la que faculta a la Registraduría Nacional para fijar los términos de la distancia a cada lugar, de acuerdo con los medios de transporte de la región, no tiene antecedente ninguno, y por lo mismo, y a pesar de su bondad, se debe considerar como absolutamente transitoria, aplicable sólo a las elecciones que se verificaron el 20 de marzo de 1960. Como consecuencia de lo dicho, la aludida resolución de la Registraduría no es aplicable a los comicios del 18 de marzo de 1962 y por tanto, no pueden tenerse en cuenta los términos de entrega en ella señalados, debiendo acudirse a este respecto al artículo 130 de la Ley 85 de 1916. Según este precepto, el término para entregar los pliegos provenientes de los corregimientos no podrá ir más allá de las doce meridiano del día siguiente a las elecciones, contado en la forma allí indicada. Pero, como es evidente, quien alegare la extemporaneidad en la entrega de unos pliegos procedentes de corregimientos, deberá comprobar dos hechos: la hora en que los pliegos se entregaron, y la distancia entre el corregimiento y la cabecera. (**Sentencia** de 8 de julio de 1963; Sala Plena; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) 646

269.—REINTEGRO. (De auxilios parciales de cesantía).—Cuando el servidor oficial solicita y obtiene el reconocimiento de cesantías parciales antes de gozar de pensión de jubilación, su reintegro debe efectuarse en la forma prescrita por el literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, esto es, en cuotas que no sobrepasen el 20% del valor de cada mesada pensional. Pero cuando el empleado ha sido jubilado y posteriormente llamado nuevamente al servicio y además, ha obtenido reconocimientos parciales de cesantía, la situación jurídica que se presenta es diferente. En efecto, se trata entonces, de una cesantía excedente por mayor tiempo servido después de los 20 años que causan la prestación jubilatoria, y cuyo reintegro debe verificarse descontando totalmente de la cesantía definitiva correspondiente al nuevo lapso de servicios, el monto de los auxilios parciales, toda vez que no existe norma alguna que autorice la deducción por cuotas. (**Sentencia** de 31 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Alfonso Meluk) 203

270.—REPOSICION. (Resolución del recurso ilegalmente interpuesto. Efectos).—El recurso de reposición tiene por objeto solicitar del funcionario que dictó la providencia reclamada que la aclare, reforme o revoque: aclarar, consiste en explicar o despejar los puntos dudosos; reformarla consiste en modificarla en su contenido, es decir, dejar vigente una parte y sin efecto otra, que es sustituída por diversa resolución;

Páginas

y revocarla, es dejarla totalmente sin efecto, sea para reemplazarla por otra o derogarla en su totalidad. Ello está indicando que la interposición de un recurso de reposición tiene que referirse exclusivamente a los puntos contenidos en la providencia recurrida, sin que le esté permitido al recurrente introducirle peticiones distintas sobre puntos no contemplados en ella, extraños al pedimento original, porque éstos son ya motivo de una nueva acción. Mas si la administración, en lugar de rechazar de plano las nuevas exigencias, por ser abiertamente ilegales dentro de un recurso de reposición —como debe hacerlo— entra a resolverlas en derecho, viene a imprimirle cariz legal a una actuación que está quebrantando francamente las normas procedimentales. En esta forma el Consejo de Estado tiene que entrar a decidir sobre la nulidad del acto acusado, así se hubiese producido por un recurso ilegalmente interpuesto. **(Sentencia** de 25 de enero de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Alfonso Meluk) 99

271.—**REPOSICION.**—Procedencia de este recurso contra las decisiones administrativas que resuelvan los recursos de revisión a solicitud de los contribuyentes a que aluden los artículos 12 del Decreto 270 de 1953 y 64 del Decreto 1715 de 1960, y de reclamación extraordinaria a que se refiere el artículo 36 del Decreto 1651 de 1961. **(Véase el número 169 del índice).**

272.—**REPOSICION. (En juicios electorales. Providencias susceptibles del recurso y término para interponerlo).**—Los autos de sustanciación en los juicios electorales que no hayan sido expresamente privados por la ley de todo recurso, son susceptibles del de reposición, el cual debe interponerse y tramitarse en la forma general establecida para esa clase de providencias por el artículo 487 del Código Judicial). **(Véase el número 127 del índice).**

273.—**RESERVA TERRITORIAL Y DOMINIO PRIVADO.**—Mientras no se demuestre fehacientemente el dominio titulado de los particulares frente al titulo legal presuntivo de la Nación, no puede considerarse al Gobierno autorizado para negociarlo y adquirirlo sin que medie una sentencia en juicio controvertido que les reconozca a los particulares ese derecho de dominio, considerándolo como prevaleciente sobre el título legal presuntivo del mismo Estado. **(Véase el número 109 del índice).**

274.—**RESERVA TERRITORIAL Y POSESION ECONOMICA.**—La oposición entre la presunción de dominio reservado de la Nación y la posesión con explotación económica que puedan alegar particulares en terrenos sobre los cuales protege al Estado esa presunción, para fundar en ella dominio contra aquél, es cuestión que corresponde decidir a la Rama Jurisdiccional en cada caso concreto, sin que los negociadores

Páginas

a nombre de la Nación puedan anticiparse a resolverlo por sí mismos. De todas maneras, cualesquiera cuestiones controvertibles entre la Nación y los particulares que le disputan el derecho de dominio deben ser resueltas por la Rama Jurisdiccional y escapan a la competencia de la rama administrativa. (**Resolución** de 8 de febrero de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez). 38

275.—**RESOLUCION. (Del recurso de reposición ilegalmente interpuesto. Efectos).** Véase el número 270 del índice.

276.—**RESOLUCIONES DE CADUCIDAD. (Mérito ejecutivo de las que declaran la caducidad de un contrato administrativo).**—De los términos de los artículos 982 y 1059 del C.J. se deduce que no existe una lista taxativa de documentos que presten mérito ejecutivo, sino que únicamente allí están estatuídos los requisitos esenciales para darles tal carácter. En el antiguo código sí estaban enumerados los documentos que prestaban mérito ejecutivo, mas no en el actual, como se advierte en el citado artículo 982, disposición que se refiere a toda obligación que conste en acto o documento, con la condición de que de tal documento se desprenda una obligación expresa, clara y actualmente exigible. Ahora bien, es indudable que "de acuerdo con los principios de derecho público, las autoridades, funcionarios y corporaciones del orden administrativo, expresan regularmente su voluntad por medio de actos jurídicos, denominados actos administrativos o actos condiciones. No otra cosa son... las resoluciones de los funcionarios administrativos". (G.J., T. LVIII, pág. 268). De suerte que la administración al declarar la caducidad de un contrato, si de dicha caducidad resultare una obligación de pagar en dinero a cargo del contratista, puede perseguir su cobro ejecutivamente, pues tanto el artículo 982 del C.J. como el 3º del Decreto 1315 de 1936 conceden la jurisdicción coactiva para exigir a favor del fisco nacional las sanciones judiciales o administrativas. Por lo demás, la legitimidad del título ejecutivo no puede controvertirse, en lo esencial, sino en el momento de las excepciones; es entonces cuando se establece, a través de las pruebas, el hecho en que el título se afianza o el que sirva para destruirlo. (**Auto** de 7 de junio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, doctor Jorge de Velasco Alvarez) 750

277.—**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. (Responsabilidad por omisión: Pertinaz silencio administrativo. La acción indemnizatoria está correctamente fundada cuando se apoya en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo).**—De lo dicho expresamente en la demanda y de su contexto general, resulta claro que no se vinculó la acción ni a la demolición del antiguo edificio ni a los daños provenientes de la ejecución de un trabajo público, sino a la falta de resolución a las soli-

Páginas

citudes formuladas sobre licencia para construir. El hecho básico de la acción es la carencia de un pronunciamiento sobre las peticiones elevadas y la súplica es la de que se reparen los perjuicios provenientes de esa omisión, los que se hicieron mayores por el hecho de que el municipio se hubiera apresurado a demoler la edificación existente, privando así a la actora de la renta que allí tenía. Este hecho obligaba aún más a la entidad distrital a diligenciar rápidamente las peticiones de que se habla en el libelo; pero —como se expresó anteriormente— no es ese el fundamento de la acción y por lo mismo no se puede tener la fecha de su ocurrencia como el punto de partida para contar el término de prescripción, como lo propuso el señor Personero de Barranquilla y lo aceptó el a-quo. Además, de los documentos presentados y de la narración relativa a los hechos, se comprende que la demandante vincula el derecho al hecho jurídico de la omisión administrativa que da lugar al resarcimiento de perjuicios al tenor del artículo 68 de la Ley 167 de 1941. La abstención o no hecho del administrador se convierte en un hecho para el administrado, del que le pueden provenir daños patrimoniales, como ocurre en el caso de autos, en que la renuencia de la Alcaldía a resolver sobre la petición de licencia para edificar, privó al demandante de los ingresos que le hubiera producido la edificación. La Constitución, por otra parte, consagra para los ciudadanos el derecho de obtener pronta resolución de sus peticiones, en atención precisamente a que las resoluciones tardías o la omisión en producirlas puede perjudicar gravemente al peticionario. Los hechos, pues, a que se refiere el artículo 68 citado, no son sólo los positivos sino también los negativos; de lo que se deduce que la demandante fundamentó bien su acción en tal precepto y que no se puede prescindir de la consideración de tal fundamento aunque los demás que se dieron a la demanda resultaran improcedentes. (**Sentencia** de 7 de marzo de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) 539

278.—**RETIRO. (Con pase a la reserva de oficiales de las Fuerzas Militares por "incapacidad técnica").** No se ordena la suspensión provisional del literal a) del artículo 95 del Decreto Reglamentario Nº 0570 de 1960. **(Véase el número 180 del índice).**

279.—**REVISION. (De contratos administrativos).**—El Consejo de Estado, para los efectos de revisar los contratos de la administración que deben serle sometidos, obra en función administrativa y no es competente para resolver como juez a quién debe reconocerse el derecho controvertible. (**Concepto** de 8 de febrero de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez) 38

280.—**REVISION DE RECONOCIMIENTOS. (Causal tercera: Los servicios**

Páginas

prestados con posterioridad al reconocimiento no constituyen un hecho que pueda ser subsumido por el ordinal 3º del art. 165 del C.C.A.). Es evidente que el demandante, con posterioridad al reconocimiento de su sueldo de retiro como Coronel, prestó nuevos servicios al ejército y obtuvo el grado de Brigadier General. Pero estos hechos no son de los a que se refiere la causal tercera del artículo 165 de la Ley 167 de 1941 porque, como lo ha dicho la Sala, aquélla hace relación a los ocurridos con anterioridad al otorgamiento del derecho y que tienen influencia jurídica en el mismo, pero que no se alegaron o no se demostraron en su oportunidad, bien para reafirmar la existencia de tal derecho o para impedir su reconocimiento. Es incuestionable que en 1951 el peticionario no tenía el grado de Brigadier General ni había prestado en el ejército más servicios que los que legalmente eran suficientes para reconocerle el sueldo de retiro que le fue otorgado; por consiguiente, no puede sostenerse que la decisión de 1951 hubiera podido ser diferente sólo porque entonces no se habían producido los hechos que tuvieron lugar en 1958. Demuestra, pues, lo anterior, que es al Ministerio a quien compete en forma directa hacer el reconocimiento solicitado, pues lo que en este caso no es causal de revisión por parte del Consejo de Estado, sí es causa de actuación por parte del Ministerio de Guerra. (Sentencia de 2 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 687

281.—**REVISION DE IMPUESTOS. (Dentro del contencioso tributario no puede controvertirse lo ya decidido en actos ejecutoriados, sobre materias especiales que incidieran en la operación administrativa de liquidación).**—El objetivo de las gestiones adelantadas por la empresa era el de que se definiera por los funcionarios competentes, hasta qué punto podrían autorizarse las deducciones para hacerlas valer en la liquidación tributaria correspondiente. Al decidirse, como cuestión previa, el tema sometido a la consideración de la Jefatura de Rentas, se produjo un pronunciamiento de la administración pública sobre el fondo de la materia cuestionada, en forma tal que se puso término o se hizo imposible la continuación de las gestiones sobre el presunto derecho alegado por la empresa. La sociedad estaba, entonces, en condiciones de adoptar uno de estos dos caminos: o aceptaba la determinación tomada por la oficina por considerarla ajustada a derecho, o insurgía contra ella, mediante la utilización de las vías procesales respectivas, dentro de los términos que señala la ley. De acuerdo con el artículo 82 del C.C.A., la compañía demandante tenía a disposición suya las acciones necesarias para invalidar ante la jurisdicción especial los autos dictados por la Jefatura, porque ellos definieron directamente la situación particular de derecho en que estaba colocada la empresa en relación con las deducciones solicitadas. Al abstenerse ella de recurrir ante los organismos competentes, no obstante la potestad que al res-

Páginas

pecto le conferia la ley, se cerraron los caminos legales para que la administración activa o los tribunales pudieran revisar providencias no sometidas a su consideración por los mismos interesados en oportunidad. El pronunciamiento previo de la Jefatura, por otra parte, no puede tener la calidad de una simple decisión accesoria o subordinada a la operación administrativa de liquidación, sino que ella determina anticipadamente la situación jurídica en que está colocado el contribuyente. Precisamente, el fenómeno jurídico que se opera es el inverso: todo el proceso de liquidación, en lo que a este punto se refiere, queda condicionado por lo que se haya definido en la decisión previa. Las decisiones administrativas deben gozar de cierta estabilidad y por ello están amparadas por una presunción de legalidad que puede destruirse mediante el ejercicio oportuno de los recursos y acciones. Si los interesados aceptan implícitamente los actos administrativos que los perjudican y no insurgen contra ellos por las vías procesales correspondientes, no pueden después, con ocasión de la aplicación del acto, buscar una revisión extemporánea o eludir las consecuencias necesarias de una decisión no sometida a recursos por voluntad del mismo perjudicado. Cabe advertir, sí, que por virtud del artículo 47 del Decreto Nº 1651 de 1961 en el procedimiento gubernativo sobre liquidación de impuestos de renta y complementarios ya no hay lugar a conflictos entre decisiones administrativas como el que se presentó en este negocio y que dio lugar a la doctrina que se dejó expuesta, y que esa disposición de excepción no puede aplicarse al caso **sub judice** ya que entró a regir con posterioridad a la actuación gubernativa que se ha demandado en revisión. (**Sentencia** de 8 de junio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Alejandro Domínguez Molina) 727

282.—**REVISION Y RECLAMACION EXTRAORDINARIA.**—Procedencia del recurso de reposición contra las providencias administrativas que decidan estos recursos. **(Véase el número 169 del índice).**

283.—**REVOCABILIDAD. (De los actos administrativos que conceden pensiones).**—Si bien en los casos de pensiones como la de invalidez, fundadas en la incapacidad del beneficiario, cesada ésta deja de existir la causa jurídica de la prestación y su suspensión es, por tanto, procedente, el modo de hacerlo no es, ciertamente, el escogido por el Ministerio (revocación directa del acto que concedió la pensión), pues como lo ha dicho reiteradamente el Consejo y lo corroboró expresamente el artículo 24 del Decreto Nº 2733 de 1959, los actos creadores de situaciones jurídicas concretas, no son revocables de oficio por la misma administración, sino sólo con consentimiento expreso y escrito del interesado. Además, y ello también se ha dicho por la Sala, esa imposibilidad se deriva de los artículos 164 y siguientes del Código de lo

Páginas

Contencioso Administrativo, que muy claramente establecen el procedimiento que debe seguirse por las personas interesadas en obtener la modificación de un fallo del Consejo o providencia administrativa nacional sobre reconocimientos periódicos, aún para suprimirlos, y que no es otro que la acción de revisión. Si, pues, el Ministerio, enterado del caso de la peticionaria, consideró su deber suspender la pensión de invalidez que le había otorgado, ha debido recurrir a la acción mencionada. Pero el haber procedido oficiosamente a revocar su providencia, constituye una clara violación del artículo del Decreto mencionado. (**Sentencia** de 12 de junio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 131

— S —

284.—**SALVAMENTO DE VOTO.**—De los Consejeros Doctores Carlos Gustavo Arrieta, Ricardo Bonilla Gutiérrez, Francisco Eladio Gómez y Guillermo González Charry sobre el alcance de los fallos que deciden acciones electorales. **(Véase el número 120 del índice).**

285.—**SANCIONES. (Límites cuantitativos de las que puede imponer el Ministerio del Trabajo).—La** atribución que confiere el artículo 12 del Decreto 617 de 1954 a ciertos funcionarios del Ministerio del ramo encargados de la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones sociales, está limitada en relación con la cuantía de la sanción, en forma que en ningún evento se puede sobrepasar el máximo fijado por la ley, cualquiera sea el procedimiento adoptado por la administración. Una vez impuesta la multa de dos mil pesos, o llegádose a esa cantidad por la acumulación de sanciones sucesivas menores, no se puede decretar otra en razón del mismo hecho, ni conminar al infractor con nuevas penas. (**Auto** de 21 de marzo de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero Sustanciador, Dr. Carlos Gustavo Arrieta) 217

286.—**SANCIONES TRIBUTARIAS.** (Cuál es la aplicable al contribuyente que estando obligado a llevar libros de contabilidad no los lleva o los lleva sin registro y cuál la que se debe imponer al contribuyente que a pesar de llevar libros y tenerlos registrados, no los exhibe cuando es requerido a hacerlo. Justa causa para no presentar los libros: el hecho de no tenerlos estampillados no constituye justa causa, en el entendimiento que debe darse a este concepto según el artículo 6º del Decreto Nº 341 de 1957). **Véase el número 204 del índice.**

287.—**SECRETARIOS. (De los Concejos Municipales).**—El cargo de Secretario del Concejo Municipal es de creación legal según el artículo 161 del Código de Régimen Político y Municipal, y se entiende que es de

Páginas

carácter permanente, porque aunque las funciones adscritas a un Concejal son por tiempo determinado, en cambio las del Secretario son por tiempo indeterminado ya que tiene a su cargo la guarda de la oficina, el archivo, los libros de actas y otros documentos. El Secretario de los Concejos Municipales goza de período fijo, pues tiene el mismo de los Concejales, es decir, 2 años. El artículo 4º del Decreto 49 de 1932 estatuye que el período del Secretario y del suplente de éste en el Concejo Municipal será el mismo de los Concejales, y como por el acto acusado se declaró insubsistente el nombramiento de Secretario del Concejo Municipal de Puerto Berrio que desempeñaba el demandante antes de expirar el período para el cual fue nombrado, es claro que se violó el mencionado artículo 4º. Aunque es verdad que la elección de Secretario está a cargo del Concejo, realizada dicha elección y comunicada, la corporación pierde la facultad de removerlo y reemplazarlo a su arbitrio. (Sentencia de 3 de abril de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Jorge A. Velásquez) 506

288.—**SECRETARIOS AUXILIARES. (De los Ministros del Despacho).** Desempeñan funciones esencialmente de confianza y las conveniencias aconsejan que se les mantenga fuera del régimen de inamovilidad de la carrera administrativa y sean de libre nombramiento y remoción de los Ministros. **(Véase el número 136 del índice).**

289.—**SEGUROS. (Sobre bienes de la Nación, Intendencias, Comisarías, organismos públicos descentralizados y demás entidades de derecho público de carácter nacional. Suspensión provisional del Decreto Nº 2222 de 1962).**—No se accede a revocar la providencia del Consejo de Estado que denegó la suspensión provisional de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 7º del Decreto número 2222 de 1962, pues los conceptos de violación que el recurrente le imputa implican consideraciones de fondo sobre privilegio, la competencia del Gobierno Nacional para dictar el acto acusado y sobre el requisito de la licitación para la contratación de ciertos servicios, materias que son propias de la sentencia definitiva. (**Auto** de 14 de junio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Francisco Eladio Gómez G.) 290

290.—**SEGUNDA INSTANCIA.** De juicios electorales. Recurso de reposición. Término para interponerlo. **(Véase el número 127 del índice).**

291.—**SEGUNDA INSTANCIA. (De juicios electorales).**—No hay en ella término probatorio. **(Véase el número 128 del índice).**

292.—**SENTENCIAS.**—Alcance de las que deciden acciones electórales. **(Véase el número 120 del índice).**

Páginas

293.—**SEPARACION TEMPORAL. (De Oficiales de las Fuerzas Armadas como consecuencia de un fallo de la justicia castrense que los condena a la medida de seguridad de libertad vigilada).**—De los artículos 28, 61, 65 y 66 del Código de Justicia Penal Militar y de la denominación jurídica de las sanciones por ellos contemplados, se infiere claramente que la finalidad perseguida con la aplicación de las medidas de seguridad consistentes en la libertad vigilada y en la prohibición de concurrir a determinados lugares públicos, es la de impedir la reincidencia y la de colocar al sentenciado en la imposibilidad de incurrir nuevamente en el delito. Ello comporta la idea de que la situación jurídica de las personas condenadas a las medidas de seguridad mencionadas, no puede ser la misma que tienen los individuos que no han sido sancionados en esa forma y que, de consiguiente, los derechos de que gozan aquéllos no pueden ser iguales a los derechos de que disfrutan éstos. Estas ideas, aplicadas a los Oficiales de las Fuerzas Armadas implican que aquéllos que hubieren sido condenados a las medidas de seguridad citadas y que deben permanecer al cuidado de su familia, están, por sobre todo, sujetos a ese poder que es superior inlcusive a aquel otro que sobre el oficial sentenciado ejercen sus jefes y aún el mismo Gobierno. El fallo, por razón de la fuerza jurídica que lo acompaña, sustrae temporalmente al condenado del poder jerárquico de sus superiores, para colocarlo bajo un poder dentro de una especie de régimen de tutela. Tal situación es netamente incompatible con la disciplina militar y, por tanto, con las exigencias del servicio activo: si el oficial sentenciado continuara en filas, ante las posibles órdenes opuestas de la familia que lo custodia y de los jefes militares, se vería precisado o a acatar las primeras con violación de la disciplina castrense, incurriendo así en un nuevo delito, o a obedecer las segundas, con infracción directa del fallo condenatorio. Además, la medida de libertad vigilada al cuidado de su familia, implica necesariamente que el Oficial ha de residir en el lugar donde habitan las personas que ejercen esa tutela, pues de no ser ello así, éstas no podrían responder de la obligación que se les impuso. Si al oficial se le impuso la medida de libertad vigilada, y si esa sanción no se puede cumplir mientras permanezca en servicio activo en razón de la incompatibilidad existente entre las dos situaciones, ha de optarse necesariamente por el extremo en que la sentencia produzca todos sus efectos y no por aquel en que resulte inoperante. De allí que la separación temporal venga a ser una consecuencia obligada del fallo, no a manera de sanción accesoria a la medida de seguridad, sino como determinación administrativa para que la condena pueda cumplirse. (**Sentencia** de 28 de junio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Carlos Gustavo Arrieta) 79

294.—**SERVICIOS MILITARES.**—Los prestados con posterioridad al reco-

Páginas

nocimiento del sueldo de retiro no constituyen un hecho que pueda dar lugar a un juicio de revisión del reconocimiento ante el Consejo de Estado con apoyo en la causal tercera del artículo 165 del C.C.A., pero si son causa de actuación por parte del Ministerio de Guerra para que en forma directa haga el reconocimiento solicitado. **(Sentencia** de 2 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 687

295.—SERVICIO PUBLICO. (Calificación de tal para lo relativo al derecho de huelga. Efectos en el tiempo de la calificación).—La calificación de servicio público que una vez dé el gobierno a una industria o actividad para los efectos del derecho de huelga en los eventos del Decreto 753 de 1956, es jurídicamente válida para todos los casos que lleguen a presentarse posteriormente, a menos que el acto general e impersonal en que se haya hecho la calificación haya sido revocado en los supuestos de revocabilidad previstos por el Decreto Nº 2733 de 1959. Pero mientras ello no ocurra, la calificación que se haga una vez es jurídicamente válida para todas. **(Véase el número 53 del índice).**

296.—SILENCIO ADMINISTRATIVO. (Y caducidad de la acción. Negligencia del administrado).—El recurso de apelación propuesto en tiempo [illegible]lio de 1953) para ante el Consejo de Estado contra la resolegatoria de la compensación por accidente pedida por el [illegible]andante, no fue concedido ni tramitado por el Ministerio; sólo en 1961, a requerimiento del apoderado del actor, vino a decidirlo en el sentido de concederlo y, por ende, de abstenerse de resolver directamente sobre la revocatoria de la resolución de 1953 en cuanto negaba la compensación. Mas por otro lado, es evidente que en los años que corrieron entre 1953 y el 23 de noviembre de 1959, cuando se insistió sobre el recurso, nada hizo el actor, o al menos no hay prueba de ello, para que se le definiera su situación. Si el Ministerio guardó silencio indebidamente y coadyuvó con él al del Consejo de Estado donde para estos casos especiales terminaba entonces la vía gubernativa, ha debido acudirse normalmente a las garantías que concede la ley a los ciudadanos para impedir que sus derechos queden sometidos a la arbitrariedad gubernamental, e interponer las acciones conducentes al restablecimiento del que se solicitaba. De conformidad con el artículo 80 del C.C.A., consagratorio del llamado silencio de la administración como fuente del derecho de acción, la vía gubernativa se entendía agotada cuando interpuestos los recursos normales que el mismo estatuto consagra, transcurre un plazo de 4 meses sin que recaiga decisión sobre ellos, lo que indica que como la tramitación y decisión del mismo recurso una vez interpuesto corresponde a la administración, el término de dicho plazo comienza a contarse desde la fecha de interposición del recurso procedente. Así, pues, el 31 de noviembre de

Páginas

1953 quedó establecido legalmente, por mérito del silencio administrativo, que el gobierno negaba al demandante su pretendida indemnización. Y el 31 de marzo de 1954 se cumplía el término de caducidad que el artículo 83 del C.C.A. señala para las acciones que pretenden obtener una reparación por lesión de derechos vulnerados, de donde resulta que la acción aquí incoada se halla caducada, sin que los actos producidos por el Ministerio en 1961 y 1962 alteren tal conclusión, pues que la petición que los motivó y los pronunciamientos aludidos no pueden tener base distinta que el Decreto Nº 2733 de 1959 sobre revocabilidad directa de los actos de carácter subjetivo, respecto de la cual el artículo 23 dispone que no revive los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas; y sin que quepa, tampoco, aplicar la tesis de la Sala sobre la no imputabilidad al demandante de los errores cometidos por la administración en el manejo del procedimiento gubernativo, porque dicha tesis se ha fundado en la actividad del litigante erróneamente orientada y no en su negligencia. (Sentencia de 2 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry). 145

297.—**SITUACION LEGAL Y REGLAMENTARIA. (Y contrato de trabajo).** Examen de los planteamientos de la jurisprudencia nacional suscitados por el articulo 4º del Decreto 2127 de 1945 en relación con los trabajadores oficiales vinculados a la administración por una relación de derecho público y los atados por un vínculo contractual laboral. **(Véase el número 321 del índice).**

298.—**SITUACION LEGAL Y REGLAMENTARIA. (Y contrato de trabajo).** Cuál de las dos formas de vinculación rige las relaciones de trabajo existentes entre los establecimientos públicos u organismos descentralizados y los trabajadores que les prestan sus servicios. **(Véase el número 321 del índice).**

299.—**SUBALTERNOS. (De la Rama Jurisdiccional del Poder Público).**—Son funcionarios de libre nombramiento y remoción, pues la disposición que les otorgaba el fuero de inamovilidad (art. 5º, Ley 95 de 1946) fue suspendida por el Decreto Legislativo Nº 1591 de 1954, ordenamiento que, por haber sido expedido con apoyo en el artículo 121 de la Constitución Nacional, ha sido elevado a la categoría de ley por los distintos preceptos legales que han prorrogado indefinidamente la vigencia de los decretos asi dictados. **(Véase el número 138 del índice).**

300.—**SUBOFICIALES. (Situación de los herederos de quienes fallecieron gozando de pensión de invalidez,** frente a las disposiciones de la Ley 3ª de 1937 y del Decreto 1025 de 1942). **Véase el Nº 165 del índice.**

301.—**SUBOFICIALES DEL EJERCITO. (Pensiones por invalidez absoluta).**

Páginas

Es en el texto y sentido del artículo 41 de la Ley 2ª de 1945 donde aparece por primera vez la variabilidad de las pensiones de invalidez para suboficiales en relación con el sueldo del grado, y el aumento de su cuantía, que de un 40% del sueldo más dos pesos por año de servicio que consagraban los Decretos 96 de 1941 y 1025 de 1942, pasa a ser igual a la totalidad del sueldo. Por tanto, para estos especiales casos no es necesario recurrir al artículo 1º de la Ley 5ª de 1946, aclaratorio del 34 de la Ley 2ª de 1945, porque éste no se refería a casos de retiro por llamamiento a calificar servicios; ni tampoco al 1º de la Ley 100 de 1946, pues él se refiere a sueldos de retiro normales y no a retiros por invalidez. (Sentencia de 22 de abril de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 683

302.—**SUCESIONES ILIQUIDAS. (Rebaja de los recargos o intereses sobre el impuesto de sucesiones y donaciones. Alcance y finalidades del Decreto Nº 0053 de 1957).**—El artículo 2º del Decreto Legislativo 0053 de 1957 que ordenó rebajar en un ciento por ciento los recargos de las sucesiones ilíquidas causadas con anterioridad al 1º de julio de 1956, siempre que los impuestos se cancelasen antes del 1º de abril de 1958, buscó —lo mismo que los Decretos 901 de 1947 y 2512 de 1952— facilitar a los herederos de las sucesiones testadas e intestadas la liquidación de éstas, poniendo fin a las comunidades que suelen perjudicar notoriamente la economía del país, y se trató de proporcionarle al Estado recursos para atender a sus múltiples necesidades. Esta última finalidad sería inalcanzable si el artículo 2º mencionado se interpreta como lo hace el actor, porque si la amnistía acordada comprendiera no sólo los recargos pendientes sino aún los pagados con anterioridad a su vigencia, el Estado sufriría graves perjuicios con motivo de la devolución de tributos justamente causados y percibidos. Es necesario, por tanto, concluir que todos los abonos hechos con antelación a la expedición del aludido texto legal deben computarse en la forma ordenada por el artículo 26 del Decreto 1020 de 1936, reglamentario de la Ley 63 del propio año, y que la condonación en referencia no los abarcó. (Sentencia de 12 de julio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Francisco Eladio Gómez) 735

303.—**SUCESIONES ILIQUIDAS. (Sistema legal de imputación de pagos cuando los abonos no cubren suficientemente la deuda por impuesto de sucesiones y donaciones).**—Los abonos al impuesto de sucesiones y donaciones hechos con antelación a la expedición del artículo 2º del Decreto Legislativo Nº 53 de 1957 debían computarse en la forma prescrita por el artículo 26 del Decreto 1020 de 1936, reglamentario de la Ley 63 del propio año, según el cual los recargos corren, por ministerio de la ley, sobre las sumas insolutas del principal del impuesto,

Páginas

y los pagos que se hagan para cancelar los impuestos se imputan primeramente a los recargos causados hasta el día de la consignación, y el saldo —si quedare— al principal del impuesto. (**Sentencia** de 12 de julio de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Francisco Eladio Gómez) 735

304.—SUELDO DE RETIRO. (Reconocimiento oficioso y prescripción).—El reconocimiento oficioso que el Ministerio de Guerra debe hacer de los sueldos de retiro de los militares, es una medida del legislador encaminada a agilizar el procedimiento, a despachar rápidamente esta prestación y a extender el beneficio de la protección social a los miembros del ejército, pero en modo alguno limita, ni desconoce, ni hace inaplicables las reglas sobre prescripción de los derechos, que al tomar como base la exigibilidad de los mismos, descarga sobre los beneficiados la obligación de pedir y de probar los hechos en que su derecho se apoya. Si así no fuera, se cohonestaría la negligencia de los beneficiados llevándola inclusive a los campos de la mala fe, con el objeto de pedir tardíamente el reconocimiento de un derecho para que se les pague desde tiempos remotos, con el pretexto de que es el Estado y no ellos el responsable de su reconocimiento. Por tal camino se llegaría, además, a la imprescriptibilidad de los derechos sociales, práctica absolutamente contraria a toda reglamentación jurídica colombiana sobre el particular. Tanto es ello así, que la Ley 126 de 1959, nuevo estatuto para los oficiales del ejército y que también dispone el reconocimiento oficioso de los sueldos de retiro, lo más que logró hacer —y ello confirma la tesis de la Sala— fue darle un plazo de 6 meses al interesado para que presente su documentación, al término de los cuales comienza a contarse la prescripción de 4 años por ella establecida. Lo cual indica que el reconocimiento oficioso y la prescripción son dos institutos jurídicos distintos que no se influencian recíprocamente. (**Sentencia** de 2 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 139

305.—SUELDO DE RETIRO. (Y pensión de invalidez. Naturaleza y diferencia).—Como lo ha dicho ya el Consejo, las dos prestaciones, sueldo de retiro y pensión de invalidez, son por naturaleza incompatibles, y por lo mismo las reglas sobre su transferencia a los deudos deben ser diferentes, a menos que norma legal las haga iguales. La pensión de invalidez atiende al lesionado temporalmente o de por vida según el caso, dándole su subsidio que por el mismo tiempo viene a reemplazar el salario. El sueldo de retiro, como la pensión ordinaria, proveen una compensación monetaria por largos servicios prestados al país en las Fuerzas Militares o en sus servicios civiles; de ahí por qué la primera sea en nuestra legislación, de ordinario, eminentemente personal e intransmisible y en cambio, la segunda se prolongue más allá

Páginas

de la vida del pensionado aunque en proporción disminuída. Tal incompatibilidad ha sido mantenida por las Leyes 2ª de 1945, 100 de 1946 y 81 de 1947, no expresamente, mas sí por la forma de regular los distintos derechos. (**Sentencia** de 26 de julio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 152

306.—**SUELDO Y PENSION DE INVALIDEZ. (Incompatibilidad).** Véase el número 238 del índice.

307.—**SUSPENSION DEL ESCRUTINIO.** (Por no haberse efectuado la votación en un Municipio por orden de la autoridad política competente, atendiendo razones de orden público). **Véase el número 139 del índice.**

308.—**SUSPENSION PROVISIONAL.**—Se suspenden provisionalmente las siguientes disposiciones del Decreto Nº 3236 de 1962, reglamentario de la Ley 155 de 1959 sobre prácticas comerciales restrictivas: a) el **artículo 17,** por cuanto implica modificaciones al Código de Procedimiento Civil (artículos 152, 107 y 97) y no está, dentro de las facultades del Gobierno como suprema autoridad administrativa, reglamentar nada atinente a los procedimientos judiciales, porque ellos no son materia administrativa; y porque sólo al Congreso corresponde expedir códigos y reformar sus disposiciones; b) el **artículo 20,** porque restringe el plazo que la Ley 155 otorga al investigado para contestar el acta de conclusiones y presentar sus descargos; c) el **artículo 22, por** cuanto permite al Gobierno, por conducto de la Superintendencia de Regulación Económica, dictar la resolución sobre los hechos investigados **aún sin** oir el concepto del Consejo de Política Económica y Planeación, al paso que el artículo 14 de la Ley 155 exige dicho concepto para expedir tal resolución; d) el **artículo 24,** ya que excede las facultades reglamentarias del Gobierno al establecer sanciones que no fueron previstas por la ley reglamentada y sin estar expresamente facultado para hacerlo; y e) el **artículo 27** por la misma razón que indujo la suspensión del 24. (**Auto** de 27 de mayo de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero Sustanciador, Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez) 249

309.—**SUSPENSION PROVISIONAL.**—Se ordena la del artículo 5º del Decreto Reglamentario número 2759 de 1962, que ordenó ratificar "los actos mediante los cuales fueron retirados los suboficiales y marineros de las Fuerzas Militares, por el Ministerio de Guerra y los Comandos, entre el 1º de marzo de 1955 y la fecha de vigencia de este Decreto", porque el poder reglamentario no puede utilizarse con el fin de resolver o convalidar, mediante un ordenamiento general e impersonal, situaciones individuales y subjetivas creadas con anterioridad por la administración. **(Véase el número 245 del índice).**

310.—**SUSPENSION PROVISIONAL. (De actos suspensivos. Es inoperante).**

BIBLIOTECA

Para los efectos de decretar la suspensión provisional impetrada, se plantea el problema de que los actos impugnados contienen decisiones puramente negativas o, más exactamente, suspensivas de la autorización pedida, en espera de que se informe a la Oficina de Registro de Cambios sobre la investigación aduanera que se afirmaba existir y en la cual aparentemente quedaban comprendidas las importaciones hechas por los demandantes. **¿Cómo operaría, entonces, la suspensión provisional de un acto puramente negativo y que implica apenas una abstención temporal de acceder al pedimento formulado con apoyo en una razón de hecho?** Se trata de actos que deniegan lo pedido, pero no de un modo absoluto, sino aplazando la decisión para cuando se demuestre un hecho: que la investigación que se decía existir sobre las importaciones de los peticionarios culminó en alguna forma, o que resulte no existir en cuanto a ellos. Esto implica necesariamente que si a la Oficina de Registro de Cambios se le demuestra que la tal investigación no ha existido en cuanto a las importaciones de los demandantes amparadas por los registros respectivos, desaparecerá el obstáculo y proferirá una decisión favorable. Un auto de suspensión provisional en tales circunstancias ningún efecto jurídico podria producir. No tendría él la virtud de suspender los efectos del acto negativo, ya que tal resultado sólo puede obtenerse mediante la decisión contraria, y no es el momento de la sentencia. Por ahora, sólo la propia Oficina que profirió los actos impugnados puede, ante la demostración de que el hecho que invocaba como motivo de su decisión no existe, dictar el acto positivo y favorable a los interesados que haga cesar de inmediato los perjuicios causados por la negativa temporal o abstención de conceder la autorización solicitada para el reembolso. Los razonamientos anteriores sirven de fundamento para no acceder a la suspensión provisional en razón de su inoperancia en el caso estudiado. (**Auto** de 5 de abril de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero Sustanciador, Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez) 241

311.—**SUSPENSION PROVISIONAL.**—No se accede a decretar la revocatoria de la providencia del Consejo de Estado que denegó la suspensión provisional de los artículos 1º a 5º y 7º del Decreto Nº 2222 de 1962, reglamentación de los seguros sobre bienes de la Nación, las intendencias, las comisarias, los organismos públicos descentralizados y demás entidades de derecho público de carácter nacional. **(Véase el número 289 del indice).**

312.—**SUSPENSION PROVISIONAL. (Por qué razón no es posible examinar situaciones de hecho que se interpongan entre la norma jurídica y la providencia administrativa que la viola, para efectos de esta medida).** En constante y reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado ha sostenido que la suspensión provisional no es viable cuando el ostensible

Páginas

quebrantamiento de las disposiciones superiores de derecho que se invocan en la demanda no surge del cotejo directo e inmediato de ellas con el acto administrativo impugnado, sino de situaciones de hecho que se interponen entre la norma objetiva y la providencia que la infringe. Esa doctrina se funda en la naturaleza misma de la suspensión, en motivos de oportunidad, y en razones de orden procesal. Como la eficacia de la prueba está condicionada, en gran parte, por los requisitos de su publicidad y contradicción; como el pronunciamiento ha de hacerse en el período inicial del juicio y sobre la base de los elementos aportados por el actor únicamente; y como hasta ese instante los posibles interesados y el Ministerio Público ignoran la existencia del litigio y no han tenido oportunidad de tachar los documentos acompañados, de analizar las otras demostraciones, ni de incorporar al negocio las que consideren necesarias para desvirtuar los primeros, la prueba en realidad se mantiene secreta para las otras partes y, por ende, no ofrece los mismos factores de certeza que arrojaría una vez que fuera publicada y contradicha. Hay, hasta ese momento, una situación de desequilibrio y desigualdad entre el demandante y los eventuales impugnadores, que obliga al juzgador a ser especialmente cauteloso y prudente en la apreciación de las pruebas y en la adopción de un criterio sobre la materia litigiosa. La sentencia definitiva es, pues, el lugar adecuado para fijar el pensamiento del fallador sobre aquellas situaciones de hecho y sobre las consideraciones de derecho en que se apoyan los actos enjuiciados y los ataques dirigidos contra ellos. (**Auto** de 21 de marzo de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero Sustanciador, Dr. Carlos Gustavo Arrieta) ... 217

— T —

313.—**TASAS E IMPUESTOS. (Elementos de diferenciación. Los servicios de aseo y alumbrado públicos constituyen tasas, no impuestos).**—El concepto de los servicios de aseo y alumbrado públicos no puede ser involucrado en el de impuestos y contribuciones como lo hace el actor y lo acepta el a-quo en su sentencia, pues que constituyen categorías muy distintas de recaudos fiscales. Es cierto que en el lenguaje común se suele dar el nombre de impuesto a todo lo que se paga al erario, y que esa indeterminación puede apreciarse hasta en algunos textos legales en que el legislador no ha considerado necesario hacer la distinción entre impuestos, contribuciones y tasas. Pero la doctrina tiene perfectamente establecida la diferenciación entre esos conceptos y definido nítidamente qué constituye el impuesto y qué la tasa. Ya no hay equívoco alguno respecto a que al impuesto lo distinguen ser una prestación pecuniaria que eroga el contribuyente sin contraprestación y sólo por el hecho de pertenecer a una comunidad política y que ape-

BIBLIOTECA

Páginas

Para los efectos de decretar la suspensión provisional impetrada, se plantea el problema de que los actos impugnados contienen decisiones puramente negativas o, más exactamente, suspensivas de la autorización pedida, en espera de que se informe a la Oficina de Registro de Cambios sobre la investigación aduanera que se afirmaba existir y en la cual aparentemente quedaban comprendidas las importaciones hechas por los demandantes. **¿Cómo operaría, entonces, la suspensión provisional de un acto puramente negativo y que implica apenas una abstención temporal de acceder al pedimento formulado con apoyo en una razón de hecho?** Se trata de actos que deniegan lo pedido, pero no de un modo absoluto, sino aplazando la decisión para cuando se demuestre un hecho: que la investigación que se decía existir sobre las importaciones de los peticionarios culminó en alguna forma, o que resulte no existir en cuanto a ellos. Esto implica necesariamente que si a la Oficina de Registro de Cambios se le demuestra que la tal investigación no ha existido en cuanto a las importaciones de los demandantes amparadas por los registros respectivos, desaparecerá el obstáculo y proferirá una decisión favorable. Un auto de suspensión provisional en tales circunstancias ningún efecto jurídico podría producir. No tendría él la virtud de suspender los efectos del acto negativo, ya que tal resultado sólo puede obtenerse mediante la decisión contraria, y no es el momento de la sentencia. Por ahora, sólo la propia Oficina que profirió los actos impugnados puede, ante la demostración de que el hecho que invocaba como motivo de su decisión no existe, dictar el acto positivo y favorable a los interesados que haga cesar de inmediato los perjuicios causados por la negativa temporal o abstención de conceder la autorización solicitada para el reembolso. Los razonamientos anteriores sirven de fundamento para no acceder a la suspensión provisional en razón de su inoperancia en el caso estudiado. (**Auto** de 5 de abril de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero Sustanciador, Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez) 241

311.—SUSPENSION PROVISIONAL.—No se accede a decretar la revocatoria de la providencia del Consejo de Estado que denegó la suspensión provisional de los artículos 1º a 5º y 7º del Decreto Nº 2222 de 1962, reglamentación de los seguros sobre bienes de la Nación, las intendencias, las comisarías, los organismos públicos descentralizados y demás entidades de derecho público de carácter nacional. (**Véase** el **número 289 del índice**).

312.—SUSPENSION PROVISIONAL. (Por qué razón no es posible examinar situaciones de hecho que se interpongan entre la norma jurídica y la providencia administrativa que la viola, para efectos de esta medida). En constante y reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado ha sostenido que la suspensión provisional no es viable cuando el ostensible

Páginas

quebrantamiento de las disposiciones superiores de derecho que se invocan en la demanda no surge del cotejo directo e inmediato de ellas con el acto administrativo impugnado, sino de situaciones de hecho que se interponen entre la norma objetiva y la providencia que la infringe. Esa doctrina se funda en la naturaleza misma de la suspensión, en motivos de oportunidad, y en razones de orden procesal. Como la eficacia de la prueba está condicionada, en gran parte, por los requisitos de su publicidad y contradicción; como el pronunciamiento ha de hacerse en el periodo inicial del juicio y sobre la base de los elementos aportados por el actor únicamente; y como hasta ese instante los posibles interesados y el Ministerio Público ignoran la existencia del litigio y no han tenido oportunidad de tachar los documentos acompañados, de analizar las otras demostraciones, ni de incorporar al negocio las que consideren necesarias para desvirtuar los primeros, la prueba en realidad se mantiene secreta para las otras partes y, por ende, no ofrece los mismos factores de certeza que arrojaría una vez que fuera publicada y contradicha. Hay, hasta ese momento, una situación de desequilibrio y desigualdad entre el demandante y los eventuales impugnadores, que obliga al juzgador a ser especialmente cauteloso y prudente en la apreciación de las pruebas y en la adopción de un criterio sobre la materia litigiosa. La sentencia definitiva es, pues, el lugar adecuado para fijar el pensamiento del fallador sobre aquellas situaciones de hecho y sobre las consideraciones de derecho en que se apoyan los actos enjuiciados y los ataques dirigidos contra ellos. (**Auto** de 21 de marzo de 1963; Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo; Consejero Sustanciador, Dr. Carlos Gustavo Arrieta) ... 217

— T —

313.—TASAS E IMPUESTOS. (Elementos de diferenciación. Los servicios de aseo y alumbrado públicos constituyen tasas, no impuestos).—El concepto de los servicios de aseo y alumbrado públicos no puede ser involucrado en el de impuestos y contribuciones como lo hace el actor y lo acepta el a-quo en su sentencia, pues que constituyen categorías muy distintas de recaudos fiscales. Es cierto que en el lenguaje común se suele dar el nombre de impuesto a todo lo que se paga al erario, y que esa indeterminación puede apreciarse hasta en algunos textos legales en que el legislador no ha considerado necesario hacer la distinción entre impuestos, contribuciones y tasas. Pero la doctrina tiene perfectamente establecida la diferenciación entre esos conceptos y definido nitidamente qué constituye el impuesto y qué la tasa. Ya no hay equivoco alguno respecto a que al impuesto lo distinguen ser una prestación pecuniaría que eroga el contribuyente sin contraprestación y sólo por el hecho de pertenecer a una comunidad política y que ape-

Páginas

nas se concibe organizada; el ser forzosa y poderse exigir coactivamente, y el cobrarse de conformidad con una reglamentación y no por el arbitrario poder del Estado. La tasa, a su turno, se distingue porque ella se paga para compensar una prestación del ente público, en razón de un do ut des imprescindible de mantener cuando se trata de amortizar el gasto que ha originado un servicio y de proveer al sostenimiento y reparación de los equipos. Por lo mismo, no puede entenderse que la exención del pago por servicios de aseo y alumbrado, pago que corresponde a una tasa, quedó incluida en la exención de impuestos y contribuciones establecida en las disposiciones que reglamentan la Caja de la Vivienda Militar. Además de que sería injusto y contrario a las normas constitucionales que establecen la separación de los patrimonios de la Nación, los Departamentos y los Municipios, imponer a uno de los últimos una carga que le implica una erogación sin la entrada que la compense. (Sentencia de 13 de marzo de 1963; Sala de lo Contencioso Administrativo; Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez) 500

314.—**TECNICA. (De la demanda contencioso administrativa).**—No es de recibo enunciar genéricamente una serie de estatutos legales, sin puntualizar la o las disposiciones que se estiman infringidas por el acto, hecho u operación administrativos. **(Véase el Nº 99 del índice).**

315.—**TERCEROS Y PARTE INTERESADA.** —Alcance de estos conceptos según los articulos 11, 12 y 13 del Decreto número 2733 de 1959. **(Véase el número 228 del índice).**

316.—**TERMINO PROBATORIO.** (Carecen de él los juicios electorales de que conoce el Consejo de Estado en segunda instancia). **Véase el número 128 del índice.**

317.—**TITULO EJECUTIVO.**—La enunciación de documentos provistos de fuerza compulsiva que traen los articulos 982 y 1059 del C. J. no es taxativa. Por ello, una resolución administrativa que declara la caducidad de un contrato puede prestar mérito ejecutivo, si de ella resulta una obligación clara, expresa y actualmente exigible. Para dictar mandamiento ejecutivo sólo debe examinarse el titulo y éste, para ser tal, debe contener una obligación que reuna los requisitos anteriormente citados. La legitimidad del instrumento de recaudo ejecutivo no puede controvertirse, en lo esencial, sino en el momento de las excepciones; entonces se establece por las pruebas y contrapruebas el hecho en que el título se afianza o el que sirva para destruirlo. Antes, ello no es posible por la índole misma del procedimiento ejecutivo. (Auto de 7 de junio de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Jorge de Velasco Alvarez) 750

318.—**TITULOS EJECUTIVOS. (Notificación de ellos a los herederos del causante. Artículo 1434 del C.C.).**—Debe hacerse no sólo dentro del juicio

ejecutivo, sino en las medidas preventivas que generalmente anteceden. **(Véase el número 220 del índice).**

319.—**TRABAJADORES JUBILADOS. (Cómo deben reintegrar las cesantías parciales que les hayan sido cubiertas cuando, después de pensionados, han reintegrado al servicio).** Como el literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 se refiere, según se deduce de su contenido, a los trabajadores que van a ser jubilados, la situación jurídica de este caso es sustancialmente diferente y no puede ser gobernada por el texto citado. En efecto, se trata entonces, de una cesantía excedente a los 20 años de servicios que causan la prestación jubilatoria, cuyo reintegro debe verificarse descontando totalmente de la cesantía definitiva el monto de los auxilios parciales, toda vez que no existe norma alguna que autorice la deducción por cuotas. **(Véanse los números 59 y 269 del índice).**

320.—**TRABAJADORES. (Al servicio de establecimientos públicos u organismos descentralizados que prestan un servicio público. Naturaleza del vínculo que los relaciona).**—Del texto del artículo 4º del Decreto Reglamentario número 2127 de 1945 se ha derivado el convencimiento de que dos son las formas en que el particular puede vincularse al servicio público o a las entidades que lo integran: la forma tradicional, o sea la de relación de derecho administrativo aludida en la primera parte del citado artículo 4º, y la forma contemplada en la parte final de la misma disposición, es decir la vinculación de naturaleza contractual cuando el trabajo se presta en las obras, instituciones o servicios allí indicados. Pero tanto la jurisprudencia laboral como la administrativa han discrepado sobre si para los fines de determinar el carácter de la vinculación ha de tenerse en cuenta el aspecto formal de ella o la naturaleza misma de las funciones que deban cumplirse. Es así como en fallo de 30 de julio de 1960 (**Anales**, T. LXII, pág. 555) el Consejo de Estado concluyó que en los órdenes nacional, departamental y municipal, incluidos los establecimientos públicos y demás personas administrativas, la vinculación legal y reglamentaria es la norma general y la contractual la excepción, y acogió la tesis de que cuando las funciones desempeñadas son de carácter técnico o científico, los empleados son los responsables del servicio público, cualquiera que sea la forma de su vinculación, y en tales casos no puede suponerse la existencia de una relación de carácter contractual sino de índole administrativa. Sin embargo, el propio Consejo, en decisión de 16 de mayo de 1961 sentó la tesis contraria y acogió el criterio según el cual quienes presten sus servicios a un establecimiento público u organismo descentralizado, están vinculados por relación de índole contractual y por tanto, sus acciones sólo pueden ventilarse ante la justicia especial del trabajo. Para arribar a tales conclusiones, partió la

Páginas

Corporación de la base de la naturaleza de la función u objeto a que se destina el establecimiento u organismo descentralizado; de las razones que determinan su creación; de si las funciones que ejercen son o no propias de la autoridad pública y de su desvinculación de la administración pública, a través de la personería propia que el Estado les otorga al crearlos (**Anales**, T. LXIII, página 373). Por tanto, sea que se considere a la "Cooperativa de Municipalidades de Antioquia, Ltda." como persona jurídica de derecho privado o que se la tenga como un establecimiento público descentralizado, la competencia para el conocimiento de las controversias surgidas entre ella y sus trabajadores, incumbe a la justicia laboral y no a la de lo contencioso administrativo, tesis que se ve respaldada tanto por los artículos 6º y 10º del Código de Procedimiento del Trabajo, como por el numeral 1º del artículo 73 del C.C.A. En consecuencia, en este caso debe declararse probada la excepción de incompetencia de jurisdicción. (**Sentencia** de 6 de junio de 1963; Sala de Negocios Generales —Conjueces—; Conjuez Ponente, Dr. Blas Herrera Anzoátegui, con salvamento de voto del Conjuez Dr. Carlos Didacio Alvarez) 401

321.—TRABAJADORES OFICIALES. (Vinculación a la administración por situación legal y reglamentaria o por contrato de trabajo. Enunciación y análisis de los planteamientos jurisprudenciales que ha suscitado el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945).—Distintos puntos de referencia ha tomado la jurisprudencia para determinar la distinción entre los trabajadores oficiales vinculados a la administración por una situación legal y reglamentaria y aquellos sometidos al régimen del contrato de trabajo, a saber: a) el aspecto formal, determinado por el nombramiento y la posesión, constitutivo del llamado acto-condición; b) el aspecto funcional, constituído por la naturaleza de la actividad a que la entidad donde surge el conflicto se dedica; c) el de la doble personalidad del Estado (de derecho público y privado) para afirmar que cuando actúa como persona de derecho privado, puede celebrar contratos de trabajo; d) el de la actividad especifica desarrollada por el trabajador, independientemente de la naturaleza de la entidad; y e) el de aplicación estricta en unos casos y por similitud en otros, de lo indicado por el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945. El planteamiento del primer punto, ha sido considerado por modo general como formalista, por cuanto hace radicar la naturaleza de la relación jurídica en un aspecto de ella que no es esencial y puede conducir a actos de arbitrariedad por cuya virtud se prive a los trabajadores de contratos de trabajo ya existentes, o al menos autorizados para posterior celebración. Es, desde luego, elemento indispensable de la investidura en verdaderos funcionarios, pero carece de importancia para el esclarecimiento de lo discutido en todos aquellos servidores del Estado que no tienen ese carácter aunque deban cumplir el requisito. De mucha

mayor trascendencia es el aspecto funcional (b) coordinado con el referido en el literal d), pues permite una colocación más racional dentro del espíritu y términos del articulo en mención que, por una parte y y a manera de ejemplo, cita una serie de actividades administrativas donde inequivocamente existe contrato de trabajo con el Estado, y de otra señala unas pautas comparativas o de similitud para facilitar la extensión de la noción contractual. Ofrece una distinción, ínsita en el Decreto, entre actividades meramente politicas (exclusivas y propias de la administración) y actividades técnicas, agricolas, ganaderas, etc.) por naturaleza apolíticas y no exclusivas de la administración aunque ella las preste. Y lleva, por tanto, á afirmar que en todos aquellos sectores de la administración en que no se esté frente a la primera clase de actividades hay entre ella y quienes le prestan sus servicios personales una relación contractual laboral. O por decirlo mejor, que en aquellas actividades que son propias y exclusivas del Estado y que son especificamente una expresión politica de su existencia, como los servicios primarios y de seguridad, la relación jurídica será de derecho público; y que en aquellas otras que no tengan ese carácter sino que impliquen servicios de otra naturaleza, especialmente técnica, prestados a través de empresas, establecimientos oficiales o semioficiales, entidades de economía mixta, la relación jurídica es contractual y se encuentra sometida a las leyes propias del contrato de trabajo, tanto en lo sustantivo como en lo procesal. Cabe por tanto dentro de esta concepción, la posibilidad señalada como punto diferencial en el literal d), hasta el extremo de haberle permitido al Tribunal Supremo del Trabajo, afirmar con razón que, con base en el precepto comentado, "tanto las entidades de derecho público como las personas administrativas autónomas deben tener la posibilidad de celebrar contratos de trabajo" (Casación, agosto de 1952). Los argumentos de la doble personalidad del Estado (c), y de la aplicación estricta o por similitud del artículo 4º (e), no ofrecen, como la tesis anterior, una posibilidad tan completa para englobar los distintos aspectos del problema. La primera, tomada de la división clásica sentada por el derecho administrativo, sugiere la idea de que sólo es posible la celebración de contratos de trabajo por las entidades públicas cuando actúan como personas y por los procedimientos del derecho privado, asimilando el tipo de contratación laboral a los que celebra el Estado para arrendar un inmueble, por ejemplo. Y es un hecho admitido ya por toda la doctrina laboral que entre esas clases de contratos y el de trabajo hay diferencias radicales de naturaleza y contenido, de suerte que no pudiendo ser identificados, tampoco es factible hallar identidad en las fuentes y competencia de la contratación. Y esto, sin entrar a examinar las consecuencias de un hecho ya aceptado en general por la doctrina, como es el de que el derecho del trabajo en todos sus aspectos es una rama

Páginas

del derecho público. El argumento exegético y de similitud (e), si bien es cierto que en la práctica puede ser idóneo para cumplir las finalidades previstas por el Decreto 2127, constituye en sí mismo y en numerosos casos, una argumentación desprovista de vida, ayuna de explicaciones filosóficas y jurídicas, que podría resolver el problema sin explicar por qué lo resuelve. (**Sentencia** de 31 de enero de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, Dr. Guillermo González Charry) 161

322.—**TRANSITORIEDAD.**—Del Decreto Ley Nº 3325 de 1959, por el cual se dictaron algunas disposiciones sobre las elecciones del 20 de marzo de 1960. **(Véase el número 90 del índice).**

323.—**TRES MESES DE ALTA.**—Carece de fundamento la distinción que plantea el Ministerio de Guerra para los tres meses que consagran los artículos 15 de la Ley 100 de 1946 y 17 de la Ley 82 de 1947 pues, si en el primero se trata de una "ficción legal" para la formación de la hoja de servicios del Oficial o Suboficial que es retirado, no se halla la razón para que tal ficción desaparezca para el evento del segundo de los textos citados, tratándose de los herederos del Oficial fallecido, puesto que además de favorecer a los beneficiarios que se encuentran sin protección ante el deceso de quien los sostenía, también necesitan de ese lapso para allegar la documentación necesaria en orden a probar su calidad de herederos y demás requisitos que señala la ley en la reclamación de las prestaciones a que tienen derecho. Por otra parte, la norma del artículo 17 de la Ley 82 de 1947 no establece distinción alguna en relación con las "asignaciones de actividad", y donde la ley no distingue el intérprete no puede hacerlo. (**Sentencia** de 25 de enero de 1963; Sala de Negocios Generales; Consejero Ponente, doctor Alfonso Meluk) 99

— V —

324.—**VACANCIA.** (Del cargo desempeñado por un empleado en uso de licencia vencida que solicita prórroga por justa causa. Qué debe expresar y comprobar). **Véase el número 205 del índice.**

325.—**VEHICULOS. (Su estacionamiento en las vías públicas urbanas).** Competencia de ciertos Concejos Municipales para reglamentar la materia. Ordinal 4º del artículo 7º de la Ley 72 de 1926. **(Véase el número 65 del índice).**

326.—**VIAS PUBLICAS. (Estacionamiento en ellas de vehículos. Competencia de algunos Concejos Municipales para reglamentar esta materia,** según el ordinal 4º del artículo 7º de la Ley 76 de 1926). **Véase el nú-**

Páginas

mero 65 del índice.

327.—**VINCULACION.**—Cuál es la naturaleza de la existente entre los establecimientos públicos u organismos descentralizados encargados de la prestación de un servicio público y sus trabajadores. **(Véase el número 320 del índice).**

328.—**VIVIENDA MILITAR. (Exención del impuesto predial a las viviendas adquiridas a la Caja de la Vivienda Militar:** fecha desde la cual debe concederse la exención, que no comprende el valor de los servicios de aseo y alumbrado públicos, ya que ellos constituyen tasas, no impuestos). **Véase el número 173 del índice.**

FE DE ERRATAS

1. En la nota (3) de la pág. 75 léase: "Publicado en este mismo tomo, págs. 224 y sigs."

2. En las págs. 319 a 343, erróneamente tituladas, léase: "Beneficencia de Antioquia".

3. Dentro del Título II "Orden Departamental", está erróneamente incluída en las págs. 435 a 439, una providencia correspondiente al Título I "Orden Nacional".

4. Pág. 479. - Donde dice "Título III - Orden Nacional", léase: Título III Orden Municipal.

5. En el título de las págs. 701 y 703 léase: "Impuestos renta: Indebida imposición".

6. La sentencia publicada en la pág. 621 debe llevar fecha "8 de julio de 1963" y no 18 de julio.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA