

República de Colombia

Anales del Consejo de Estado

Relator: Carlos Valencia Estrada

AÑO XXI – TOMO XXXVIII

NUMEROS 281 A 283

Bogotá – Imprenta Nacional – 1940

1914

1914

Anales del Consejo de Estado

RELATOR: CARLOS VALENCIA ESTRADA

AÑO XXI — TOMO XXXVIII — Nros. 281 a 283

BOGOTÁ, JULIO A SEPTIEMBRE DE 1939

Juegos prohibidos

Consejero ponente, doctor

TULIO ENRIQUE TASCÓN

No hay necesidad de estudiar si los juegos de que tratan los numerales 1 y 5 a 9 del artículo 13 del Acuerdo número 51 de 1930, expedido por el Concejo de Barranquilla, son de suerte y azar a la luz del artículo 17 del Decreto número 1986 de 1927, pues la Ordenanza número 7 de 1930, del Departamento del Atlántico, los incluye expresamente entre los terminantemente prohibidos, y aunque entre ellos no se menciona la lotería de números, el Consejo de Estado en repetidos fallos ha sentado la doctrina de que este juego es también de suerte y azar.

Consejo de Estado—Bogotá, doce de julio de mil novecientos treinta y nueve.

Ha venido al Consejo en grado de apelación interpuesta por el Personero Municipal, la sentencia de fecha 8 de octubre del año pasado, por la cual el Tribunal Administrativo de Barranquilla declaró nulo el artículo 13 del Acuerdo número 51 de 1930 “sobre rentas y contribuciones del Municipio de Barranquilla,” expedido por el Concejo del mismo Distrito, menos en lo que se refiere a los juegos de riñas de gallos y mesas de billar y de dominó.

El artículo 13 del mencionado Acuerdo dice en la parte acusada lo siguiente:

“Considéranse como juegos permitidos los que en seguida se enumeran y pagarán así:

- | | |
|--|----------|
| 1) Cada bazar, mensualmente | \$ 10.00 |
| 2) Cada mesa de billar, mensualmente | 7.00 |
| 3) Cada mesa de dominó, mensualmente | 5.00 |
| 4) Cada día de riña de gallos | 10.00 |
| 5) Cada mesa de bagatela pagará mensualmente | 20.00 |
| 6) Cada lotería de noventa números, con 24 cartones, por cada ocho horas | 10.00 |

- 7) Cada aparato mecánico de chicles y dulces, por mes .. 15.00
 8) Cada juego de rueda movable, con tiro al blanco, por cada treinta horas 40.00
 9) El juego de Cycle-ball pagará por mes 300.00"

Como la apelación debe entenderse interpuesta en lo desfavorable al recurrente, el Consejo únicamente habrá de estudiar lo relativo a los numerales 1) y 5) a 9), que han sido anulados.

Fue el señor José del Rosario Valbuena Ramos quien por escrito de 10 de agosto del año pasado, en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública, promovió la demanda de nulidad de la parte pertinente del artículo 13 del Acuerdo en cuestión, fundándose en que los juegos allí mencionados eran de suerte y azar y, consiguientemente, violaban las disposiciones legales que los prohíben, y especialmente el artículo 4º de la Ordenanza número 7 de 1930, expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico, que dice:

"Desde la promulgación de esta Ordenanza quedan terminantemente prohibidos los juegos de suerte y azar, tales como bazar, bagatela, aparato mecánico de chicle y juegos de rueda movable, etc., etc."

El demandante citó como fundamentos de derecho las siguientes disposiciones legales: artículo 179 de la Ley 4ª de 1913, el ordinal 41 del artículo 97 de la misma Ley 4ª, el Decreto legislativo número 28 de 1906, la Ordenanza 7 mencionada y las disposiciones de la Ley 130 de 1913 que les dan jurisdicción a los Tribunales Contencioso Administrativos para anular los acuerdos dictados en contravención de la ley y ordenanzas.

Aun cuando el demandante pidió también la suspensión provisional de la disposición acusada, el Tribunal *a quo* por providencia de 1º de septiembre de 1938 se abstuvo de decretarla, exponiendo como razón principal que en el artículo 13 figuraban varios juegos permitidos y que el Acuerdo número 28 de 1935 había modificado en parte el artículo acusado, y que debía entenderse que la modificación era en el sentido de suprimir los juegos que estaban prohibidos por la ley, sin que en el expediente haya de este hecho ninguna prueba.

El fallo de primera instancia anuló los numerales 1) y 5) a 9), por cuanto de la simple confrontación del artículo 13 del Acuerdo 51 con el artículo 4º de la Ordenanza número 7 de 1930, se llega a la conclusión de que los juegos a que se refieren dichos numerales están prohibidos por el artículo 4º de la Ordenanza citada, con excepción de los que se refieren a la riña de gallos y a las mesas de billar y dominó.

Dijo esta corporación en sentencia de 7 de marzo del año en curso que "es verdad que los Concejos están autorizados para gravar los juegos y diversiones públicas, de conformidad con el ordinal f) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913, en armonía con el 1º de la Ley 84 de 1915; pero tal facultad sólo comprende los juegos permitidos, es decir, hay que entenderla en consonancia con las disposiciones vigentes del Código Político y Municipal (artículo 97, numerales 41 y 42), que manda a las Asambleas prohibir los juegos y diversiones públicas que perjudiquen a la moralidad o al desarrollo de la riqueza pública, y aún castigar a los infractores con pena de reclusión hasta por un año, y que les permite reglamentar y gravar los juegos permitidos, o sea aquellos que no son de suerte y azar."

En el caso que se contempla no hay necesidad de estudiar si los juegos de que tratan los numerales 1) y 5) a 9) son de suerte y azar a la luz del artículo 17 del Decreto número 1986 de 1927, expedido por el Presidente de la República, pues la Ordenanza Departamental número 7 de 1930 los incluye expresamente entre los que quedan ter-

minantemente prohibidos, y aunque entre ellos no se mencione la lotería de números, el Consejo en repetidos fallos ha sentado la doctrina de que este juego es también de suerte y azar.

Demostrado, pues, que los numerales del artículo 13 son violatorios de la ordenanza y de las leyes que invoca el actor, el fallo apelado es legal.

Por tanto, el Consejo de Estado administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, confirma la sentencia de primera instancia, en la parte que ha sido materia de recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Elias Abad Mesa—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas. Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Gravámenes a la propiedad urbana

Consejero ponente, doctor
TULIO ENRIQUE TASCON

El principio de que la ley debe ser de carácter general, no impide el que el legislador pueda limitar un gravamen a las propiedades que se encuentren en determinado caso, cuando el objeto del impuesto es no sólo buscar una fuente de ingresos sino también atender a las necesidades del progreso urbano.

Leyes como la 195 de 1936, que faculta a algunos Municipios para aumentar hasta el ocho por mil la tasa del impuesto predial sobre los predios no edificados que queden dentro del perímetro urbano, se inspiran en el mismo propósito del principio constitucional que ha dado a la propiedad una función social. Una de las consecuencias de la declaración de esta función social, es la de poder obligar a edificar a los dueños de lotes situados en las áreas urbanas.

Consejo de Estado—Bogotá, veintiuno de agosto de mil novecientos treinta y nueve.

El señor Braulio Murillo y las señoritas Mercedes y Gilma Murillo, en escrito de fecha 4 de julio del año pasado, pidieron al Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Manizales que hiciera las siguientes declaraciones:

“a) Que son nulos los artículos 1º y 2º del Acuerdo número 16 de fecha 23 de abril de 1937, acto expedido por el honorable Concejo Municipal de Manizales, sancionado por la Alcaldía el 30 del mismo mes, y puesto en vigencia por las corporaciones municipales encargadas de la distribución del impuesto predial.

“b) Que, como consecuencia de la anterior declaratoria, son nulas las Resoluciones de fecha 28 de febrero, expedida ésta por la honorable Junta del Impuesto Predial, por medio de la cual se aprueban las listas de catastro urbano, y la marcada con el número 481 de fecha 9 de abril de 1938, por medio de la cual el honorable Concejo Municipal de Manizales le imparte su aprobación a las listas de catastro urbano y rural correspondientes al presente año, en cuanto con ellas se aprueba y autoriza el cobro de un impuesto predial del ocho por mil.

“c) Que, de conformidad con las anteriores declaratorias, la Junta de Impuesto Predial no podrá exceder en la tasa del impuesto predial de un dos por mil, que es el impuesto que autoriza la ley.”

La demanda enumera los siguientes hechos:

“Primero. La Ley número 34 de 1920, en su artículo 1º señala con toda precisión la tasa del impuesto con que los Departamentos y los Municipios pueden gravar la propiedad raíz, según el numeral 39 del artículo 97 de la Ley 4º de 1913. Se dice en dicha Ley que ese gravamen o tasa no podrá exceder del dos por mil.

“Segundo. Pero sucede, señor Presidente, que el honorable Concejo de la ciudad capital, animado, indudablemente, del más vivo y patriótico deseo de propender por el progreso urbano de la ciudad, dispuso, en su Acuerdo número 16 que he citado, que los predios urbanos no edificados, o inedicados, según palabra textual consignada en el artículo 1º, pagarán un ocho por mil como contribución, o sea *un excedente del seis por mil*.

“Tercero. Somos dueños de algunos solares ubicados en parte central de la ciudad, y algunos de ellos tienen sobre sí el excesivo gravamen catastral, gravamen elevado, el dos por mil, con mayor razón el del ocho, dadas las actuales circunstancias pecuniarias en que nos encontramos por la calamitosa situación que atraviesa actualmente el Departamento de Caldas, donde se han paralizado notablemente los negocios, pues es visible la decadencia comercial, y aun la considerable rebaja que han sufrido de su valor anterior las propiedades, así urbanas como rurales.

“Cuarto. El honorable Concejo aprobó en forma legal las listas del catastro formadas por la Junta de Impuesto Predial, y en dichas listas están debidamente especificadas las propiedades que se nos han gravado con la tasa del ocho por mil, afirmación que comprobamos con los documentos que adjuntamos a nuestra demanda, y además, con los que allegaremos dentro del término probatorio de esta acción.

“Quinto. Nuestra Asamblea Departamental, atendiendo estrictamente los mandatos de la ley, en Ordenanza número 33 de 1930 (mayo 6), en su artículo 163, capítulo IX, dijo lo siguiente:

‘De acuerdo con el numeral 39 del artículo 97 del Código Político y Municipal y la Ley 34 de 1920, los Municipios podrán cobrar un impuesto sobre la propiedad raíz, sin pasar en ningún caso del dos por mil del valor de la propiedad. Este impuesto sólo se podrá invertir en gastos propiamente municipales o en el sostenimiento de la educación pública primaria.’

“Es sumamente claro el precepto copiado. A él ha debido atender el honorable Concejo, puesto que está inspirado en la suprema voluntad del legislador, voluntad que no se puede contrariar, so pena de caer en lamentable error. Se dice que esa contribución podrá emplearse solamente en gastos municipales y sostenimiento de la educación. Todo esto, muy laudable, muy acertado y digno de encomio, porque Manizales ha dado verdaderas muestras de interés por el progreso de la ciudad, así como también por el progreso de la educación pública. Esto no queremos negarlo, antes bien, queremos dejar nuestra constancia de que admiramos la forma honorable y eficiente con que en nuestro concepto se invierten los dineros que el público consigna en las arcas municipales por concepto de contribuciones, servicios, etc.

“Sexto. Habiendo determinado claramente el legislador nacional y departamental la tasa del impuesto predial, es de lógica conclusión que el dicho impuesto debe distribuirse en *términos generales*, y en ningún caso determinando o mejor, particularizando, que no otra cosa es lo que sucede con el Acuerdo Municipal que demandamos. Y es de oportunidad traer aquí el texto del artículo 2º de la ya citada Ordenanza número 33, que a la letra dice:

‘Los actos de la Asamblea Departamental, *de carácter general* (subrayamos nosotros) se denominarán Ordenanzas, y los de los Concejos Municipales, Acuerdos...’

“Séptimo. Siendo de carácter general todos los actos que expiden las corporaciones legislativas, y estando claramente señalada por la ley la forma en que deben proceder, el Acuerdo Municipal que demandamos hoy es absolutamente nulo, y de allí que deba declararse por el honorable Tribunal.

“Octavo. Siendo absolutamente nulo el Acuerdo, como consecuencia lógica y jurídica debe serlo también la resolución expedida por la misma corporación municipal, que lleva fecha 9 de abril de 1938, ‘por medio de la cual se aprueban las listas de catastro urbano y rural correspondientes al presente año.’ Dicha resolución está distinguida con el número 481 y es la que aparece en la copia, folio 3 del expediente que presentamos.

“Noveno. Formulada nuestra reclamación ante la honorable Junta de Impuesto Predial, para que se nos rebajara a lo justamente legal la tasa señalada en las listas de catastro, se nos contestó negativamente, manifestando que dicha Junta no puede modificar el gravamen del ocho por mil, por cuanto que él fue impuesto por el honorable Concejo, de conformidad con el Acuerdo número 16, de abril 23 de 1937.”

Las dos disposiciones acusadas de este Acuerdo rezan así:

“Artículo 1º Fijase en el ocho por mil sobre el avalúo catastral, la tasa del impuesto predial para los lotes inedicados comprendidos entre las calles 10 y 17 y las carreras 11 y 13 de esta ciudad.

“Artículo 2º Una vez aprobado el catastro por el honorable Concejo, la Junta de Impuesto Predial determinará el gravamen que corresponda a cada uno de los predios que estén dentro de las condiciones anotadas en el artículo anterior y de conformidad con el pormilaje en él establecido.”

Los demandantes manifestaron que ejercitaban la acción privada y que pedían la suspensión provisional de los artículos transcritos y de las resoluciones acusadas, por estimar que les causaban graves perjuicios, pero el Tribunal negó tal suspensión, y el Consejo por providencia de 13 de septiembre del año pasado confirmó la negativa.

Como disposiciones violadas se señalaron el artículo 163 de la Ordenanza número 33 de 1930 y el artículo 1º de la Ley 34 de 1920.

El Tribunal desató el juicio con la sentencia de 11 de marzo del año en curso, por la cual declaró que no había lugar a hacer ninguna de las declaraciones pedidas en la demanda, por no ser nulos los actos acusados.

De esta sentencia apelaron los demandantes, y como en esta corporación se han surtido los trámites propios de la instancia, se procede a dictar el fallo que corresponde, previas las siguientes consideraciones:

Es cierto que el artículo 1º de la Ley 34 de 1920, que se indica como disposición violada, dice que la tasa del impuesto con que los Departamentos o los Municipios pueden gravar la propiedad raíz, según el numeral 3º del artículo 97 de la Ley 4ª de 1913, no podrá pasar del dos por mil; pero no menos cierto es que los Municipios que son capitales de Departamento, como es el caso de Manizales, están autorizados para cobrar una tasa mayor, conforme a las disposiciones que pasan a estudiarse.

La Ley 72 de 1926, sobre facultades al Municipio de Bogotá, autorizó al Concejo para organizar libremente sus rentas, sin necesidad de previa autorización de la Asamblea y para crear, sin esa autorización, los impuestos y contribuciones que estimara necesarios, dentro de la Constitución y las leyes. El artículo 19 de esta Ley dispuso que ella rigiera para todas las capitales de Departamento y para las ciudades de 50.000 o más habitantes, artículo que fue derogado por la Ley 1ª de 1928.

El artículo 17 de la Ley 94 de 1931 dispuso lo siguiente:

“Autorízase al Concejo Municipal de Bogotá para gravar la propiedad raíz urbana que quede dentro de sus límites, hasta con un cinco por mil sobre el avalúo catastral, impuesto dentro del cual queda comprendido el valor de los servicios de aseo, alumbrado y vigilancia.”

Posteriormente la Ley 89 de 1936, por la cual se hacen extensivas a algunos Municipios del país las facultades concedidas en la Ley 72 de 1926 al Municipio de Bogotá, y se dictan otras disposiciones sobre régimen municipal, por su artículo 1º extendió dichas facultades a los Municipios que tengan un presupuesto anual que no sea menor de un millón de pesos, y por su artículo 2º a los demás Municipios que sean capitales de Departamento o cuyo presupuesto anual no sea inferior a trescientos mil pesos.

En el mismo año de 1936, la Ley 195 dispuso lo siguiente:

Artículo 1º "Además de las facultades conferidas por la Ley 72 de 1926, el Concejo Municipal de Bogotá tendrá las siguientes:

a)

b) Dictar las medidas que sean conducentes para determinar el perímetro urbano de la ciudad y señalar las obligaciones, tanto de los propietarios particulares de inmuebles, como de las empresas urbanizadoras;

c) Aumentar hasta el ocho por mil la tasa del impuesto predial fijada por el artículo 17 de la Ley 94 de 1931, sobre los *predios no edificados que queden dentro del perímetro urbano*, teniendo en cuenta para el aumento del impuesto la importancia comercial del predio que se trata de gravar, las exigencias del desarrollo urbano y las circunstancias económicas del propietario.

Artículo 2º "Las facultades de que tratan los ordinales b) y c) de que habla la presente Ley, se harán extensivas a los Municipios que se encuentren en las condiciones exigidas por los artículos 1º y 2º de la Ley 89 de 1936."

Si, pues, este artículo extendió a las capitales de Departamento la facultad de aumentar hasta el ocho por mil la tasa del impuesto predial sobre los *predios no edificados que queden dentro del perímetro urbano*, teniendo en cuenta para el aumento del impuesto la importancia comercial del predio que se trata de gravar, las exigencias del desarrollo urbano y las circunstancias económicas del propietario, síguese que los artículos 1º y 2º del Acuerdo número 16 de 1937 no son violatorios de la Ley 34 de 1920, porque ésta ha sido posteriormente modificada.

Por la misma razón tampoco el Acuerdo número 16 de 1937 es violatorio del artículo 163 de la Ordenanza número 33 de 1930, pues ésta fue dictada con anterioridad a la expedición de la Ley 195 de 1936, que dio al Municipio de Manizales, como capital de Departamento, la facultad de gravar con el ocho por mil los predios no edificados dentro del perímetro urbano.

El otro concepto por el cual se acusan los artículos 1º y 2º del Acuerdo número 16, es por no establecer una contribución de carácter general sino particularizada para los lotes no edificados que estén comprendidos entre las calles 10 y 17 y las carreras 11 y 13 de la ciudad de Manizales. Mas ya se vio que el artículo 1º de la citada Ley 195 autorizó a los Municipios para aumentar hasta el ocho por mil el impuesto sobre los predios que queden dentro del perímetro urbano, teniendo para ello en cuenta la importancia comercial del predio y las exigencias del desarrollo urbano, lo que es muy razonable, porque si hay motivos que justifiquen la obligación de edificar en el centro de las poblaciones, no sucede lo mismo respecto de los barrios no centrales, y como advierte el Tribunal *a quo* en el fallo que se revisa, los lotes a que se refiere el Acuerdo número 16 "están situados en la parte más central de la ciudad de Manizales, en la zona de mayor importancia comercial, pues uno de ellos se halla en el mismo costado lateral de la plaza principal de la capital de Caldas y los otros en calles y carreras donde tiene el comercio su mayor actividad."

El principio de que la ley debe ser de carácter general, no impide el que el legislador pueda limitar el gravamen a las propiedades que se encuentran en el mismo caso cuando el objeto del impuesto es no sólo buscar una fuente de ingresos para el Erario sino también atender a las necesidades del progreso urbano.

Las Leyes a que atrás se ha hecho referencia se inspiran en el mismo propósito del principio constitucional que ha dado a la propiedad una función social, pues como dice el profesor Duguit, una de las consecuencias de la declaración de esta función social de la propiedad es la de poder obligar a edificar a los dueños de lotes situados en las áreas urbanas.

Demás está decir que el artículo 5º del Acto legislativo número 3 de 1910 en que se basa el alegato de la parte apelante, fue derogado por el artículo 34 del Acto legislativo número 1º de 1936.

Si por estas consideraciones no resulta demostrada la nulidad de los artículos 1º y 2º del Acuerdo número 16 de 1937, tampoco resulta demostrada la de las Resoluciones de fechas 28 de febrero y 9 de abril de 1938, dictadas respectivamente, por la Junta del Impuesto Predial y por el Concejo Municipal de Manizales, puesto que la demanda basa la nulidad de estos actos únicamente en la nulidad del Acuerdo en cuyo cumplimiento fueron dictadas.

No hay, pues, razón de orden legal para revocar el fallo de primera instancia.

Por tanto, el Consejo de Estado administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, confirma la sentencia que ha sido materia de la apelación.

Cópiase, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Eliás Abad Mesa—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V., Secretario.

Impuesto de vehículos

Consejero ponente, doctor

TULIO ENRIQUE TASCÓN

Los Concejos Municipales de las capitales de Departamento no necesitan de previa autorización de la Asamblea respectiva para crear el impuesto de patentes sobre vehículos, porque el artículo 2º de la Ley 89 de 1936 extendió a los Municipios capitales de Departamento las disposiciones de la Ley 72 de 1926, cuyo artículo 6º autoriza para organizar libremente las rentas y crear impuestos y contribuciones dentro de la Constitución y las leyes, sin necesidad de previa autorización de la Asamblea.

Consejo de Estado—Bogotá, veinticinco de agosto de mil novecientos treinta y nueve.

El señor Eduardo Castro A., Personero Municipal de Santa Marta, con la debida autorización del Concejo, por escrito del 21 de enero del año en curso, pidió al Tribunal Contencioso Administrativo de la misma ciudad, que declarara nulos el artículo 6º de la Ordenanza número 96 de 1938 y los artículos 28 y 29 de la Ordenanza número 121 del mismo año, expedidas ambas por la Asamblea Departamental del Magdalena. Pidió además, que se ordenara el reintegro de las sumas cobradas por el Departamento del Magdalena durante la vigencia de las disposiciones acusadas.

Como hechos de la demanda enumeró los siguientes:

“Primero. Desde hace tiempo el Municipio de Santa Marta, con apoyo en los artículos 1º (ordinal f), de la Ley 97 de 1913 y 1º (ordinal a), de la Ley 84 de 1915, y autorizado por la Asamblea (Ordenanza número 24 de 1928), tiene establecido el impuesto de vehículos, inscripciones de los mismos, placas y patentes de choferes.

“Segundo. Según la Ley 72 de 1926, que rige para esta ciudad de conformidad con el artículo 2º de la Ley 89 de 1936, el Concejo de este Municipio tiene autorizaciones amplísimas no sólo para la organización y cobro de sus rentas, sin intervención de la Asamblea Departamental, sino que puede, además, crear los impuestos que estime necesarios dentro de la Constitución y las Leyes. Tales facultades sólo tienen por límite la Constitución y la Ley, en cuanto establecen determinada condición para la viabilidad de los impuestos; y en uso de ellas, el Municipio de Santa Marta ha continuado reglamentando y cobrando los expresados gravámenes sobre vehículos, etc.

“Tercero. Según las disposiciones de las leyes citadas y de conformidad también con la parte final del artículo 1º de la Ley 91 de 1931, el impuesto de vehículos es exclusivamente municipal.

“Cuarto. Al disponer la Asamblea Departamental del Magdalena por medio de los preceptos que acuso, la fijación y reglamentación del impuesto de vehículos por la Gobernación y su ingreso al Tesoro Departamental, viola abiertamente las disposiciones citadas de las Leyes 97

de 1913 y 91 de 1931, y desconoce el derecho que el Municipio de Santa Marta tiene para percibir y reglamentar el impuesto sobre vehículos, etc., de conformidad con el artículo 6º de la Ley 72 de 1926.

“Quinto. Los artículos acusados de las Ordenanzas 96 y 121 de 1938 infringen *prima facie* la ley, ocasionan indudable quebranto al orden jurídico establecido en el país, y causan grave perjuicio al Fisco del Municipio que represento.”

Además de las disposiciones citadas en los hechos de la demanda, señaló como disposiciones violadas: el artículo 145 de la Ley 4ª de 1913, el 6º de la Ley 71 de 1916 y el numeral 3º del artículo 179 de la Ley 105 de 1931.

Al expediente se trajeron, debidamente autenticados, los números 2702 y 2704 de la *Gaceta Departamental* del Magdalena en que se publicaron los actos acusados y el Acuerdo número 7 de 1938, expedido por el Concejo de Santa Marta, “sobre impuestos, contribuciones y servicios municipales para el año de 1938,” en el cual consta que a partir del 1º de abril del mismo año se dispuso cobrar en el mencionado Municipio el impuesto de vehículos, inscripción de ellos y patentes de choferes (artículos 26, 27 y 28).

El Tribunal Contencioso Administrativo de Santa Marta por sentencia de 17 de marzo del año en curso falló el negocio así:

“Son nulos el artículo 6º de la Ordenanza número 96 de 1938, y los artículos 27, 28 y 29 de la Ordenanza número 121 del mismo año, expedidas ambas por la Asamblea Departamental del Magdalena.

“De acuerdo con el artículo 3º de la Ley 80 de 1935, son asimismo virtualmente nulos los decretos que se hubieren dictado en desarrollo de tales artículos, en lo que les fuere pertinente.

“El Departamento reintegrará al Municipio de Santa Marta las sumas que hubiere recaudado por razón de los impuestos de patente, marca, circulación, etc., a que se refieren los artículos anulados.”

El Magistrado Jesús Aguirre salvó su voto en cuanto a los dos últimos puntos, fundándose en que la demanda no hacía alusión a la nulidad de los decretos dictados en desarrollo de los artículos anulados, y en que no era el caso de reintegrarle al Municipio de Santa Marta unas sumas que no había solicitado con acción privada ni con demostración de la lesión causada a sus derechos.

El Fiscal del Tribunal apeló de la sentencia, y venidos los autos a esta superioridad, se procede a decidir el recurso, llenados como están los trámites propios de la instancia.

Las disposiciones acusadas son del tenor siguiente:

“Ordenanza número 96, artículo 6º El valor de las patentes de idoneidad para el manejo de vehículos, los de las placas de enumeración y del valor de las multas que se impongan por transgresiones al reglamento de tránsito, ingresarán al Tesoro Departamental y será destinado exclusivamente a la apertura y conservación de las vías carretables. Para dicho efecto se llevará en cuenta especial, y su producido no podrá distraerse en asuntos distintos de los que trata la presente Ordenanza.”

“Ordenanza número 121, artículo 27. Los impuestos de que trata el artículo 6º de la Ordenanza número 96 de 1938, serán fijados por la Gobernación dentro de la siguiente tarifa:

“Patente de idoneidad, uno a tres pesos, y placas de numeración, de uno a tres pesos.

“Artículo 28. Créase el impuesto de vehículos que será fijado por la Gobernación, sin salirse de un peso como mínimo y siete pesos como máximo.

“Artículo 29. El Gobernador por medio de decretos reglamentará el tránsito en el Departamento.”

El artículo 1º de la Ley 97 de 1913, que se invoca en el hecho primero de la demanda, dice en lo pertinente:

“Artículo 1º El Concejo Municipal de Bogotá puede crear libremente los siguientes impuestos y contribuciones, además de los existentes hoy legalmente; organizar su cobro y darles el destino que juzgue más conveniente para atender a los servicios municipales, sin necesidad de previa autorización de la Asamblea Departamental:

“f) Impuesto de patentes sobre carruajes de todas clases y vehículos en general, incluidos los automóviles y velocipedos....”

El artículo 7º de la misma Ley dijo:

“Artículo 7º Las Asambleas Departamentales pueden autorizar a los Municipios, según la categoría de éstos, para imponer las contribuciones a que esta ley se refiere, con las limitaciones que crean convenientes.”

La Ley 84 de 1915, que es la otra citada en la demanda, reformó y adicionó el Código de Régimen Político y Municipal y la citada Ley 97 de 1913 diciendo:

“Artículo 1º Los Concejos Municipales tendrán las siguientes atribuciones, además de las que les confiere el artículo 169 de la Ley 4ª de 1913:

“a) Las que le fueron conferidas al Municipio de Bogotá por el artículo 1º de la Ley 97 de 1913, excepto la de que trata el inciso b) del mismo artículo, siempre que las Asambleas Departamentales les hayan concedido o les concedan en lo sucesivo dichas atribuciones....”

De manera que se tiene que bajo el imperio de las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915, el Municipio de Bogotá podía crear impuestos sobre vehículos sin necesidad de previa autorización de la Asamblea de Cundinamarca, y los demás Municipios de la República, siempre que las Asambleas Departamentales los autorizaran para ello.

Pero este estado de cosas ha cambiado hoy: ya los Concejos Municipales de las capitales de Departamento no necesitan de previa autorización de la Asamblea Departamental respectiva para crear el impuesto de patentes sobre vehículos, porque el artículo 2º de la Ley 89 de 1936 extendió a los Municipios que sean capitales de Departamento, o cuyo presupuesto anual no sea inferior a trescientos mil pesos, las disposiciones de la Ley 72 de 1926, con excepción de las contenidas en los artículos 3º y 5º de dicha Ley.

De modo que para el Municipio de Santa Marta rige el artículo 6º de la citada Ley 72 de 1926, que dice:

“Artículo 6º El Concejo Municipal de Bogotá puede organizar libremente sus rentas, percepción y cobro, ya por administración directa, delegada o por arrendamiento, y darles el destino que juzgue más conveniente para atender a los servicios municipales y sin necesidad de previa autorización de la Asamblea Departamental. Puede además sin esa autorización crear los impuestos y contribuciones que estime necesarios, dentro de la Constitución y las leyes.”

Está pues, en lo cierto el Personero Municipal de Santa Marta cuando afirma que el Concejo de ese Distrito podía sin autorización de la Asamblea crear los impuestos y contribuciones que estime necesarios, dentro de la Constitución y las leyes y, por consiguiente, no había necesidad de invocar la Ordenanza número 24 de 1928, que autorizó al Municipio para establecer el impuesto sobre patentes de vehículos, para llegar a la conclusión de que el Municipio de Santa Marta estaba legalmente autorizado para crear y organizar dicho impuesto.

En cambio, ninguna ley ha autorizado a las Asambleas para crear en favor de los Departamentos el impuesto de que se trata.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado en sentencia de 15 de mayo de 1935, refiriéndose al impuesto de que tratan el artículo 1º de la Ley 97 de 1913 y el 1º de la Ley 84 de 1915, expresó lo siguiente: "Con esta disposición, el legislador, de manera clara, hizo municipal esta clase de gravámenes, y al autorizar a los Concejos para establecerlo, implícitamente prohibió a los Departamentos que los crearan para sí, ya que no es permitido gravar doblemente cualquier objeto, industria o actividad humana. Además, las Asambleas no pueden crear impuestos o contribuciones sin que para ello estén autorizadas por la Ley, y no existe disposición alguna que las faculte para crear el impuesto de matrículas de vehículos." (*Anales del Consejo*, tomo XIX, páginas 483 y siguientes).

Bastan estas consideraciones para llegar a la conclusión de que el fallo de primera instancia es legal en cuanto anula el artículo 6º de la Ordenanza número 96 de 1938 y los artículos 27, 28 y 29 de la Ordenanza número 121 del mismo año, expedidas por la Asamblea del Departamento del Magdalena.

En cuanto a la parte de la sentencia que declara virtualmente nulos los decretos dictados en desarrollo de tales artículos, en lo que les fuere pertinente, no considera el Consejo que el Tribunal *a quo* haya fallado *ultra petita*, puesto que si esta declaración no era necesario hacerla a solicitud de parte por ir implícita en la declaración principal, no se agrega con ello nada al fallo, ya que el artículo 3º de la Ley 80 de 1935 dice:

"Cuando se anule una ordenanza, algún otro acto de las Asambleas Departamentales, o un Acuerdo Municipal, en todo o en parte, quedan virtualmente nulos, en lo pertinente, los decretos o reglamentos respectivos."

En lo que se refiere al otro punto de la parte resolutive, o sea a la orden dada al Departamento para reintegrarle al Municipio de Santa Marta las sumas que hubiere recaudado por razón de los impuestos de patente, marca, circulación, etc., estima el Consejo que no es el caso de ordenar dicho reintegro.

El artículo 4º de la Ley 80 de 1935 faculta a los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo y al Consejo de Estado, cuando se ejercite la acción privada, para determinar la manera como deba restablecerse el derecho violado, siempre que así se haya solicitado. Y en el caso que se contempla, no aparece en ninguna parte de la demanda que el Personero Municipal haya ejercido la acción privada que compete al Municipio, y antes bien, consta en el oficio número 209 de 31 de diciembre del año pasado, que el Concejo sólo autorizó al Personero para pedir la nulidad de los artículos de las Ordenanzas números 96 y 121 que han sido materia de la acusación."

Fuera de eso, la demanda lo que dice en lo pertinente, es esto:

"Pido, además, se ordene el reintegro de las sumas cobradas por el Departamento del Magdalena durante la vigencia de las disposiciones acusadas."

No expresó el demandante que el reintegro lo pidiera para el Tesoro Municipal, y no tenía acción para pedirlo para los contribuyentes, porque ya se ha visto que tal devolución sólo podía reclamarse con acción privada, a solicitud de las personas lesionadas. Es claro que si el cobro de los impuestos a que se refieren las Ordenanzas 96 y 121 fue ilegal, los que tendrían acción para reclamar el reintegro de las sumas indebidamente cobradas serían los contribuyentes. Además, no hay ninguna disposición legal que autorice a los Departamentos para recaudar impuestos municipales ni fijar su tasa, etc., de modo que el Municipio de Santa Marta no puede tener derecho para pedir el reintegro de contribuciones que no han sido recaudadas como impuesto municipal sino, a título de impuesto departamental. Fuera de que no se sabe si el Mu-

nicipio dejó de cobrar el impuesto sobre vehículos, inscripciones y patentes de choferes a que se refiere el Acuerdo número 7 de 1938, por virtud de haber entrado en vigencia las Ordenanzas 96 y 121 tantas veces mencionadas.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo en parte con el concepto del señor Fiscal, reforma la sentencia que ha sido materia de la apelación, así:

La confirma en los dos primeros puntos de su parte resolutive, y la revoca en el punto tercero, o sea en cuanto ordena al Departamento reintegrarle al Municipio de Santa Marta las sumas que aquél hubiere recaudado por razón de los impuestos de patente, marca, circulación, etc., a que se refieren los artículos anulados.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Elias Abad Mesa—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas. Carlos Rivadeneira G.—Luis E. Garcia V., Secretario.

Irretroactividad de las presunciones legales

Consejero ponente, doctor
TULLIO ENRIQUE TASCON

Si las presunciones legales no son medios probatorios, a que quepa aplicar las teorías de la retroactividad de las leyes que amplían los medios de prueba, sino una dispensación de la prueba que tiene como resultado invertir los papeles, descargando la obligación de producir la prueba sobre la parte a la cual no incumbe según las reglas generales del derecho, hay que concluir que las leyes que establecen presunciones legales, no pueden tener efectos retroactivos, porque vendrían a vulnerar situaciones jurídicas subjetivas, individuales y concretas, legítimamente adquiridas conforme a la ley vigente al tiempo de la celebración del acto a que pretende aplicarse la presunción.

Ninguna ley que establezca la presunción de dolo puede tener efecto retroactivo, porque conforme al artículo 24 de la Constitución nadie puede ser penado "ex post facto" —y esta pena se refiere tanto a la sanción civil como a la criminal—, sino con arreglo a ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinádose la pena correspondiente.

Consejo de Estado—Bogotá, doce de septiembre de mil novecientos treinta y nueve.

Por memorial presentado al Consejo el 21 de abril del año en curso, el doctor Alberto Aguilera Camacho, obrando como apoderado de los señores Pedro Bossio G., Julia Watts de Bossio, Felipa María Bossio de Rumié, Julia Leonor Bossio de Araque y Juana Bossio de Bentley, ejercitando las acciones pública y privada, demandó la nulidad de la Resolución número 396 de 30 de diciembre de 1938, por la cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público aprobó las Resoluciones números 1350 de 25 de octubre de 1938 y 1587 de 7 de diciembre del mismo año, firmadas por el Secretario General del Ministerio, por las que dicho Despacho confirmó las Resoluciones números 22, 23, 24 y 25 de 1937, dictadas por el Inspector Seccional de Rentas Nacionales de Cartagena.

Pidió asimismo que se decretara la suspensión provisional de los actos acusados, para evitar los graves perjuicios que su cumplimiento acarrearía a sus poderdantes, y el Consejero Sustanciador, en providencia de 2 de mayo del año en curso, decretó tal suspensión, sin que la providencia fuera apelada por el Ministerio Público.

Los hechos en que el doctor Aguilera Camacho basó su demanda pueden sintetizarse así:

Por escritura pública número 263 de 14 de marzo de 1927, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Cartagena, el señor Pedro Bossio G. le

vendió a su hija Felipa Maria Bossio, cinco casas ubicadas en la ciudad de Cartagena y situadas en las calles del Cuartel, la Factoria, la Universidad y Cúcuta, más veinticinco acciones en una sociedad anónima, todo por precio de treinta mil pesos que el vendedor declaró tener recibidos a su satisfacción.

Por escritura número 264, de la misma fecha y de la misma Notaría, el mismo señor Pedro Bossio G. le vendió a su hija Julia Leonor Bossio, cuatro casas, situadas también en la ciudad de Cartagena, en las calles de los Mártires, del Colegio y del Landrinal, por un precio total de treinta y cinco mil pesos, que igualmente declaró tener recibidos a su satisfacción.

Por escritura pública número 111 de 14 de febrero de 1931, pasada ante el Notario 2º del Circuito de Cartagena, la señorita Juana Bossio le vendió a la señorita Julia Leonor Bossio, el predio denominado "El Juncal" y los derechos que poseía en los terrenos indivisos denominados "Pérez" y "Polo," "La Bayunca," "El Coco," "Clemencia" y "Santa Catalina," ubicados en el Distrito de Santa Rosa, del Departamento de Bolívar, más los derechos que le correspondían en la sucesión de la señora Leonor Bossio de Mainero y en la sociedad en liquidación de Mainero Trucco, Bossio & Compañía, venta que hizo por la suma de ocho mil pesos, que declaró tener recibida de manos de la compradora, a su satisfacción.

Por escritura número 77 de 21 de febrero de 1934, otorgada en la Notaría 1º del Circuito de Cartagena, la señorita Julia Leonor Bossio les vendió a los señores Pedro Bossio G. y Julia Watts de Bossio, ocho casas situadas en la ciudad de Cartagena, en las calles de los Mártires, el Colegio, el Landrinal, el Cuartel y Cúcuta, las mismas a que se ha hecho referencia en las escrituras precitadas, más los derechos en los terrenos de la "Bayunca," "El Coco," "Clemencia" y "Santa Catalina," el predio de "El Juncal" y los derechos en la sociedad de Mainero Trucco, Bossio y Compañía, que había adquirido por compra a la señorita Juana Bossio, todo por un precio de treinta y cinco mil pesos moneda legal, pagaderos así: \$ 7.190, en dinero de contado y el resto en el valor de una hipoteca, constituida por la vendedora por siete mil pesos oro americano a favor del señor Gino Mazzeit, con otra hipoteca por diez mil pesos a favor del señor José G. Martínez y con otra por cinco mil pesos a favor del señor Pedro A. Navarro, créditos que los compradores se obligaron a pagar a dichos acreedores.

Por Resolución número 22 de 14 de octubre de 1937, el Inspector Seccional de Rentas Nacionales conminó a las señoras Juana Bossio de Bentley y Julia Leonor Bossio de Araque a pagarle al Tesoro Nacional la suma de ciento sesenta y cinco pesos, valor del impuesto de donaciones, deducido de la venta de los bienes situados en el Municipio de Santa Rosa, que la primera dio en venta a la segunda por la escritura pública número 111 de 14 de febrero de 1931, fundándose en que el contrato contenido en este instrumento se presumía donación, por ser la compradora y la vendedora hermanas.

Por Resolución número 23 de la misma fecha, el propio Inspector conminó al señor Pedro Bossio G. y a la señora Julia Leonor Bossio de Araque a pagarle al Tesoro Nacional la suma de cuatrocientos pesos, valor del impuesto de donaciones, deducido de la venta que el primero hizo a la segunda de varias casas situadas en el Distrito de Cartagena, por medio de la escritura número 264 de 14 de marzo de 1927.

Por Resolución número 24 de 15 del mismo octubre, el propio Inspector conminó al señor Pedro Bossio G. y a las señoras Julia Watts de Bossio y Julia Leonor Bossio de Araque a pagarle al Tesoro Nacional la suma de tres mil seiscientos noventa y cuatro pesos, valor del im-

puesto de donaciones, deducido de la venta que la señora Bossio de Araque hizo a los dos primeros, de distintos bienes raíces ubicados en los Distritos de Cartagena y Santa Rosa, por escritura número 77 de 21 de febrero de 1934.

Por Resolución número 25 de la misma fecha el Inspector Seccional conminó al señor Pedro Bossio y a la señora Felipa María Bossio de Rumié a pagarle al mismo Tesoro la suma de doscientos ochenta pesos por valor del impuesto de donaciones, deducido de la venta de los bienes que el primero hizo a la segunda por la escritura número 263 de 14 de marzo de 1927.

Las tres últimas resoluciones las fundó el Inspector en que los otorgantes Pedro Bossio y Julia Watts de Bossio eran padres legítimos de las señoras Julia Leonor Bossio de Araque y Felipa María Bossio de Rumié, por lo cual los contratos de compraventa entre ellos celebrados caían dentro de la presunción de donación establecida por el artículo 66 de la Ley 63 de 1936.

Los interesados reclamaron al serles notificadas las resoluciones referidas, y como el funcionario negara la reposición pedida, apelaron ante el respectivo superior, y el Ministerio, con la firma del Secretario General, dictó la Resolución número 1350 de 1938, originaria de la Sección 3ª, Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, por la cual confirmó bajo una misma cuerda las Resoluciones números 22, 23, 24 y 25 de 1937 de la Inspección Seccional de Rentas Nacionales, por considerar que siendo una misma la causa del impuesto y unos mismos los bienes materia de los contratos celebrados en la Notaría de Cartagena, debía fallarse en una sola resolución el problema planteado.

Como el doctor Aguilera Camacho solicitara reposición de la Resolución número 1350, el Ministerio negó tal reposición por Resolución número 1587, y luego por la número 396 de 1938, aprobó en todas sus partes las Resoluciones números 1350 y 1587 del mismo año, por haber sido firmadas por el Secretario General del Ministerio, debiendo serlo por el Ministro.

Como fundamentos jurídicos de la acción invocó el actor la disposición constitucional según la cual los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, precepto violado al aplicarse retroactivamente la Ley 63 de 1936 a hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, cuando aún no se había establecido expresamente la presunción legal de que las ventas entre parientes se entienden donaciones para el efecto del cobro de los impuestos, y era por tanto indebido dar aplicación a la mencionada Ley, así como al Decreto número 667 de 1932 y 1020 de 1936, porque con ello se desconocen los derechos adquiridos. Invocó también los artículos 769 y 1516 y sus concordantes del Código Civil y el 661 del Código Judicial, acerca de que la buena fe se presume, y el dolo debe probarse por quien lo alega.

Al negocio se le dio la tramitación propia de la única instancia y el actor produjo las pruebas que creyó necesarias a la defensa de los derechos de sus poderdantes, y presentados como fueron los alegatos de las partes, se procede a dictar el fallo que corresponde, previas las siguientes consideraciones:

Las resoluciones acusadas se basan todas en que los señores Pedro Bossio Gómez y Julia Watts de Bossio son padres legítimos de las señoras Julia Leonor Bossio de Araque y Felipa María Bossio de Rumié, y en que las señoras Juana Bossio de Bentley y Julia Leonor Bossio de Araque son hermanas, y que como los contratos de compraventa entre parientes se presumen donaciones para los efectos fiscales, deben pagar al Tesoro Nacional el impuesto sobre donaciones entre vivos conforme a la tasa

vigente al tiempo de las donaciones respectivas, al tenor del artículo 66 de la Ley 63 de 1936, que en lo pertinente dice:

“Para los efectos de esta Ley, se presumen donaciones entre vivos:

“1º Las enajenaciones tendientes a distribuir en un solo acto bienes de una persona entre sus parientes, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;

“2º Las enajenaciones tendientes a distribuir en varios actos o instrumentos bienes de una persona entre los parientes designados en el ordinal precedente...”

Y el artículo siguiente dice también en lo pertinente:

“Artículo 67. El Sindico Recaudador, los Administradores o Inspectores de Rentas Nacionales y los funcionarios de la Jefatura de Rentas Nacionales, podrán investigar si determinados actos o contratos envuelven donación o remisión, para lo cual están investidos de jurisdicción y pueden tomar declaraciones juradas.

“Si de esta investigación resulta que hay lugar a exigir el impuesto de donación, el funcionario respectivo dictará resolución fundada, en que comine a los interesados para la práctica del avalúo de los bienes donados, a fin de practicar la liquidación del impuesto, e imponer a los culpables la sanción correspondiente.

“En los términos de este artículo se exigirá el impuesto en los casos aquí contemplados, anteriores a la vigencia de la presente ley, pero sin aplicar multas y sin liquidar recargos en caso de que los interesados se allanen a pagar el impuesto, sin dar lugar al cobro por jurisdicción coactiva...”

El Ministerio acepta la tesis —sustentada por el doctor Aguilera Camacho— de que no basta que los contratantes sean entre sí parientes para presumir legalmente que las enajenaciones de bienes hechas por ellos sean a título gratuito, sino que es menester que exista a lo menos una prueba indicial de que el contrato de compraventa aparente entraña una efectiva donación a la cual se le ha dado aquel carácter para defraudar al Fisco.

En el caso que se contempla, los funcionarios fiscales han aducido los siguientes indicios que califican de graves:

“El distribuir don Pedro Bossio entre sus señoritas hijas sus bienes;

“El haber otorgado una de sus hijas escritura de venta a su señorita hermana de los bienes adquiridos en la escritura anterior;

“La venta de esta última a favor de su padre don Pedro Bossio;

“El haber continuado figurando don Pedro Bossio en los catastros municipales como propietario a pesar de la distribución de bienes que hizo entre sus hijas y antes de haber regresado a su patrimonio a virtud de los títulos escriturarios ya mencionados;

“El haber continuado figurando como de propiedad del primitivo dueño y último adquirente los mismos bienes para efectos del impuesto sobre la renta.”

El primer hecho calificado como indicio grave, no es propiamente una prueba de la simulación en la causa del contrato, sino el antecedente sobre el cual la presunción se ha establecido, como lo dice Dellepiane en la cita que hace el apoderado de los demandantes, ya que según dicho autor, la presunción no es otra cosa que “un mandato legislativo en el cual se ordena tener por establecido algún hecho, siempre que otro hecho, indicador del primero, haya sido comprobado suficientemente.”

Esta tesis la admite el Ministerio cuando dice en la Resolución número 1587:

“No se tomó, se repite, el hecho escueto del parentesco que, extremando la argumentación, nada diría por sí solo; este hecho se unió

a las demás circunstancias acabadas de relacionar, que son indicios todos distintos que convergieron a establecer un solo hecho que se investigaba: la donación."

Sentados estos antecedentes, procede el Consejo a estudiar cada uno de los contratos a que se refieren las resoluciones acusadas, principian-do por el contenido en la escritura número 111 de 14 de febrero de 1931, por la cual la señorita Juana Bossio le vendió a su hermana la señorita Julia Leonor Bossio varios bienes raíces ubicados en el Dis-trito de Santa Rosa, para deducir si es legal o nó la Resolución núme-ro 22 de 14 de octubre de 1937, por la cual la Inspección Seccional de Rentas Nacionales conminó a las señoras Juana Bossio de Bentley y Julia Leonor Bossio de Araque a pagarle al Tesoro Nacional la suma de ciento sesenta y cinco pesos como impuesto de donaciones por el con-trato de compraventa celebrado entre ellas. La razón para comenzar por el estudio de esta resolución estriba no sólo en ser la primera dic-tada, sino en que, como lo dice el Ministerio, en este caso se contem-plan situaciones distintas a las de los demás contratos, porque en éste no hubo distribución de bienes entre parientes y la transmisión de ellos se llevó a efecto en un solo acto.

El Consejo en sentencia de fecha 13 de junio del año en curso es-tudió la cuestión de si el artículo 66 de la Ley 63 de 1936 tiene apli-cación cuando no ha habido distribución de bienes entre parientes, y dijo entonces:

"Dice dicho artículo en sus dos primeros ordinales que, para los efec-tos de esta Ley, se presumen donaciones entre vivos: las enajenacio-nes tendientes a distribuir en un solo acto bienes de una persona en-tre parientes, dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o se-gundo de afinidad, y las enajenaciones tendientes a distribuir en va-rios actos o instrumentos bienes de una persona entre los parientes de estos mismos grados.

"En la escritura número 168 referida no hay distribución de bienes entre parientes, sino enajenación a un solo pariente por afinidad, que no era presunto heredero del vendedor. Por eso se dice muy bien en la "Cartilla de Hacienda", compilada por el Abogado Jefe de la Sec-ción Jurídico-técnica de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales (página 172) lo siguiente:

"Como se ve, la presunción establecida tanto en el numeral 1º como en el 2º, requiere pluralidad de compradores, y la razón es porque so-lamente en vista de esta pluralidad podría decirse que el vendedor lo que pretende es *distribuir* en vida entre sus parientes los bienes que hubiera de dejar a su muerte, para eludir el impuesto de donaciones.

"Puede ocurrir, claro está, el caso de que una persona no tenga sino un hijo y que al hacerle venta de todos sus bienes, tenga también la mira de eludir el impuesto de sucesiones. Pero como las presunciones legales se establecen siempre teniendo en cuenta hechos o procedimien-tos que normalmente indican determinadas finalidades, el legislador no podría prever estos casos que son excepcionales y que indudable-mente se prestarían a grandes equívocos. En materia de presunciones, se repite, el legislador no puede aspirar a resolver todos los casos de posible acaecimiento porque en ellas debe siempre proceder sobre he-chos que normalmente den asidero a la presunción, y es claro que no puede negarse que una venta aislada a un hijo, por ejemplo, no tendr-ía la fuerza necesaria para presumir que se trate de una verdadera donación. En este caso de posible donación, a falta de presunción, es pertinente la investigación prescrita en el artículo 67."

"El Ministerio en la Resolución acusada (número 1584 de 1937) acep-ta la argumentación del apelante acerca de que el artículo 66, invoca-

do en la parte motiva de la resolución del Recaudador, no es aplicable al caso en cuestión; pero sostiene que la providencia recurrida es legal, porque el artículo 67 dispone que el Recaudador, los Administradores o Inspectores de Rentas Nacionales y los funcionarios de la Jefatura de Rentas podrán investigar si determinados actos o contratos envuelven donación o remisión, y que si de esta investigación resulta que hay lugar a exigir el impuesto de donación, el funcionario respectivo dictará resolución fundada, en que comine a los interesados para el pago del impuesto e imponga a los culpables la sanción correspondiente."

Esta doctrina tiene aplicación al caso de que se trata, en lo que concierne a la distribución de bienes entre parientes como requisito para que la presunción legal tenga lugar, pues por medio de la escritura pública número 111 de 14 de febrero de 1931 la señorita Juana Bossio le vendió a la señorita Julia Leonor Bossio unos bienes raíces, sin que hubiera mediado distribución de bienes entre parientes y por un solo acto, con la circunstancia de que las otorgantes no eran entre sí presuntas herederas, puesto que ambas tenían a la sazón herederos forzosos, como eran sus padres, de modo que no se ve motivo para pensar que el contrato tuviera por objeto eludir el impuesto de sucesiones, que es el objeto que el legislador se ha propuesto evitar con la presunción establecida por la Ley 63 tantas veces citada.

Planteado así el problema, dice la Resolución ministerial número 1350 acusada, el Estado no tendría derecho a percibir suma alguna por el concepto de impuesto de donaciones, deducido del contrato celebrado entre las señoritas Juana y Julia Leonor Bossio, pero agrega que "dados los antecedentes y circunstancias que rodean dicha convención y la estrecha e íntima conexión que guarda ésta con los contratos ya estudiados, por ser unos mismos los otorgantes y unos mismos los bienes materia del contrato," llega a conclusiones distintas. Una de ellas es que la señorita Juana Bossio le vendió a su hermana Julia Leonor los bienes que había adquirido en la distribución que su padre don Pedro Bossio había hecho de sus bienes entre sus hijas.

Pero el expediente no arroja la prueba de este indicio; la escritura número 111 en referencia dice que la vendedora, señorita Juana Bossio, adquirió los bienes que transfirió a su hermana Julia Leonor, por instrumento número 107 de 28 de marzo de 1927, pasado en la Notaría 2ª del Circuito de Cartagena, sin decir de quién los hubo, de modo que no hay de dónde inferir que fueron adquiridos por compra hecha a don Pedro Bossio.

Los indicios que la Inspección Seccional de Rentas Nacionales dedujo de que los bienes que habían sido materia de las compraventas hubieran continuado figurando en los catastros municipales como de propiedad del señor Bossio Gómez, padre de las compradoras, sin reclamo de éste; que los gravámenes sobre la renta correspondientes a tales bienes se han liquidado a cargo del mismo señor Bossio Gómez con posterioridad a las ventas hechas, sin tampoco haber éste reclamado, y que los contratos se han celebrado entre los mismos parientes en términos muy semejantes, aun en un mismo día, sin que aparezca justificada esta constante mutación de la propiedad de padres a hijas o entre hermanas, en concepto del Consejo no tienen la gravedad que les atribuye el Ministerio, porque refiriéndose particularmente al caso de la venta hecha por la señorita Juana Bossio a su hermana Julia Leonor, ella se verificó cuatro años después de haber adquirido los bienes que le dio en venta, sin que en manera alguna —como ya se dijo— conste que a su vez los hubiera adquirido por compra a su padre señor Bossio Gómez y porque, en vista de que se trata de hechos sucedidos entre un padre y sus hijas que a la sazón eran solteras, no tiene nada

de raro que aquél pagara los impuestos con que éstas eran gravadas, sin mediar reclamo, tanto más cuanto que la Junta de Catastro del Municipio de Cartagena, a petición del actor, durante el término probatorio, ha certificado lo siguiente:

“Con relación al punto a). La forma general que se acostumbra para hacer la inscripción de los propietarios de fincas en el catastro o empadronamiento; es que el nuevo dueño de la finca se presente con su escritura debidamente registrada a demostrar que ha adquirido la propiedad, cosa que con poca frecuencia se presenta;

Al punto b). Nunca pasan los Notarios ni los Registradores los datos sobre el movimiento traslativo de la propiedad raíz, y sólo cuando se trata de algún avalúo es cuando se conoce el nombre del nuevo propietario y se le inscribe en el libro;

Al punto c). Las inscripciones en los libros de catastro proceden de años, y como ni los Notarios ni los Registradores envían los datos, como se dijo, algunas fincas continúan figurando con los nombres de las inscripciones o sea, con los nombres de los anteriores propietarios;

Al punto d). Queda contestado en el anterior;

Al punto e). Esta Oficina no considera la inscripción de las fincas como propiedad del que figura en ella sino como finalidad del avalúo y para fines exclusivos del pago del impuesto predial a quien corresponda, y es así que el catastro sólo implica inscripción de fincas raíces y no registro del propietario, y por esto cualquier persona puede pagar el impuesto aunque en la inscripción figure nombre distinto como propietario, pues basta decir la casa tal, situada en la calle o barrio tal”.

Esto que sucede con el catastro del Municipio de Cartagena, puede aplicarse también al del Municipio de Santa Rosa, del mismo Departamento, pues es lo que acontece con todos los del país.

Pasando ahora a las Resoluciones números 23, 24 y 25, que se refieren a los contratos celebrados entre los señores Pedro Bossio Gómez y Julia Watts de Bossio y sus hijas Julia Leonor y Felipa María Bossio, se tiene lo siguiente:

Por escritura número 263 ya citada el señor Pedro Bossio Gómez le vendió a su hija Felipa María Bossio (hoy de Rumié) unas casas situadas en la ciudad de Cartagena, sin que sobre estos inmuebles haya vuelto a verificarse ninguna operación entre las partes, de modo que las constantes mutaciones de dominio sobre unos mismos bienes y entre las mismas personas, a que se refieren las resoluciones ministeriales acusadas, no han tenido lugar en el presente caso.

Por escritura número 264 atrás mencionada, el mismo señor Bossio Gómez le vendió a su hija Julia Leonor Bossio (hoy de Araque) unas casas situadas en la ciudad de Cartagena.

Estos mismos bienes urbanos, más los bienes rústicos que la misma señora Bossio de Araque había comprado a la señora Juana Bossio de Bentley por la escritura número 111 atrás citada se los vendió a sus padres, señores Pedro Bossio Gómez y Julia Watts de Bossio por la escritura número 77 de 21 de febrero de 1936.

Esta es la única escritura en que aparecen realizadas operaciones sobre unos mismos bienes y entre las mismas personas, puesto que la señora Bossio de Araque les vende a sus padres Pedro Bossio G. y Julia W. de Bossio las casas que había adquirido por compra al primero de ellos, no como dicen las resoluciones ministeriales en un tiempo relativamente corto sino al cabo de siete años, con la circunstancia de que en el término probatorio se trajo la copia auténtica, expedida por el Administrador de Hacienda Nacional de Cartagena, de la declaración del impuesto sobre la renta en el año de 1933, firmada por la señorita

Julia Leonor Bossio, en que declara como bienes suyos las casas ubicadas en la ciudad de Cartagena y que había adquirido por compra hecha a su padre en el año de 1927, y con otra circunstancia más: que en la escritura número 77 consta que dicha señorita Julia Leonor Bossio les vendió a sus padres las casas referidas con la obligación, en que éstos se sustituyeron, de pagar los tres créditos hipotecarios con que estaban gravadas por un valor de veintisiete mil ochocientos diez pesos, y respecto del saldo del precio, o sea la cantidad de siete mil ciento noventa pesos, deponen los testigos Jorge Núñez Zubiria y José Jerónimo Martínez García haber presenciado el pago de esta suma; de modo que aparece descartada la idea de que el contrato fuera celebrado a título gratuito, así como también la sospecha de que se trate de un acto encaminado a defraudar el impuesto sobre sucesiones, puesto que por este último contrato no aparecen los padres vendiéndole a la hija, sino ésta a aquéllos.

En el caso de los contratos contenidos en las escrituras números 263 y 264, es cierto que el señor Bossio Gómez les vende a dos de sus hijas unas casas situadas en la ciudad de Cartagena y por este hecho puede decirse que tiene cabida el concepto de *distribución* a que se refiere la Ley 63 de 1936, pero ya se ha visto que no están probados los indicios en que el Ministerio ha encontrado respaldada la presunción legal de donación.

El apoderado de las demandantes consideró que las resoluciones acusadas eran violadoras de la Constitución, en cuanto por ellas se aplica la Ley 63 de 1936 a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia, tesis que sirvió al Consejero Sustanciador para suspender provisionalmente dichos actos, y que el señor Fiscal en su vista número 289 impugna en estos términos:

“La Ley 14 de 1907 en su artículo 18 dijo:

‘Los actos de enajenación tendientes a distribuir por causa o a título de herencia los bienes de una persona que no ha fallecido, en otra forma distinta de la donación entre vivos y con el objeto de defraudar los derechos del lazareto, deberán considerarse siempre como donaciones entre vivos para el efecto de liquidar el derecho del ramo.’

“Posteriormente rigió el Decreto 667 de 1932 que en su artículo 34 dispuso:

‘Los actos de enajenación tendientes a distribuir por causa o a título de herencia los bienes de una persona que no ha fallecido, en forma distinta de la donación entre vivos y con el objeto de defraudar el impuesto, deberán considerarse siempre como donaciones entre vivos, para el efecto de liquidarlo y de otorgar la escritura.’

“Como puede observarse, la Ley 63 de 1936 no vino a introducir novedad alguna en lo referente a las ventas hechas con el objeto de distribuir en vida los bienes de una persona; no hizo otra cosa que reproducir el principio sustantivo de que tales operaciones estaban sujetas al impuesto de donación y reglamentar la materia referente a la prueba que debía servir de fundamento para deducir la simulación. En otras palabras, el Estado ya tenía en virtud de las disposiciones transcritas el derecho de cobrar como impuesto de donación el que se causara en virtud de operaciones que aun cuando en su forma externa aparecieran como ventas u otros contratos de enajenación a título oneroso, en el fondo hubieran sido hechas a título gratuito. Y al hacer uso de ese derecho, consagrado con antelación, no puede decirse que se le haya dado a una ley efecto retroactivo.

“Esto en cuanto al punto fundamental de la facultad para cobrar el impuesto de donación a contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 63 de 1936.

“En cuanto a la aplicación de las presunciones que establece el artículo 66 de dicha Ley, se observa que como ellas se refieren no ya al derecho en sí mismo, sino a la prueba de éste, si pueden aplicarse a hechos ocurridos con anterioridad y esto por las razones siguientes:

“Es verdad que en materia de pruebas rige el principio de la no retroactividad de la ley, pero no en forma absoluta. Hay que distinguir dos casos: o la ley nueva restringe o rechaza un medio de pruebas admitido por la ley anterior, y entonces no puede rechazarse con apoyo en la nueva disposición tal prueba, porque ella constituye un verdadero derecho adquirido, ya que el que celebró el acto o contrato lo hizo con la garantía de que éste podría acreditarse por los medios señalados en las leyes vigentes en ese momento. O bien la ley viene a ampliar los medios de que puede valerse el juzgador para llegar al convencimiento de la verdad del hecho *sub judice*. En este caso la razón y la justicia indican que puede aplicarse el nuevo medio de prueba. El expositor Francisco Ricci en su Tratado de las Pruebas (traducción española, página 41), después de analizar dos sentencias de los Tribunales de Casación italianos en que resuelven de modo contrario este punto, acoge irrestrictamente la tesis de la que sostiene el punto de vista que queda expresado, con estas vigorosas expresiones que parecen ser escritas para el caso controvertido en este juicio.

“Esta segunda opinión es un nuevo concepto más aceptable que la primera. Sin duda la nueva ley encuentra un obstáculo para ser aplicada, cuando su aplicación vulnera u ofende algún derecho adquirido. Pero en el caso indicado, ¿cuál es el derecho adquirido que puede considerarse ofendido con la aplicación inmediata de la nueva ley? Si el legislador reconoce un nuevo medio de prueba adecuado para descubrir la verdad y como tal lo admite, ¿puede decirse que el deudor tenga en ningún caso el derecho adquirido a que la luz no se haga sobre la existencia de su deuda? Responder afirmativamente equivaldría a sentar como derecho adquirido el de hacer triunfar la mentira y la mala fe; pero es esto tan absurdo, que no hay quién no lo vea así.”

“Considero que esta doctrina es estrictamente aplicable en nuestro Derecho, pues ella se desprende del artículo 39 de la Ley 153 de 1887, que dice:

‘Los actos o contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley *podrán* probarse bajo el imperio de otra por los medios que aquélla establecía para su justificación; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada a la ley vigente al tiempo en que se rindiere. En efecto, al usar la ley la expresión facultativa *podrán* en lugar de una imperativa como *deberán*, está indicando que no se excluye el nuevo medio de prueba consignado en ley posterior al acto o contrato.’

“Pero si esto no fuere suficiente para demostrar la legalidad de la aplicación retroactiva de la Ley 63 de 1936; toda duda desaparece con la lectura del artículo 67 de la misma, en cuyo párrafo tercero se consagra expresamente que en los términos de ese artículo ‘se exigirá el impuesto en los casos aquí contemplados, *anteriores a la vigencia de la presente ley*, pero sin aplicar multas y sin liquidar recargos en el caso de que los interesados se allanen a pagar el impuesto sin dar lugar a cobro por jurisdicción coactiva.’

“Establecido, como ha quedado, que el artículo 66 no establece nuevo derecho a favor del Estado sino que regula la materia de la prueba para que ese derecho no se haga, como venía ocurriendo, nugatorio, no puede considerarse que el artículo 67 al aplicar esas disposiciones sobre prueba y las de procedimiento que él contiene, a transacciones celebradas con anterioridad a su promulgación, haya violado derechos adquiridos.

“No sobra advertir que en sentencia de 20 de mayo de 1937 (*Gaceta Judicial* número 1925, página 287) la Corte Suprema de Justicia decidió que en virtud del artículo 34 del Decreto-ley número 667 de 1932 existía la facultad de los funcionarios de Hacienda de investigar si un contrato verificado entre parientes envolvía donación para el solo efecto de imponer el gravamen que a ella correspondía. En la misma sentencia se admitió que la donación podría acreditarse por medio de presunciones o indicios. De suerte que aun sin darle efecto retroactivo a las normas de la Ley 63 de 1936, la actuación del Ministerio de Hacienda tiene suficiente respaldó legal para no ser invalidada.”

A los anteriores conceptos del señor Fiscal hay que observar que ni el artículo 18 de la Ley 14 de 1907 ni el 34 del Decreto 667 de 1932, establecieron la presunción legal de ser donaciones las ventas entre parientes: ellos contemplaron los casos de actos de enajenación tendientes a distribuir por causa o a título de herencia los bienes de una persona con el objeto de defraudar el impuesto de lazareto, tratárase o nó de operaciones entre parientes, dejando en todo caso al Fisco la carga de la prueba del fraude a la ley.

La presunción de que se trata no vino a ser establecida sino por la Ley 63 de 1936, sin que tengan exacta aplicación las teorías que expone el señor Fiscal acerca de la retroactividad de las leyes que amplían los medios de prueba para el caso contemplado, porque las presunciones legales no son, en realidad, medios de prueba, sino dispensación de la prueba para el efecto de descargar sobre la parte contraria la obligación de producirla. Así lo dicen Colin y Capitant (*Curso elemental de Derecho Civil*, Tomo III, página 400): “*Presunciones legales*. Son las que van unidas en virtud de un texto especial (expreso) a ciertos actos o a ciertos hechos. Producen el efecto de dispensar de toda prueba a la que está en situación de prevalerse de ellas, es decir, que puede probar la existencia del hecho o del acto de que la ley deduce la presunción.”

Y Marcel Planiol (*Traité Elementaire de Droit Civil*, Tomo X, página 19), agrega:

“La naturaleza de las presunciones legales es a menudo mal conocida. Se las confunde con las *presunciones simples*, que son establecidas por las partes mismas, y, como consecuencia de esta confusión, se ve en ellas *modos de prueba*. Es esto lo que ha hecho el Código Napoleón, que trata de las presunciones legales en los artículos 1350 a 1352, es decir, entre la prueba por testigos y la prueba por presunciones. El punto de vista que resalta de esta clasificación es absolutamente falso: la presunción legal no es un *modo de prueba*, es una dispensación de prueba (*la presumption légale n'est pas un mode de preuve, c'est une dispense de preuve*). La ley interviene, por una especie de parcialidad más o menos justificada, para invertir los papeles en el proceso que se trava; ella desaloja la carga de la prueba. Lo más a menudo ella decide así porque el hecho que se trata de probar es a la vez conforme a la situación normal y difícil de establecer de una manera directa para cada caso determinado.”

Si, pues, según el autorizado concepto de tan eminentes tratadistas, no pueden las presunciones simples (llamadas también presunciones de hombres, que son las a que se refiere la doctrina de la Corte Suprema invocada por la Fiscalía) confundirse con las presunciones legales, las cuales no son medios probatorios a que quepa la teoría de Ricci antes mencionada, sino una dispensación de la prueba, que tiene como resultado invertir los papeles, descargando la obligación de producir la prueba sobre la parte a la cual no incumbe según las reglas generales del Derecho, hay que concluir que las leyes que establecen presuncio-

nes legales en casos como el que se estudia, no pueden tener efectos retroactivos, porque vendrían a vulnerar situaciones jurídicas subjetivas, individuales y concretas, legítimamente adquiridas conforme a la ley vigente al tiempo de la celebración del acto a que pretende aplicarse la presunción.

De aceptarse la tesis de que una presunción legal puede venir con efecto retroactivo a declarar simulada la causa de un contrato para determinados efectos, no habría seguridad para el derecho de propiedad, puesto que con la misma razón con que el legislador pudiera establecer la presunción para los efectos fiscales, podría establecerla para los demás efectos, hiriendo a la vez diversos intereses privados y causando en las relaciones sociales una perturbación lo más profunda.

Antes del primero de mayo de 1936, fecha en que principió a regir la Ley 63 de ese año, los impuestos sobre enajenaciones a título gratuito u oneroso se cobraban en vista de las declaraciones que hacían los otorgantes de la respectiva escritura, sin tener en cuenta para nada los vínculos de afinidad o consanguinidad que pudieran existir entre ellos. Conforme a las disposiciones entonces vigentes, un contrato de compraventa, por ejemplo, se reputaba real para todos los efectos, civiles, fiscales y de cualquier otro orden, mientras una sentencia ejecutoriada dictada por el Juez en juicio ordinario no lo hubiera declarado simulado.

La Ley 63 cambió el sistema: la presunción legal no fue ya la de ser real el contrato o su causa, sino la de ser simulada la causa de la compraventa cuando ésta es celebrada entre parientes en ciertas condiciones, presumiéndose en este caso, legalmente, que la venta es donación, para los efectos fiscales, mas no para los demás efectos. El legislador con esta presunción se propuso, por encima de todo, "poner cortapisa al procedimiento muy socorrido que con anterioridad a la Ley 63 se adoptaba por las personas que queriendo eludir el impuesto de sucesiones, optaban por hacer escrituras de venta de todos sus bienes a sus presuntos herederos," según lo dice en la *Cartilla de Hacienda* el Abogado de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.

Pero los artículos 66 y 67 de la Ley 63 no pueden tener efectos retroactivos respecto de contratos en que las partes pagaron los derechos fiscales conforme a los sistemas de recaudo vigentes al tiempo de su celebración; ni pueden tener efectos retroactivos las leyes que establecen la presunción legal de que una operación comercial envuelve un fraude a la ley de impuestos sobre sucesiones y donaciones, porque conforme al artículo 1516 del Código Civil, el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley y en los demás debe probarse. Ninguna ley que establezca, pues, la presunción de dolo puede tener efecto retroactivo, porque conforme al artículo 24 de la Constitución, nadie puede ser penado *ex post facto* (y esta pena se refiere tanto a la sanción civil como a la criminal) sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente. En el caso que se contempla, la pena ha venido a ser establecida por el artículo 67 de la Ley 63 de 1936, o sea, posteriormente al hecho que ésta presume doloso o fraudulento para el Fisco, y esa pena puede agravarse con multas en caso de que los interesados no se allanen a pagar el impuesto sin dar lugar al cobro por jurisdicción coactiva.

¿Cómo aplicar presunciones legales que acarrear una pena conforme a una ley expedida en el año de 1936, a contratos celebrados, dos de ellos en 1927, uno en 1931 y otro en 1934?

Las resoluciones acusadas deben, por consiguiente, ser anuladas, por cuanto por ellas se pretende aplicar retroactivamente la Ley 63 de 1936,

con violación de los preceptos constitucionales que garantizan los derechos adquiridos, y por cuanto no existe tampoco la prueba suficiente de los antecedentes necesarios para fundar la presunción legal de que tanto se ha hablado, según el análisis que atrás se dejó hecho de los indicios ameritados.

Mas si el Consejo ha de fallar favorablemente el punto primero de la parte petitoria, referente a la anulación de los actos acusados, no habrá de resolver lo mismo respecto del punto tercero que dice:

“Que si alguna acción ejecutiva está iniciada contra mis poderdantes, todos o alguno de ellos, en el momento de fallar esta demanda, debe cesar, a fin de evitar los perjuicios consiguientes, así como también el que mis representados tengan que presentarse al respectivo juicio a solicitar la inexigibilidad del impuesto.”

Sobre este particular el Consejo prohija el siguiente concepto del señor Fiscal:

“Con respecto a la tercera petición de la demanda, la Fiscalía estima que aunque el artículo 4º de la Ley 80 de 1935 faculta al Consejo para determinar, con la debida precisión, la manera como debe restablecerse el derecho violado, ello no puede entenderse hasta el punto de permitirle, como pretende el demandante, intervenir en procesos que se siguen ante otra jurisdicción, para hacerlos cesar. La misma sentencia del Consejo si es favorable a las pretensiones del actor, es elemento suficiente para que éste la aduzca como prueba dentro de los trámites propios de la ejecución para que en ella produzca sus efectos, sin necesidad de una orden que no tiene fundamento legal para ser expedida.”

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto del señor Fiscal, falla:

Es nula la Resolución número 396 de 30 de diciembre de 1938, por la cual el Ministro de Hacienda y Crédito Público aprobó en todas sus partes las Resoluciones números 1350 de 25 de octubre de 1938 y 1587 de 7 de diciembre del mismo año, firmadas por el Secretario General del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que se declaran también nulas, por la primera de las cuales confirmó las Resoluciones números 22 y 23 de 14 de octubre de 1937, número 24 de fecha 15 del mismo mes y número 25 de la misma fecha, dictadas por el Inspector Seccional de Rentas Nacionales de Cartagena, y por la segunda de las cuales negó la reposición de la marcada con el número 1350.

Se niega la tercera de las peticiones de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, envíese copia al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y archívese el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Elias Abad Mesa—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas. Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V., Secretario.

Exégesis de los textos

Consejero ponente, doctor
TULIO ENRIQUE TASCÓN

La Ordenanza número 44 de 1938, expedida por la Asamblea del Tolima, estableció, en su artículo 27, que "cuando un maestro jubilado por el Departamento obtenga pensión nacional, el valor de la jubilación departamental de que estaba gozando quedará reducido al cincuenta por ciento". El Tribunal de primera instancia admitió la tesis de que el artículo únicamente se refiere a los que obtengan pensión nacional con posterioridad a la vigencia de la Ordenanza, fundándose en que la Asamblea usó la forma "obtenga", presente de subjuntivo que expresa un presente o futuro del verbo, puesto que si hubiera querido referirse a un tiempo pasado hubiera empleado el antepresente "haya obtenido". El Consejo de Estado disiente de la interpretación que se le ha dado al presente de subjuntivo. "En el subjuntivo, sea común o hipotético, no se hace diferencia entre la relación de coexistencia y la de posterioridad."

Esto, por lo que toca a la exégesis gramatical. Con un criterio de interpretación científica, el Consejo de Estado encuentra que la intención de la Asamblea fue que los maestros que gocen de jubilación nacional, no gocen sino de la mitad de la jubilación departamental concedida.

Consejo de Estado—Bogotá, veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y nueve.

El doctor Juan M. Arbeláez, obrando con poder de los señores Ismael Muñoz, Esteban Corcoy, Juan N. Olmos, Heraclio Lastra Carrera, Clementina G. de Torres, Eusebia G. de Alzate, Teresa V. de González, Agustina Triana, Josefina Ortiz, Angelina Castellanos, Mercedes Quijano, María Elena Trujillo y Carmen Giraldo García, en ejercicio de la acción privada pidió al Tribunal Contencioso Administrativo de Ibagué que declarase nulos los artículos 27 y 28 de la Ordenanza número 44 de 1938, expedida por la Asamblea Departamental del Tolima, y en subsidio que declarase nulo el Decreto número 483 del mismo año, dictado por el Gobernador de ese Departamento, "por el cual se rebajan al cincuenta por ciento algunas pensiones departamentales, de conformidad con los artículos 27 y 28 de la Ordenanza 44 de 1938."

Como hechos de la demanda, el doctor Arbeláez enumeró los siguientes:

"1º Mis poderdantes son pensionados por la Nación, por sus servicios en la instrucción pública primaria oficial, pensión que se les decretó a virtud del juicio correspondiente y de la que gozan de acuerdo con la orden judicial respectiva;

"2º Los demandantes a quienes represento son maestros jubilados por el Departamento en su carácter de maestros de escuelas primarias, en virtud de ordenanzas y resoluciones gubernamentales que decretaron las pensiones a que tenían derecho al tenor de la ordenanza sustantiva que ordenó las jubilaciones de los maestros de escuela primaria;

"3º Tanto en la ordenanza sustantiva como en las que decretaron especialmente algunas de esas pensiones y en las que se obtuvieron por resolución de la Gobernación, se señaló el valor de la jubilación departamental que correspondía a cada uno de mis representados;

"4º Desde la fecha en que fueron reconocidas estas jubilaciones, se les pagó el valor señalado en las respectivas providencias, hasta el mes de diciembre del año próximo pasado en que por razón de los actos que demando se ordenó disminuirles el valor de sus jubilaciones;

"5º El artículo 27 de la ordenanza demandada estableció que cuando un maestro jubilado por el Departamento obtenga pensión nacional, el valor de la jubilación departamental de que estaba gozando quedará reducido al cincuenta por ciento;

"6º El artículo 28 de dicha ordenanza atribuyó al Gobernador la facultad de decretar la cesación o la reducción del valor de la jubilación en el caso referido;

"7º El señor Gobernador del Departamento, en uso de sus atribuciones, dictó el Decreto número 483 de 1938, por el cual redujo desde el mes de diciembre último las pensiones de que gozaban mis representados, reducción en un cincuenta por ciento de su valor;

"8º Por razón de los actos citados mis representados han sido privados del cincuenta por ciento del valor de la jubilación departamental de que estaban gozando, por la causa legal que las decretó; y

"9º Los maestros a quienes se les redujeron sus pensiones, disfrutaban de las que indica el decreto referido, y con la reducción se les lesionó un derecho legítimamente adquirido."

Tanto en su libelo de demanda—que lleva fecha 31 de enero del año en curso—como en el escrito de corrección de ella—fechado el 2 de febrero siguiente—, el doctor Arbeláez expone como fundamentos de derecho el de que los artículos de la ordenanza y el decreto acusado violan las disposiciones constitucionales que garantizan los derechos adquiridos por sus poderdantes con justo título.

El Tribunal *a quo*, por sentencia de 11 de mayo del año en curso, hizo las siguientes declaraciones:

"Primero. No son nulos los artículos 27 y 28 de la Ordenanza número 44 de 1938, expedida por la Asamblea Departamental del Tolima; y

"Segundo. Es nulo, en parte, el Decreto número 483 de 1938, expedido por el señor Gobernador del Tolima, únicamente en cuanto dice relación con los siguientes demandantes: Clementina G. de Torres, Ismael Muñoz S., Teresa V. de González, Agustina Triana, Josefina Ortiz F., Angelina Castellanos, Mercedes Quijano S., María Elena Trujillo M., Carmen Giraldo García, Dídima Sandoval de Lamprea, Heraclio Lastra Carrera, Juan N. Olmos y Esteban Corcoy.

"Como la presente acción es privada y no se pidió por la parte demandante el restablecimiento del derecho violado, el Tribunal nada puede resolver sobre esto (artículo 4º, Ley 80 de 1935)".

La anterior sentencia fue consentida por los demandantes, y de ella apeló el Fiscal del Tribunal únicamente en cuanto al punto 2º de la parte resolutive, por lo cual este fallo habrá de contraerse a estudiar la nulidad del Decreto número 483 de 1938 en lo que se refiere a los demandantes.

La Ordenanza 44 de 1938 dijo en su artículo 24 que—"no podrá acordarse jubilación alguna para quienes disfruten de jubilación nacional"; en su artículo 26, que la jubilación se pierde por no observar conducta so-

cialmente correcta, por ser condenado a penas afflictivas y por el hecho de adquirir bienes que le produzcan al agraciado lo necesario para su congrua subsistencia, y agregó lo siguiente, en los artículos cuya nulidad se demandó:

"Artículo 27. Cuando un maestro jubilado por el Departamento obtenga pensión nacional, el valor de la jubilación departamental de que estaba gozando quedará reducido al cincuenta por ciento (50%)."

"Artículo 28. Corresponde al Gobernador decretar la cesación del derecho de jubilación o la reducción del valor de éste, por los motivos mencionados."

De manera que la ordenanza distingue los siguientes casos;

1º Un maestro que a la fecha de entrar en vigencia aquélla, gozare de jubilación nacional: no podrá concedérsele otra jubilación a cargo del Tesoro Departamental;

2º Un maestro que, gozando de la jubilación departamental, se le concede jubilación nacional: se le reduce al cincuenta por ciento el valor de la jubilación departamental;

3º Un maestro jubilado que adquiere bienes con qué atender a su congrua subsistencia, u observa mala conducta, o es condenado por delitos que tengan señalada pena de presidio o reclusión: pierde el derecho a la jubilación, y corresponde al Gobernador decretar la cesación de la gracia de que venia gozando;

4º Corresponde también al Gobernador decretar la reducción del valor de la jubilación departamental en el cincuenta por ciento cuando el maestro jubilado por el Departamento obtiene pensión nacional.

Lo que se discute es únicamente si la rebaja del cincuenta por ciento de la jubilación departamental se aplica a los maestros que gozaban ya de pensión nacional a tiempo de entrar en vigor la Ordenanza 44, o si sólo se refiere a los maestros jubilados por el Departamento que obtuvieron pensión nacional con posterioridad a la vigencia de tal ordenanza.

El Tribunal de primera instancia admitió la tesis del demandante acerca de que el artículo 27 únicamente se refiere a los que obtengan pensión nacional con posterioridad a la vigencia de la ordenanza, fundándose en que la Asamblea usó el verbo *obtenga*, presente de subjuntivo que expresa un presente o futuro del verbo, puesto que si hubiera querido referirse a un tiempo pasado hubiera empleado el antepresente, *haya obtenido*.

En este concepto anuló el Decreto número 483 de 16 de noviembre de 1938, que en su artículo 1º dijo:

"Desde el presente mes, inclusive en adelante, redúcense las siguientes pensiones así:

"Al señor Esteban Corcoy de \$ 60.00 a \$ 30.00.

"Al señor Juan N. Olmos de \$ 37.50 a \$ 18.75.

"A la señora Didima de Lamprea de \$ 20.00 a \$ 10.00.

"A la señorita Josefina Ortiz de \$ 30.00 a \$ 15.00.

"A la señorita Agustina Triana de \$ 30.00 a \$ 15.00.

"A la señorita Mercedes Quijano de \$ 20.00 a \$ 10.00.

"A la señorita María Elena Trujillo de \$ 20.00 a \$ 10.00.

"A la señorita Carmen Giraldo de \$ 20.25 a \$ 10.13."

Cabe observar que la sentencia de primera instancia anula el Decreto número 483 en cuanto dice relación también con los demandantes Clementina G. de Torres, Ismael Muñoz., Teresa V. de González, Angelina Castellanos y Heraclio Lastra Carrera, a quienes no se menciona en dicho decreto y quienes, por tanto, carecían de acción privada para demandar la nulidad del acto, por lo mismo que con él no se infería agravio a sus derechos.

El señor Fiscal de la corporación considera que, no siendo las pensiones de jubilación de los maestros de escuela, derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, sino meras gracias concedidas por leyes administrativas, que en cualquier momento pueden ser suprimidas o reducidas, según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, el principio de la irretroactividad invocado por el demandante no tiene aplicación en este caso, fuera de que la intención de la Asamblea del Tolima no deja lugar a duda, por más que sea defectuoso el empleo de la forma gramatical del verbo y dé lugar a los distingos de tiempo pretérito y futuro, pues lo que la Asamblea quiso fue que no coexistieran dos pensiones, y sólo por una concesión benévola dispuso reducir en un cincuenta por ciento las pensiones departamentales de los maestros que gozasen de pensión nacional.

Aceptada como está la validez de los artículos 27 y 28 de la Ordenanza 44 citada, no hay para qué estudiar la cuestión referente a la irretroactividad de los efectos de dichas disposiciones. Ahora lo único que se estudia es si el Decreto número 483 ha interpretado rectamente lo dispuesto en dichos artículos.

Como ya se dijo, el Tribunal *a quo* estimó que la Ordenanza no legió para los que estaban gozando de dos pensiones (departamental y nacional); que ella sólo dictó normas para el futuro, deduciendo esta tesis del empleo que hizo de la flexión verbal *obtenga*.

Mas el Consejo disiente de la interpretación que el demandante ha dado al significado del presente de subjuntivo empleado por el artículo 27 de la ordenanza.

Según se lee en las notas puestas por don Rufino José Cuervo a la Gramática de la Lengua Castellana por don Andrés Bello, "el subjuntivo común tiene la particularidad de representar con una misma forma el presente y el futuro," agregando que "la misma identificación del presente con el futuro, de la coexistencia con la posterioridad, se observa en el subjuntivo latino". (Vigésimasegunda edición, página 168). Y en la página 173 de la misma obra se anota lo siguiente:

"Es falsísima la idea que han dado de nuestro subjuntivo casi todas las gramáticas castellanas llamando a *cante*, presente, a *cantare*, futuro, y considerando por tanto la forma compuesta *haya cantado* como un pretérito perfecto, es decir, como un puro pretérito, y la forma *hubiere cantado*, como un futuro perfecto, esto es, como un mero antefuturo. *Cante* y *cantare* son presentes y futuros; *haya cantado* y *hubiere cantado*, antepresente y antefuturo: en el subjuntivo, sea común o hipotético, no se hace diferencia entre la relación de coexistencia y la de posterioridad, por lo que toca a su expresión gramatical, y éste es un principio en que conviene el castellano con el latín y con los otros dialectos romances, y aun con lenguas de muy diverso tipo, como es la inglesa."

Se ha hecho esta exégesis gramatical porque es únicamente en este terreno en el que se han situado el demandante y el Tribunal de primera instancia para llegar a la conclusión de que la reducción del cincuenta por ciento del valor de las jubilaciones ya reconocidas por el Departamento no se ajusta a la ordenanza; pues con un criterio de interpretación científica de ésta, el Consejo encuentra que la intención de la Asamblea fue que los maestros que gocen de jubilación nacional no gocen sino de la mitad de la jubilación departamental concedida, lo que quiere decir que el decreto interpretó correctamente el artículo 27 de la ordenanza referida, y no hay, por tanto, motivo para anularlo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, revoca el punto segundo de la sentencia de fecha 11 de mayo del año en curso, pronunciada en este juicio por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Ibagué, y en su lugar falla:

No es nulo el Decreto número 483 de 1938, dictado por el Gobernador del Departamento del Tolima, en la parte que ha sido materia de la apelación.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Elias Abad Mesa—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas. Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V., Secretario.

Impuesto de tabaco

Consejero ponente, doctor

TULIO ENRIQUE TASCON

El Consejo de Estado no ha encontrado, "prima facie", de dónde deducir que el artículo 2º de la Ordenanza 57 de 1937, expedida por la Asamblea de Cundinamarca, lo que ha querido decir sea que en la liquidación del impuesto se incluya el peso de las cajetillas, envolturas, etc.; pues lo que el artículo expresa claramente no es la forma en que el impuesto deba liquidarse, sino el momento en que se causa.

Precisamente porque esta Ordenanza no expresa que en la liquidación del impuesto se incluya el peso de las envolturas, para poder verificar la liquidación en esta forma fue menester expedir el artículo 3º del Decreto 133 de 1939 en que, excediendo la facultad reglamentaria, aparece, a lo menos a primera vista, que la Gobernación del Departamento establece normas que no son desarrollo de la ordenanza reglamentada.

Consejo de Estado—Bogotá, veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y nueve.

Por escrito de fecha 8 del mes en curso, el doctor Jorge López Posada, Procurador del Departamento de Cundinamarca y apoderado especial de la misma entidad, solicita del Consejo reposición del auto de fecha 30 del mes pasado, por el cual esta corporación confirmó los autos de 6, 8 y 10 de mayo del año en curso, por los cuales el Tribunal Contencioso Administrativo de Bogotá suspendió provisionalmente los artículos 3º y 4º del Decreto número 133 de 1939 (febrero 11), dictado por el Gobernador de Cundinamarca.

Como razones para solicitar la reposición, expone el doctor López Posada las siguientes:

"Las Ordenanzas 38 de 1916, 66 de 1917 y 62 de 1925 establecieron que el impuesto de tabaco se liquida y cobra sobre el peso del artículo elaborado, incluyendo el de las cajetillas, cromos y envolturas, "tan pronto como el tabaco se halle en estado de darlo a la venta."

"La Ordenanza 51 de 1927, que fijó la tasa del impuesto de tabaco, nada dijo respecto del peso de tales cajetillas, cromos y envolturas, pero como sus disposiciones no son contrarias a las de la Ordenanza 62 de 1925, no puede estimarse esta Ordenanza 62 de 1925 derogada, ni expresa ni tácitamente.

"Vino luego la Ordenanza 11 de 1930, e igualmente nada dijo respecto del peso de las cajetillas, cromos y envolturas, pero si determinó que los impuestos de tabaco se causan sean cuales fueren los ingredientes que se empleen o agreguen a los cigarrillos o cigarros, y que se pagarían *inmediatamente después de su elaboración.*

“La Ordenanza 23 de 1936 repitió que los impuestos de tabaco se causan sean cuales fueren los ingredientes que se empleen o agreguen a los cigarros, cigarrillos, rapé, picadura, etc., y que se pagarían *inmediatamente después de que el tabaco sea elaborado*.

“Ni la Ordenanza 11 de 1930, ni la Ordenanza 23 de 1936 traen disposiciones contrarias a las de la Ordenanza 62 de 1925, y no puede estimarse que por ellas se haya derogado el artículo 2º de esta Ordenanza 62 de 1925.

“La Gobernación del Departamento, entonces a cargo del doctor Parra Cárdenas, en presencia de la situación creada con el tratado comercial de Colombia y los Estados Unidos, y su repercusión sobre el consumo del tabaco colombiano, dictó el Decreto 757 de 1936, con una interpretación personalísima suya y del entonces Procurador del Departamento, doctor Madero, deduciendo que por haber dispuesto la Ordenanza de 1930, en vigencia a tiempo de dictarse el decreto, que el impuesto se pagara *inmediatamente después de su elaboración* y disponer la Ordenanza 23 de 1936, que entraba a regir en el mes de noviembre siguiente al de octubre en que dictó el decreto, que el impuesto se pagara *inmediatamente después de que el tabaco sea elaborado*, el querer de la Asamblea era el de cambiar el sistema de liquidación y dejar sin gravamen el peso de las cajetillas, cromos, etc.

“En vigencia el Decreto 757, vino la nueva Asamblea y expidió la Ordenanza 57 de 1937, por la cual se aclara y adiciona la 23 de 1936, y dispuso:

‘Los impuestos se pagarán al salir los cigarrillos de la fábrica, cuando su elaboración se verifica en Cundinamarca, pues se considera como consumo el hecho del despacho para su venta.’

“Basta comparar los términos de las Ordenanzas 11 de 1930 y 23 de 1936, cuando dicen, la primera: que los impuestos de tabaco se pagarán *inmediatamente después de su elaboración*, y la segunda: *inmediatamente después de que el tabaco sea elaborado*, con los empleados por la Ordenanza 57 de 1937, que dice: ‘*los impuestos se pagarán al salir los cigarrillos de la fábrica*,’ para que aparezca a primera vista, que el espíritu de la nueva Ordenanza 57 de 1937 fue el de precisar que el impuesto se causaba y pagaba, no inmediatamente después de la elaboración del tabaco, esto es, cuando aún no estaba tal y como se ofrece al público para su consumo, sino al salir los cigarrillos de la fábrica, ya listos al consumo, tal y como se ofrecen al público para ese consumo, con cajetillas, cromos, etc. Y que esto es así, lo demuestra el que al expedirse la Ordenanza 57 de 1937, dijo la Asamblea: ‘*por la cual se aclara y adiciona la número 23 sobre tabaco*.’ No es la Gobernación la llamada conforme a la ley a aclarar ordenanzas, es la misma Asamblea que las expide. Por tanto, en vigencia la Ordenanza 57 de 1937, el Decreto 757 de 1936, contrario a ella y, repito, tan sólo interpretación personalísima del entonces Gobernador doctor Cárdenas, antes de la Ordenanza 57 de 1937, no podía tener aplicación porque una ordenanza, en todo caso, prima sobre un decreto.

“De aquí que el Decreto 133 de 1939, al declarar expresamente la derogación del 757 de 1936, no hiciera otra cosa que confirmar la derogación tácita ya hecha por la Ordenanza 57 de 1937. La Asamblea no tenía necesidad de tener en consideración las disposiciones de este o aquel decreto interpretativo, de la Gobernación, ni tenía por qué hacer alusión alguna a ellos. Esos decretos se derogan o se modifican por otro decreto y quedan sin valor desde que estén en oposición a los mandatos de una ordenanza. Precisamente si el espíritu de la Ordenanza 57 de 1937, la voluntad de la Asamblea que la expidió, hubieran sido el que se hiciera deducción para la liquidación del impuesto sobre tabaco del peso de las cajetillas, cromos, etc., se hubiera dicho, habría tenido

que decirse, porque no se podía dejar factor tan importante a la voluntad o interpretación de un Gobernador, que, clausurada la Asamblea, podía legalmente derogar el Decreto 757. La Asamblea aclaró la Ordenanza 23 de 1936, y hecha esa aclaración, la interpretación contraria del Gobernador Cárdenas antes de la Ordenanza 57 de 1937, desaparece ante la ley. No puede aceptarse *prima facie* que el Gobernador de Cundinamarca al expedir el artículo 3º del Decreto 133 excedió la facultad reglamentaria; para ello es necesario demostrar que la Ordenanza 62 de 1925 está derogada, y esta demostración no se ha hecho, y las razones al respecto del suscrito en sus alegatos al Tribunal Administrativo no se han contradicho.”

Habiéndose dado al recurso la tramitación que señala el artículo 488 del Código Judicial, se procede a desatarlo mediante las siguientes consideraciones:

El Consejo ha aceptado la tesis del opositor acerca de que las ordenanzas departamentales de 1916, 1917 y 1925, disponían que al liquidar el impuesto sobre los cigarrillos se incluyera en el peso neto de cada kilogramo, el peso de las cajetillas, cromos, etc. Pero también ha dicho que la Ordenanza 23 de 1936 estableció que el pago del impuesto se efectuaría inmediatamente después de que el tabaco fuera elaborado, y que la Gobernación del Departamento, de acuerdo con el concepto del Abogado consultor de la Administración General de Rentas y del Procurador General del mismo Departamento, entendió que esta ordenanza había modificado las anteriores en el sentido de disponer que para el cobro del impuesto se prescindiera de los elementos que formaban las cajetillas de cigarrillos y cigarros, envolturas, cromos, etc., y que en consecuencia, dictó el Decreto reglamentario número 757 de 1936, por el cual dispuso deducir el peso de estos elementos al liquidar el impuesto sobre el tabaco, y que era estando vigente este decreto, cuando la Asamblea había expedido la Ordenanza 57 de 1937, sin expresar —como ha debido hacerlo, dada la inteligencia que la Gobernación había hecho de la Ordenanza 23 de 1936— que su pensamiento fuera el que en adelante se volviera al sistema anterior, o sea a incluir en la liquidación del impuesto el peso de las cajetillas, cromos, etc.

Los términos del artículo 2º de la Ordenanza 57 de 1937, a primera vista, no se prestan a la interpretación que le da el recurrente. En efecto, dicho artículo reza lo siguiente:

“Los impuestos se pagarán al salir los cigarrillos de la fábrica, cuando su elaboración se verifica en Cundinamarca, pues se considera como consumo el hecho del despacho para su venta. El introducido al Departamento en cigarrillos o en cigarros, deberá pagar el impuesto inmediatamente que este acto se verifique.”

El Consejo no ha encontrado, *prima facie*, de dónde deducir que esta disposición lo que ha querido decir sea que en la liquidación del impuesto se incluya el peso de las cajetillas, envolturas, etc., pues lo que el artículo expresa claramente no es la forma en que el impuesto deba liquidarse, sino el momento en que se causa, y como la ley ha dicho que el impuesto se causa por el consumo, la ordenanza expresa que se considera como consumo el hecho del despacho para su venta, y que en tal virtud los impuestos deberán pagarse al salir los cigarrillos de la fábrica, cuando su elaboración se verifica en Cundinamarca, o al introducirse al Departamento cuando proceden de otros.

Si la Ordenanza 57 de 1937 significa que al liquidar el impuesto sobre cigarros y cigarrillos no debe hacerse deducción del peso por cajetillas, cromos y envoltura de papel, empleados en los empaques, no habría habido necesidad de que el Gobernador de Cundinamarca, por el artículo 3º del Decreto número 133 acusado, hubiera dispuesto que no se hi-

ciera tal deducción, pues le habría bastado derogar el Decreto 757 de 7 de octubre de 1936, y aplicar la Ordenanza 57 de 1937.

Pero precisamente porque esta ordenanza no expresa que en la liquidación del impuesto se incluya el peso de las envolturas, para poder verificar la liquidación en esta forma fue menester expedir el artículo 3º del Decreto 133, en que, excediendo la facultad reglamentaria aparece, a lo menos a primera vista, que la Gobernación establece normas que no son desarrollo de la ordenanza reglamentada.

El Consejo no ha expresado en ninguna parte el concepto de que fuera menester una ordenanza para derogar las disposiciones del Decreto 757; lo que ha dicho y ahora repite, es que estando vigente este Decreto cuando se expidió la Ordenanza 57, y siendo ésta a la sazón la forma de recaudo del impuesto, si el propósito de la Asamblea hubiera sido volver al sistema anterior a la Ordenanza 23 de 1936, lo habría dicho expresamente, porque tratándose de una materia tan importante para el Fisco Departamental y para los contribuyentes, no podía dejarse esto a una interpretación discutible del texto de la ordenanza, ni a una reglamentación que podía ser materia de recursos contencioso-administrativos.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado no accede a reponer el auto de 30 del mes pasado a que se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Eliás Abad Mesa—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas. Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V., Secretario.

Licencias por enfermedad

Consejero ponente, doctor

ELIAS ABAD MESA

Si se aceptara que el artículo 3° de la Ley 86 de 1923 es eficaz por sí mismo, o sea que su aplicación no depende de la obtención de la licencia o de la prórroga de ésta, sería lícito, por enfermedad, el abandono del puesto sin aviso alguno, lo que pugna con el principio de la continuidad del servicio público.

Dentro de nuestro régimen, legal la licencia o la prórroga de ésta, son hechos que no se demuestran con simples inferencias, sino con documentos que con toda claridad los expresen.

Consejo de Estado—Bogotá, julio trece de mil novecientos treinta y nueve.

En escrito del 15 de marzo pasado, el señor Guillermo Rey Chacón demandó la providencia del Ministerio de Obras Públicas, proferida en el mes anterior, por medio de la cual se le negó la solicitud de reconocimiento de "medio sueldo durante tres meses de licencia concedida por el Ministerio de Guerra, por motivo de enfermedad."

Se funda el actor en los siguientes hechos:

"1° Por medio del Decreto número 305 de fecha 19 de febrero del año de 1936, dictado por el Poder Ejecutivo, o sea por el Órgano Ejecutivo, fui nombrado Contador Pagador General, dependiente de la Sección de Navegación y Obras Públicas del Sur, del entonces Ministerio de Agricultura y Comercio.

"2° Con fecha 11 de marzo del mismo año de 1936 tomé posesión del cargo ante el señor Ministro del ramo.

"3° Me encontraba en el desempeño del cargo, cuando me enfermé, y solicité licencia para separarme, por motivo de mi enfermedad.

"4° La licencia se me concedió por el término de tres meses, contados del día 7 de junio del año de 1938, y que vencieron el día 7 de septiembre del mismo año de 1938.

"5° Aunque oportunamente solicité se me prorrogara dicha licencia por otros tres meses más, porque la enfermedad me aquejaba todavía, no se encontró en el archivo correspondiente, ni el decreto que la decretara, ni siquiera el memorial en que fue solicitada, como lo certifica el señor Director General de Marina del Ministerio de Guerra, en la solicitud que sobre la copia, o mejor dicho, sobre la expedición de una copia elevé al señor Ministro de la Guerra, según el comprobante que sobre este hecho acompaño.

"6° No obstante el no encontrarse los comprobantes de la prórroga de la licencia por los tres meses, resolví solicitar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 86 de 1923, que se me pagara el medio sueldo a que tengo derecho por el motivo de la enfermedad ya dicha y comprobada legalmente ante el señor Ministro.

"7º El Ministerio de Obras Públicas, por medio de la Resolución de fecha 9 del mes de febrero último, decidió negarme el pago de ese medio sueldo, durante los tres meses más, basándose en que de acuerdo con los decretos reglamentarios de la mencionada Ley, es necesario pedir, por una parte la licencia, y por otra decretarla, para así tener derecho a recibir tal medio sueldo.

"8º Con la copia de la Resolución que acuso queda de hecho establecido lo siguiente:

a) Que cuando me enfermé estaba al servicio del Gobierno en el cargo mencionado;

b) Que me fue concedida una licencia, por motivo de enfermedad, por el término de tres meses, y se me reconoció el medio sueldo que me correspondía;

c) Que para que esto se hiciera debió estar probada mi enfermedad debidamente;

d) Que el único fundamento que se alega para no reconocerme el medio sueldo durante los otros tres meses es el de que no solicité la prórroga de la licencia, lo cual considera el Ministro como esencial para el reconocimiento de ese medio sueldo."

Invoca asimismo el demandante lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 86 de 1923, que dispone:

"Todo empleado público nacional tendrá derecho a la mitad del sueldo que devengue mensualmente, hasta por seis meses, cuando por consecuencia de enfermedad contraída en el servicio o agravada por causa de éste, se halle imposibilitado para prestarlo. Para gozar de este beneficio es indispensable un certificado de los médicos graduados."

El Ministerio a su vez aduce los Decretos 1682 de 1932 y 830 de 1934, reglamentarios de aquel precepto; dice que el artículo 1º del primeramente citado subordina la concesión del medio sueldo a la de una licencia y a los demás requisitos que enumera el artículo 2º, y añade que el señor Rey Chacón, en cuanto que la licencia se le concedió por tres meses, que vencieron el 7 de septiembre de 1938, sin que hubiera intervenido solicitud ni concesión de prórroga, dejó de ser empleado del Gobierno al día siguiente de tal vencimiento, de conformidad con el artículo 292 del Código Político y Municipal.

El señor Rey Chacón alega que además, el transcrito precepto tiene por sí mismo plena eficacia; que desapareció del archivo, sin su culpa, la solicitud de prórroga; que con posterioridad al vencimiento de la licencia concedida, el Médico Inspector del Ministerio de Obras Públicas pidió el tratamiento y el suministro de drogas al señor Rey Chacón; que los decretos citados por el Ministerio exceden la potestad reglamentaria y resultan, por tanto, inaplicables al caso, y que es errónea la aplicación del artículo 292 del Código Político y Municipal, porque concordado con otros del mismo estatuto, no reglamenta el caso de licencia por enfermedad.

Cumplida la tramitación correspondiente, se considera para resolver:

El señor Fiscal observa que no hay constancia de que la resolución acusada hubiera sido notificada y no se hubiera interpuesto en tiempo el recurso de reposición, lo que puede dar lugar a que se considere que no se trata de providencia que haya puesto fin a una actuación administrativa, y que por este aspecto no puede prosperar la demanda.

En cuanto al requisito de la notificación, figura en el expediente (folio 1), una nota acompañada por el mismo demandante, suscrita por el señor Director General de Navegación el 9 de febrero último, en la cual se le comunica al señor Rey que junto con ella se le remite copia de la providencia proferida por el Ministerio. No hay duda,

pues, de que de ésta tuvo conocimiento oportuno el interesado, en forma que suple la notificación, para los efectos legales.

Y por lo que hace al hecho de no haber solicitado reposición el señor Rey, resulta indudable que tal recurso no es obligatorio, y que basta, para que tenga cabida el contencioso-administrativo, que la actuación correspondiente termine con una decisión del funcionario competente, el Ministro en este caso. Así se desprende de la jurisprudencia constante de esta Corporación.

Estudiada la cuestión de fondo, se observa que los decretos reglamentarios a que se refiere la resolución acusada se ajustan a las disposiciones legales pertinentes, o sea al artículo 3º de la Ley 86 de 1923 y a las demás que señalan la esfera de acción del Gobierno sobre el particular.

En efecto, aquéllas fijan el procedimiento que debe seguirse para la efectividad del auxilio por enfermedad, procedimiento que podía determinar el Ejecutivo al tenor de lo dispuesto en los artículos 334 y 335 del Código Político y Municipal. De manera que, fuera del ejercicio de la potestad reglamentaria, según la Constitución, el Gobierno lizo uso de la segunda atribución legal antedicha, acatando también otros preceptos del mencionado Código.

El artículo 292 citado en la Resolución, establece que el que obtenga licencia para separarse de un destino lucrativo de voluntaria aceptación, debe encargarse de él al terminar su licencia, a más tardar, y que si así no lo verifica, queda de hecho vacante el destino, y se provee por quien corresponda, sin perjuicio de la responsabilidad por abandono del destino.

Es claro que si concurre justa causa, la licencia puede prorrogarse por el término que aquélla dure, pero, para obtenerla, por el tiempo ordinario, o por uno extraordinario, y hasta el límite máximo permitido, se requiere solicitud previa del interesado, debidamente fundada cuando se pretende una de más de sesenta días.

En realidad, la norma del artículo 3º de la Ley 86 de 1923 vino a sustituir, para el evento de enfermedad, la consignada al final del artículo 293 del Código Político y Municipal, que dice que el que obtenga licencia (para separarse de un destino lucrativo) no tiene derecho a parte alguna del sueldo en ningún caso. En lo demás, se repite, subsisten las reglas generales sobre licencias.

Aún más: si se aceptara el argumento del actor, consistente en que dicho artículo es eficaz por sí mismo, o sea que su aplicación no depende de la obtención de la licencia o de la prórroga de ésta, tampoco hubiera sido necesario que el señor Rey pidiera la de tres meses que le fue concedida, y sería lícito, por enfermedad, el abandono del puesto sin aviso alguno, lo que pugna con el principio de continuidad del servicio público.

De otro lado, la atención médica prestada al señor Rey con posterioridad al vencimiento del término de la licencia que obtuvo, no indica prórroga automática, ni presupone solicitud, puesto que dentro de nuestro régimen legal esos hechos no se demuestran con simples inferencias, sino con documentos que con toda claridad los expresen, provenientes de constancias que existan en los libros respectivos y que se hallen revestidos de las formalidades que les son propias, como la de haberse accedido a determinada solicitud de prórroga, o de nueva licencia por el competente funcionario. Tal es en este punto y en otros expuestos el espíritu de las disposiciones de que se ha hecho mérito, contenidas en el Código Político y Municipal.

No sobra añadir que la afirmación del señor Rey Chacón de haber solicitado oportunamente prórroga de la licencia no está comprobada

en forma alguna, y ni siquiera intentó acreditar la pérdida o extravío del memorial correspondiente.

Por las razones anteriores, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo en el fondo con el señor Fiscal, niega las peticiones de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Elias Abad Mesa—Gonzalo Gaitán—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas. Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Primas militares de alojamiento

Consejero ponente, doctor

ELIAS ABAD MESA

Quando se dictó el Decreto número 996 de 1934, no existía la llamada "prima de alojamiento". Ni una interpretación extensiva de ese Decreto, hecha con criterio de máxima amplitud, permitiría incluir tal prima de alojamiento en sus previsiones, aun en el supuesto de que el Decreto hubiera atribuido a los Oficiales de Sanidad todos los beneficios entonces posibles a favor de los Oficiales de Guerra. No podría el Gobierno, dados los términos del artículo 4º de la Ley 55 de 1938, reconocer el derecho a la prima de alojamiento a empleados distintos de los Oficiales de Guerra.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto diez y seis de mil novecientos treinta y nueve.

El doctor Miguel Gómez Archila, como médico al servicio del Ejército con el grado de Capitán, solicitó del Ministerio de Guerra que se ordenara a su favor el pago de la prima de alojamiento reconocida por el artículo 4º de la Ley 55 de 1938, que es del siguiente tenor:

"Los Oficiales y Suboficiales de Guerra de las fuerzas militares en servicio activo, que sean casados, gozarán de una prima de alojamiento mensual, así:

De ocho por ciento del sueldo, los casados sin hijos.

De quince por ciento del sueldo, los casados y viudos, con hijos."

Por Resoluciones números 118 y 224, de 11 de febrero y 7 de marzo del año en curso, respectivamente, se negó lo pedido, por lo cual el doctor Gómez Archila intentó recurso de nulidad ante esta Corporación, en demanda del 10 de mayo pasado.

Se funda el doctor Gómez Archila en las disposiciones a que más adelante se hace referencia, y expone los siguientes hechos, que se hallan acreditados en legal forma:

"1º Que soy Oficial de Sanidad del Ejército en servicio activo;

"2º Que tengo el grado de Capitán efectivo, conferido, por ascenso, por Decreto número 2338 de 1935;

"3º Que en la actualidad desempeño el cargo de Jefe de la Consulta externa de la Dirección General de Sanidad, con el grado de Capitán en servicio activo, como se desprende de las actas de posesión que van adjuntas;

"4º Que soy casado. Se adjunta la partida correspondiente; y

"5º Que el Ministerio de Guerra, por medio de las Resoluciones 118 y 224 del presente año, me niega el pago de la prima de alojamiento decretada por el artículo 4º de la Ley 55 de 1938, que desde su vigencia está pagando a todos los Oficiales, inclusive los de Sanidad de la Marina, lo que prueba el certificado de la Dirección General de Marina, que acompaño a este memorial."

Surtida la tramitación propia del negocio, se pasa al pronunciamiento del fallo definitivo.

Se observa:

La Ley 23 de 1916 regula lo concerniente a nombramientos y ascensos de determinados miembros de la institución armada. De conformidad con el artículo 1º, "los nombramientos y ascensos de los Oficiales de Guerra, Oficiales de Sanidad y empleados militares se harán por el Poder Ejecutivo..." Tanto en este precepto como en los demás de la misma ley (artículos 2º, 3º, y Capítulo IV), se menciona por separado a los Oficiales de Guerra y a los de Sanidad, en forma que establece clara diferencia entre unos y otros, y se reglamenta, también por separado, lo relativo a ingreso y ascenso en el Ejército de los individuos pertenecientes a una y otra categoría. De modo que, teniéndose en cuenta su denominación peculiar, dicha ley consagra para los de Sanidad normas que no podrían aplicarse a los de Guerra, y contiene algunas, entre ellas el artículo 3º, que tampoco comprende o puede aplicarse a los de Sanidad, lo que, desde luego, no se opone a que aquéllos y éstos, para efectos expresamente definidos, participen de las mismas prerrogativas y obligaciones.

Con apoyo en tal ley y en otras posteriores, especialmente en el artículo 15 de la Ley 26 de 1916, y en varios decretos, el Ejecutivo dictó el Decreto número 996, de 12 de mayo de 1934 (*Diario Oficial* correspondiente al 24 de mayo del propio año), que el demandante invoca para sostener que los Oficiales de Sanidad fueron asimilados a Oficiales de Guerra. Ello es así por lo que respecta a ascensos, aunque no siempre de manera igual, y en cuanto a derecho a sueldo de retiro y pensiones, de acuerdo con la Ley 75 de 1925 y en las condiciones que señala el Decreto 1386 de 1932. Pero ocurre que cuando aquél se dictó, no existía la llamada *prima de alojamiento*; que, para que fuera exigible, se necesitó que el Congreso expidiera una disposición especial—el artículo primeramente transcrito—y que, aun en el supuesto de que el Decreto 996 hubiera atribuido a los Oficiales de Sanidad todos los beneficios entonces posibles a favor de los Oficiales de Guerra, mal podría incluir el de que ahora se trata y que ha motivado este juicio. Mejor dicho, aunque el Gobierno hubiera querido explícitamente que en la denominación de *Oficiales de Guerra* cupieran los de Sanidad, subsistirían, como subsisten, con aplicación preferente, las normas que designan por separado a dichos individuos, puesto que actualmente no rige ninguna procedente del Congreso que haya suprimido la diferencia a que atrás se aludió, consignada en la Ley 23 de 1916.

Además, como se anota en la Resolución número 118, esa diferencia es ostensible según los términos del párrafo del artículo 4º del Decreto 996 *ib.*, que dice:

"Los Oficiales de Sanidad tienen derecho al sueldo de retiro en la misma forma y condiciones que los Oficiales de Guerra..."

Así es que si en el artículo 4º de la Ley 55 de 1938 se restringió el goce de la prima de alojamiento en favor de los Oficiales y Suboficiales de Guerra, no cabe sino la interpretación que corresponde a las disposiciones de carácter excepcional, aun sobre la hipótesis de que la legislación anterior respaldara, para ciertos eventos, las afirmaciones del demandante.

Por lo que hace al razonamiento consistente en que aparece anómalo que a los Oficiales de Sanidad de la Marina se les reconozca la prima de alojamiento y no a los del Ejército, baste advertir que el doctor Gómez Archila no funda ninguno de los cargos de la demanda en la ley y el decreto orgánicos de la Armada, que no atañen a su situación militar.

No sobra agregar, asimismo, que la prima de alojamiento, como asignación que adopta el carácter de sobresueldo por las circunstancias especiales en que se encuentran algunos miembros de la institución armada, la señaló el Congreso en ejercicio de la facultad que le corresponde de fijar las dotaciones de los empleados creados o autorizados por él. De donde se infiere que, subsistiendo, como subsiste en la ley la diferencia entre los Oficiales de Guerra y los Oficiales de Sanidad, ni una interpretación extensiva del Decreto 996 de 1934, hecha con criterio de máxima amplitud, permitiría entender incluida tal prima de alojamiento en las provisiones de éste, y que por igual motivo no podría el Gobierno, dados los términos del artículo 4º de la Ley 55 de 1938, reconocer el derecho a ella a empleados distintos de los Oficiales de Guerra. El que, en el hecho, pueda implicar una injusticia la exclusión de los Oficiales de Sanidad del Ejército, no es cosa que constituya ilegalidad de las resoluciones acusadas.

De todo lo anterior resulta forzoso concluir que la expresión *Oficiales de Guerra* no es genérica sino específica, como lo sostiene también el señor Fiscal, quien conceptúa en el sentido de que deben rechazarse las pretensiones del actor.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el señor Fiscal, niega las peticiones de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

Tulló Enrique Tascón—Eliás Abad Mesa—Gonzalo Gaitán—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Carlos Rivadeneira G.—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Actos de entidades autonomas

Consejero ponente, doctor

ELIAS ABAD MESA

El recurso contencioso-administrativo sólo es posible contra actos del Gobierno o resoluciones que pongan fin a una actuación administrativa ministerial. Al Consejo de Estado no se le ha dado competencia para conocer de actos de corporaciones o entidades que cooperen en la Administración Pública Nacional con autonomía absoluta o relativa. De ahí que las decisiones de la Comisión de Sueldos de Retiro deban considerarse sustraídas al control jurisdiccional.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto veintidós de mil novecientos treinta y nueve.

Por medio de apoderado el señor Lino Peláez B. pide, en demanda de 11 de abril último, que se declare la nulidad de la Resolución de 20 de diciembre de 1938, en virtud de la cual la Comisión de Sueldos de Retiro, presidida por el señor Ministro de Guerra, no accedió a reponer una anterior en que se le niega a dicho demandante la devolución de las cuotas del dos por ciento de su hijo, el Sargento Carlos Peláez A., fallecido al servicio del Ejército.

Se ha surtido la correspondiente tramitación y, para resolver, se considera:

Aunque procediera —y no procede, como luégo se verá— la acción intentada, y si, además, prosperara, el fallo de esta corporación no surtiría el efecto que se pretende, puesto que quedaría en pie la Resolución primitiva, fechada el 20 de mayo de 1938, que no ha sido objeto de acusación. En repetidas ocasiones ha dicho el Consejo que cuando, para ponerle fin a una actuación administrativa, recaen dos providencias sobre un mismo asunto, confirmatoria la segunda de la primera, y ambas adversas a la solicitud del respectivo interesado, contra ambas debe dirigirse el recurso contencioso-administrativo. Si no fuera así, el encargado de acatar la respectiva decisión jurisdiccional se encontraría en presencia de dos soluciones distintas, de idéntico valor jurídico, y de igual obligatoriedad. Sobraría insistir a este respecto, ya que, de otro lado, lo fundamental del problema suscita razonamientos de otro orden.

La Ley 3ª de 1937 reformó y modificó las disposiciones anteriores sobre Caja de Sueldos de Retiro de Suboficiales del Ejército, que ya había sido creada por la Ley 104 de 1927 y que, entonces como ahora, depende de la Comisión de Sueldos de Retiro instituida por la Ley 75 de 1925, o sea una de varios miembros a la cual se atribuyó el manejo de la Caja de Sueldos de Retiro de los Oficiales de la Institución Armada.

En otros términos, según disposiciones vigentes, la Caja de Sueldos de Retiro del Ejército, constituida con fondos propios, provenientes

de cuotas de quienes de ella pueden beneficiarse y de diversos aportes del Tesoro Público, actúa independientemente y se maneja por la llamada Comisión de Sueldos de Retiro, integrada por cinco miembros, uno de ellos el señor Ministro de Guerra, quien la preside y a quien sustituye en sus faltas accidentales el Secretario del Ministerio, funcionario que a su vez no autoriza como tal las correspondientes resoluciones, ya que a empleado distinto se le ha asignado tal función. Las decisiones de la Comisión se adoptan por mayoría, pudiendo cualquiera de los miembros salvar su voto.

En estas condiciones el Ministerio, en cuanto no está facultado para obrar separadamente, no profiere providencias a las cuales pueda atribuirse aptitud para el recurso contencioso administrativo, sólo posible, en lo pertinente, contra actos del Gobierno o resoluciones que pongan fin a una actuación administrativa ministerial. Mejor dicho, al Consejo de Estado no se le ha dado competencia para conocer de actos de corporaciones o entidades que cooperen en la Administración Pública Nacional con autonomía absoluta o relativa, sino de los emanados de determinados funcionarios, expresión esta última que en la terminología jurídica no es aplicable a aquéllas.

De ahí que las decisiones de la Comisión de Sueldos de Retiro deban considerarse sustraídas al control de esta jurisdicción.

Además, la circunstancia de que la actuación del Ministro pueda ser suplida por el Secretario del Ministerio, cuyos actos asimismo escapan al control jurisdiccional del Consejo, indica que las providencias de la Comisión de Sueldos de Retiro no pertenecen a la categoría de las propiamente denominadas resoluciones ministeriales.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, oído el concepto del señor Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se declara inhibido para conocer de este negocio.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese a quien corresponda y archívese el expediente.

Tuño Enrique Tascón—Eliás Abad Mesa—Gonzalo Gaitán—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Carlos Rivadeneira G.—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Traslados de maestros

Consejero ponente, doctor
ELIAS ABAD MESA

Corresponde a los Gobernadores nombrar y remover libremente a los maestros de escuela, en armonía con la organización y reglamentación que determine el Ministerio de Educación, de acuerdo con las facultades dadas al Ejecutivo por la Ley 12 de 1934 y las leyes adicionales.

Cuando contra el decreto de un Gobernador, por el cual se promueve a un maestro de un puesto a otro, no se ha formulado cargo alguno del que pueda deducirse que la Gobernación no procedió de conformidad con las normas pertinentes del Gobierno, vigentes al tiempo de dictarlo, el acto debe presumirse ajustado a ellas.

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

Por medio de apoderado, la señorita Marina Chamorro Reinel demandó ante el Tribunal Administrativo de Pasto, en escrito de 27 de octubre de 1938, la nulidad del Decreto 604 de 14 de octubre del propio año, dictado por el señor Gobernador del Departamento, en virtud del cual se le promovió del cargo de Subdirectora de la Escuela de Niñas número 2, de Tumaco, al de Directora de la Escuela de Niñas de San Bernardo, de dicho Municipio. El apoderado solicitó también la restitución de la señorita Chamorro a su antiguo puesto y que se ordenara pagar del Tesoro del Departamento los sueldos correspondientes al primitivo cargo de Subdirectora, por todo el tiempo que indebidamente sea privada de él.

En sentencia del tres de febrero del año en curso, el Tribunal decidió que no es el caso de declarar la nulidad pedida, ni consecuentemente las demás peticiones de la demanda.

Interpuesto recurso de apelación por el apoderado de la interesada, el que le fue concedido, vinieron los autos al Consejo, donde se ha surtido la tramitación legal.

Para resolver se considera:

Corresponde a los Gobernadores nombrar y remover libremente a los maestros de escuela, en armonía con la organización y reglamentación que determine el Ministerio de Educación acerca de cambios, remociones o suspensión en el ejercicio de sus funciones, sobre la base de capacidad técnica, estado de salud, conducta moral, condiciones de localidad y recompensa o ascenso por sus méritos, de acuerdo con las facultades dadas al Ejecutivo por la Ley 12 de 1934.

En desarrollo de estos preceptos, el Gobierno ha expedido varios Decretos.

En el 1602 de 1936, creó el Escalafón Nacional del Magisterio, y estableció que para formar parte de él o para cambios, remociones o suspensión en el ejercicio de sus funciones es preciso encontrarse en algu-

nos de los casos previstos en el artículo 8º, o ser incompetente, circunstancias que los Gobernadores deben tener en cuenta y comprobar previamente.

Vino luego el Decreto 537 de marzo 4 de 1937 (*Diario Oficial* correspondiente al 26 de febrero de 1938), que dispuso que un maestro no podría ser trasladado de una escuela a otra sino:

a) Por incapacidad física para vivir en el clima para donde ha sido nombrado;

b) Por acuerdo mutuo entre los maestros, aprobado por la respectiva Dirección de Educación; y

c) Cuando la Dirección de Educación, previo el estudio del expediente del caso, que deberá ser levantado por el respectivo Inspector Escolar, estime que el traslado es de imprescindible necesidad para la buena marcha de la escuela. Perfeccionado el estudio del expediente, el Director de Educación llamará al maestro a su Despacho a fin de que presente sus descargos, para lo cual se le concederá un término prudencial, y si de tal actuación resultare que el traslado es necesario, se procederá a hacer el nombramiento del caso.

Actualmente rige, por lo que hace a traslados de una escuela a otra de maestros escalafonados nombrados en propiedad, el artículo 1º del Decreto 2255 de 10 de diciembre de 1938, sustitutivo del parágrafo 5º de dicho Decreto 537 de 1937 y posterior al acto acusado, que permite aquéllos a juicio del Director de Educación y del respectivo Inspector de Zona, siempre que la medida sea conveniente para la mejor marcha de la educación. De lo determinado al respecto debe dejarse constancia en un acta firmada por los mencionados funcionarios.

Ocurre, pues, que el Decreto 604 ib. objeto de la demanda, debe presumirse ajustado al 537 de que se ha hecho referencia, si se atiende a que el actor no ha formulado cargo alguno del que se pueda deducir que la Gobernación de Nariño no procedió de conformidad con las normas pertinentes. Entre las disposiciones cuya infracción se alega no se cita ninguna de las que entonces regulaban lo relativo a traslados.

No acepta el Consejo el criterio rígido que inspiró la sentencia de primera instancia, puesto que el traslado de la señorita Chamorro a la Escuela de San Bernardo de la a que con anterioridad se le había destinado, hace presumir que se le consideró en ejercicio de sus funciones al expedirse el Decreto 604.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, en acuerdo con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia recurrida.

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

Tulio Enrique Tascón—Elias Abad Mesa—Gonzalo Gaitán—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Carlos Rivadeneira G.—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Institutos autónomos de enseñanza

Consejero ponente, doctor
ELIAS ABAD MESA

Si a un colegio, en el estatuto que lo estableció y reglamentó, se le dio autonomía para recaudar, manejar e invertir sus rentas y defender y sostener en todo caso sus intereses, le es aplicable lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 39 de 1903, sobre el carácter de autónomos de los establecimientos de instrucción pública que tengan bienes o rentas propias. No es un colegio departamental, sino un establecimiento que goza de personería jurídica propia, conforme al artículo 80 de la Ley 153 de 1887.

Para que se ajuste a las autorizaciones legales—artículo 1º de la Ley 91 de 1938— el contrato de nacionalización de un instituto de esa especie, que es un establecimiento público, necesita ser celebrado, por lo que atañe a la personería de la parte que contrate a nombre del colegio, con intervención de quienes tienen la representación legal de éste.

Consejo de Estado—Bogotá, veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y nueve.

Entre el Ministro de Educación Nacional, debidamente autorizado por el señor Presidente de la República, en representación de la Nación, y el doctor Demetrio García Vásquez, Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, a nombre y representación de dicho Departamento, autorizado a su vez por el Consejo Directivo del Colegio Académico de Cartago por la Resolución número 1º de 1938, se ha celebrado un contrato en virtud del cual el Gobierno asume desde el 1º de mayo del corriente año la dirección y organización del mencionado Colegio por un mínimo de veinte años, estipulándose que el Gobierno Nacional continuará dando en dicho plantel enseñanza de acuerdo con pécunias y programas que al efecto dicte el Ministerio de Educación, reservándose el mismo Gobierno el nombramiento y remoción del personal directivo, docente y administrativo del Colegio, y haciendo de cargo de la Nación la fijación y pago de los sueldos correspondientes.

El Departamento, por su parte, se obliga a destinar para el servicio del Colegio las casas de habitación de propiedad del citado Colegio, los títulos de renta nominal provenientes de la incautación de los bienes llamados de manos muertas, a entregarle al Gobierno los laboratorios, biblioteca y elementos y enseres de que dispone el Colegio, así como los auxilios y subvenciones que ha venido recibiendo.

El Gobierno se obliga a devolverle al Departamento los bienes cuyo usufructo éste le cede, así como los elementos antes mencionados, al vencimiento del contrato, si no fuere prorrogado, salvo el deterioro natural por el uso legítimo.

El Departamento se obliga a subvencionar al Colegio con la suma de seis mil pesos anuales, que el Tesoro Departamental entregará por doceavas partes al Tesorero Pagador del instituto, y la Nación contribuirá en este año para gastos del Colegio con la suma de veinte mil pesos.

Del número de becas que el Ministerio determine establecer en el Colegio, la mitad de ellas se adjudicarán a estudiantes del Departamento del Valle del Cauca, y la otra mitad será distribuida proporcionalmente entre los demás Departamentos.

Se expresa que no se estipularon causales de caducidad por ser las partes contratantes entidades de derecho público.

Llegado el contrato a esta corporación para ser revisado, el Consejero sustanciador dictó la providencia que en seguida se transcribe:

“Consejo de Estado—Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos treinta y nueve. En el oficio número 81564 del 9 de agosto último, el señor Secretario del Ministerio de Educación Nacional al anunciar el envío a esta corporación del contrato celebrado con el señor Gobernador del Departamento del Valle sobre nacionalización del Colegio Académico de Cartago, expresa que no es posible llenar el requisito de agregar el certificado sobre reserva legal de fondos, de acuerdo con el artículo 9º del Decreto-ley 911 de 1932, puesto que se trata de atender un servicio público directamente prestado por el Gobierno, en que las sumas destinadas para ello se distribuyen por decreto especial. Se observa, empero, que el Consejo de Ministros conceptuó en el sentido de que el señor Presidente de la República podía impartirle su aprobación a dicho contrato siempre que se tuvieran en cuenta las observaciones formuladas en el informe del señor Abogado Consultor, que se reducen al hecho de que se cumpla la formalidad expresada. En estas condiciones, por cuanto al Consejo de Estado no le corresponde, y sí al Consejo de Ministros, a solicitud del Ministro respectivo, introducir la modificación pedida, se ordena devolver el expediente para los efectos a que haya lugar. Cúmplase. *Eltas Abad Mesa—Luis E. García V., Secretario.*”

El Consejo acoge los conceptos que determinaron al Consejo de Ministros a exigir el certificado sobre reserva y disponibilidad de fondos, con arreglo al artículo 9º del Decreto número 911 de 1932, puesto que el Gobierno se obliga contractualmente a destinar la cantidad de veinte mil pesos para gastos del Colegio en el presente año, y por tanto, para que el contrato pueda considerarse ajustado a la ley, será menester que las observaciones del Consejo de Ministros sean atendidas.

En oficio número 90308, suscrito igualmente por el Secretario del Ministerio de Educación, se reiteran las razones antes aducidas y se solicita que el Consejo resuelva en el fondo sobre la validez del contrato, a lo cual se procede.

Entre los anexos figura un informe sobre la historia del Colegio Académico de Cartago, instituto cuyos orígenes se remontan a la época colonial, en que funcionó la llamada Casa de Enseñanza que tenían los franciscanos en el Convento de San Antonio de Cartago y en la que se enseñaba latinidad y filosofía, hasta el año de 1821 en que por la Ley de 28 de julio de ese año, expedida por el Congreso de Cúcuta, fueron suprimidos los conventos menores y adscritos sus bienes a la Instrucción Pública, y en ejecución de esta Ley y de la de 18 de marzo de 1826, el Presidente de la Nueva Granada, doctor José Ignacio de Márquez, dictó el Decreto de 5 de septiembre de 1839, del cual se cree pertinente reproducir las siguientes partes:

“*Considerando:*

“1º Que habiéndose suprimido el Convento de Regulares de la Orden de San Francisco que existía en la ciudad de Cartago, deben destinarse su edificio, bienes y rentas para establecimientos de enseñanza pública,

según se dispone por el artículo 73 de la Ley de 18 de marzo de 1826, orgánica de la instrucción pública;

“2º. Que las rentas líquidas de que gozaba el citado Convento, fuera de otros bienes y acciones que pueden corresponderle, alcanzaban a mil novecientos pesos cinco reales anuales, según se ha informado al Poder Ejecutivo por el Gobernador del Cauca; y

“3º. Que estos fondos son bastantes para establecer con ellos y mantener un Colegio Nacional en aquella ciudad, el cual será de grande utilidad y ventaja para la educación de la juventud en la parte septentrional de la Provincia del Cauca,

“Decreta:

“Artículo 1º Se establece un Colegio Nacional en la ciudad de Cartago, en la Provincia del Cauca, que se denominará *Colegio de Cartago*. Para edificio del establecimiento se destina el Convento de Franciscanos suprimido en aquella ciudad.

“Artículo 2º Son rentas del Colegio:

“1º Todos los bienes muebles y raíces situados en la Provincia del Cauca, correspondientes al citado Convento, y todos los censos, derechos y acciones pertenecientes al mismo;

“2º Ochenta pesos que debe pagar anualmente por sus alimentos cada uno de los alumnos internos del Colegio; y

“3º Las donaciones temporales y perpetuas que a favor del Colegio quieran hacer los amigos de la ilustración residentes en el Cantón de Cartago o en cualesquiera otros lugares.

“Artículo 4º El Rector, Vicerrector y el Capellán pasante durarán en sus destinos por dos años, y podrán ser reelegidos. El Poder Ejecutivo se reserva el nombramiento del primer Rector, que se hará teniendo a la vista la terna que le presentará al efecto el Gobernador de la Provincia del Cauca: en adelante la plaza se proveerá por el mismo Gobernador. Los destinos de Vicerrector y Capellán pasante serán provistos por el Gobernador, teniendo a la vista las ternas que al efecto le pasará el Rector del Colegio.

“Artículo 6º El Rector recaudará, manejará e invertirá las rentas del Colegio, y defenderá y sostendrá en todo caso los intereses de él. Por lo demás sus funciones, así como las de Vicerrector, serán las que se atribuyen por el Decreto orgánico ejecutivo de 3 de octubre de 1826, a tales funcionarios para las Universidades, en todo aquello que no corresponda al régimen puramente universitario. El mismo decreto servirá de regla para los deberes y prerrogativas de los catedráticos.

“Artículo 14. Mientras se forma el reglamento especial para el Colegio de Cartago, conforme al parágrafo 2º del artículo 40 de la Ley de 18 de marzo de 1826, sobre organización de la instrucción pública, regirá en él el reglamento para el régimen interior del Colegio de San Bartolomé de Bogotá, dado por el Poder Ejecutivo, en 28 de diciembre de 1836.

“Artículo 15. Se autoriza al Gobernador de la Provincia del Cauca para resolver por sí las dudas que ocurran al plantear el Colegio de Cartago, debiendo dar cuenta al Poder Ejecutivo de las providencias que con tal motivo dictare.”

De las disposiciones transcritas se desprende que el Colegio Académico de Cartago no es un colegio departamental, sino un establecimiento de instrucción pública que goza de personería jurídica propia, conforme al artículo 80 de la Ley 153 de 1887, que dice:

“La Nación, los Departamentos, los Municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública y las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, son personas jurídicas.”

El artículo 6º del mismo decreto que estableció y reglamentó el Colegio, le dio a éste autonomía para recaudar, manejar e invertir sus rentas y defender y sostener en todo caso los intereses de él.

De manera que al Colegio de que se trata le es aplicable lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 39 de 1903, que dice:

“Los establecimientos de instrucción pública que tengan bienes o rentas propias, lo mismo que los que en adelante se funden con fondos legales o donados, serán autónomos, a menos que por disposición del fundador deban quedar sometidos a la dirección oficial.”

En los *Andes del Consejo de Estado* números 17 y 18, página 811, corre publicada la sentencia de esta corporación, de fecha 13 de septiembre de 1915, pronunciada en el juicio de nulidad de la Ordenanza número 22 de 1913, “sobre organización de la instrucción pública de Palmira, Buga y Cartago en Liceos, y el establecimiento de dos de éstos en Tuluá y Roldanillo,” expedida por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, y en dicha sentencia se dijo que para que la Asamblea pudiera legislar sobre estos colegios era menester que fueran costeados exclusivamente con fondos del Departamento, condición esencial prescrita por el numeral 1º del artículo 54 del Acto legislativo número 3 de 1910, para que las Asambleas puedan reglamentar por medio de ordenanzas la instrucción primaria y la secundaria, pues en caso contrario, esta es atribución privativa del Gobierno Nacional conforme al Decreto ejecutivo número 491 de 1904, reglamentario de la Ley 39 de 1903, sobre instrucción pública.

Si pues, la Asamblea Departamental del Valle del Cauca carecía de facultad legal, como se ha visto, para autorizar a la Gobernación para celebrar en representación del Departamento el contrato de nacionalización del Colegio Académico de Cartago, contrato por el que el Departamento no contrae otra obligación que la de pagarle al Tesorero del instituto la subvención de seis mil pesos anuales, aparece claro que la convención estudiada para que fuera legalmente válida necesitaba ser celebrada con intervención de quienes tienen la representación legal y el ejercicio de la personería jurídica del establecimiento, pues aun cuando el Gobernador dice en el encabezamiento del contrato que obra autorizado por la Resolución número 1º de 1938 de la Consiliatura, o mejor del Consejo Directivo del Colegio Académico, tal resolución sólo lo autoriza para solicitar del Ministerio de Educación Nacional la nacionalización del Colegio, mas no para celebrar un contrato como éste, por el cual se cede por veinte años el usufructo de los bienes raíces y muebles del establecimiento, la renta nominal procedente de los bienes de manos muertas que le fueron expropiados y los auxilios o subvenciones que recibe del Tesoro Público, y renuncia temporalmente a la autonomía de que el establecimiento ha venido disfrutando.

En consecuencia, para que el contrato se ajustara a las autorizaciones legales se requería que fuera celebrado con intervención del Consejo Directivo del Colegio, caso previsto en el artículo 1º de la Ley 91 de 1938, cuando dijo:

“El Gobierno queda autorizado para celebrar contratos de nacionalización de institutos de enseñanza secundaria departamentales o municipales, o que sean establecimientos públicos . . .”

Así las cosas, el Ministerio de Educación Nacional, con oficio número 91275, de fecha 25 del mes en curso, ha enviado al Consejo copias auténticas de dos resoluciones del Consejo Directivo del Colegio tantas veces mencionado, por la primera de las cuales comisiona al Gobernador del Valle del Cauca para celebrar el contrato de nacionalización, y por la segunda (que lleva fecha 21 del mes en curso) ratifica en todas sus partes el contrato celebrado entre la Gobernación del Departamento y el Gobierno Nacional. También se ha enviado el telegrama en que

el Gobernador comisiona al señor Abelardo Sánchez Concha para gestionar la reforma del contrato en los puntos en que el Consejo de Estado exija la modificación de él.

De esta manera han desaparecido las objeciones referentes a la personería de la parte que contrató a nombre del Colegio.

Observa el Consejo, si, que deberán estipularse causales de caducidad para el caso de que el Departamento o el Colegio no cumplan las obligaciones contraídas.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado declara que el contrato revisado se ajusta a las autorizaciones legales, una vez que se llenen las dos observaciones hechas.

Cópiese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Elias Abad Mesa—Ramón Miranda—Carlos Rivadeneira G.—Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Gonzalo Gaitán—Luis E. García V., Secretario.

Jubilación de los Magistrados

Consejero ponente, doctor
ELIAS ABAD MESA

No existe sino una sola clase de pensiones de jubilación para los miembros del Poder Judicial. El artículo 5º de la Ley 116 de 1928 no establece una gracia distinta de la que concede la Ley 12 de 1907; modifica el artículo 3º de esta última en el sentido de fijar las condiciones requeridas para gozar de la jubilación.

Finalmente, la Ley 115 de 1937 se remite a la 12 de 1907, para el efecto de señalar la cuantía de las pensiones; pero esa referencia no tendría la virtud de revivirla sin las modificaciones que posteriormente ha sufrido.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos treinta y nueve.

El doctor Luis María Arcila P., vecino de Manizales, ha solicitado directamente y por medio de apoderado, que se decrete a su favor una pensión de jubilación vitalicia de ciento cincuenta pesos mensuales, por sus servicios como Magistrado del Tribunal Superior de Distrito Judicial.

Demostó oportunamente la prestación de tales servicios durante un lapso de quince años, cuatro meses y diez días; que tiene más de sesenta y cinco años de edad y que no ha recibido ni recibe pensión del Tesoro Nacional, todo en la forma que la ley prescribe.

Para decidir, el Consejo acoge los conceptos que contiene la vista del señor Fiscal, que a continuación se transcriben:

“Sostiene el doctor Arcila que existen tres categorías de pensiones de jubilación, a saber: la primera, para los empleados públicos que hayan prestado sus servicios por más de 30 años, según la Ley 29 de 1905; la segunda, para los empleados del Poder Judicial y del Ministerio Público que hayan servido empleos de esa clase por 20 años, de acuerdo con la Ley 116 de 1928, y la tercera, que es *especialísima*, para los Magistrados de la Corte y de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial que hubieren servido estos empleos por más de quince años y que hayan alcanzado una edad de 65 años, conforme a la Ley 115 de 1937, en armonía con la 12 de 1907.

No está conforme el suscrito con esta división de las pensiones civiles de los empleados públicos, porque aparte de la gracia de que trata la Ley 29 de 1905 para los empleados que hayan desempeñado destinos públicos por 30 años, no existe sino una sola clase de pensión de jubilación para los miembros del Poder Judicial, comprendiendo entre éstos los cargos servidos en el Ministerio Público y en lo Contencioso Administrativo.

En efecto, la Ley 29 de 1905 estableció por primera vez una pensión de jubilación a favor de los Magistrados de la Corte Suprema de Justi-

cia que cumplieren determinados requisitos. La Ley 12 de 1907 reformó el estatuto anterior en el sentido de hacer extensiva dicha gracia a los Magistrados de Tribunales Superiores, como también a los Jueces Superiores y de Circuito. Como condiciones especiales se exigieron las de alcanzar una edad de sesenta y cinco años y haber desempeñado el puesto respectivo por un periodo de 15 años.

Pero vino luego el artículo 5º de la Ley 116 de 1928 y estableció las siguientes condiciones para gozar de la jubilación de que trata el artículo 3º de la Ley 12 de 1907:

“Carecer de medios para la congrua subsistencia;

“Haber observado buena conducta el solicitante;

“Haber llegado el Magistrado o Juez a la edad de sesenta años, aunque en ese momento no ejerza cargo judicial alguno;

“Haber prestado el servicio de que trata esta disposición durante veinte años por lo menos, como Magistrado o Juez...”

Como puede observarse, el artículo 5º de la Ley 116 de 1928 no constituye una gracia distinta de la que concede la Ley 12 de 1907, ni esta última es una gracia *especialísima* en la forma que la entiende el demandante, es decir, que para tener derecho a ella sólo se requiere haber servido 15 años y ser mayor de 65 años. La disposición de 1928 modificó por completo el artículo 3º de la Ley 12 de 1907, en el sentido de fijar las condiciones requeridas para gozar de la jubilación de que trata esta última. Y como entre estas condiciones figura la de haber prestado el servicio durante más de 20 años, síguese consecuentemente que el doctor Arcila no tiene derecho a la gracia que demanda, por no haber alcanzado dicho tiempo de servicio.”

No sobra agregar a lo transcrito que la Ley 115 de 1937, contra lo aseverado por el demandante, se remite a la 12 de 1907 para el efecto de señalar la cuantía de las pensiones a que puedan tener derecho los Magistrados de la Corte y los de los Tribunales. Así lo indica la disposición del párrafo del artículo 1º de aquélla. Además, la simple referencia de la 12 de 1907 no podría tener la virtud de revivirla en su integridad, o sea sin las modificaciones que posteriormente ha sufrido, entre las cuales está la que aumentó, también para Magistrados de la Corte y de los Tribunales, el tiempo de servicios de quince a veinte años.

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

Revalídese el papel común empleado en la actuación.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Eliás Abad Mesa—Ramón Miranda—Gonzalo Gaitán—Gustavo Hernández Rodríguez—Carlos Rivadeneira G.—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Impuestos de consumo

Consejero ponente, doctor
GONZALO GAITAN

Cuando, sin culpa grave del fabricante o productor, y de buena fe, se sufraga un impuesto de consumo por razón de artículos que carecen de virtualidad intrínseca para las transacciones, y que, por consiguiente, no podrán consumirse, queda sin base, sin apoyo científico, el pago del impuesto, y procede su devolución por falta de causa para retenerlo.

Para casos así, se ha aceptado por los tratadistas y por la jurisprudencia la "actio in rem verso", que salva la justicia y restablece el equilibrio entre dos patrimonios en litigio.

Consejo de Estado—Bogotá, julio trece de mil novecientos treinta y nueve.

La Compañía Fosforera Colombiana, S. A., dio a la venta, por medio de comerciantes al por menor, 10.000 gruesas de cajetillas de fósforos, y como resultaran inservibles 1.741 gruesas, los distribuidores las devolvieron a la Compañía. Esta se dirigió entonces al Ministerio de Hacienda y Crédito Público en solicitud de que, atendida la inaptitud del artículo para el consumo y la circunstancia de haber sufragado en estampillas el impuesto correspondiente, se incineraran los fósforos inútiles y se le devolviera, en estampillas o en dinero, el monto del impuesto sufragado.

El Ministerio, en Resoluciones distinguidas con los números R 437 E de 1937 y R 1250 E de 1938, negó la solicitud de la Compañía. Más tarde, por medio de la Resolución expedida el 19 de octubre de 1938 y marcada con el número R 1317 E, el Ministerio aprobó las Resoluciones antedichas que sólo habían sido suscritas por el Secretario del Despacho.

No conforme la Compañía con la negativa dada a sus peticiones, demanda ahora, ante el Consejo de Estado, la nulidad de las providencias citadas, por medio de su apoderado, doctor Alfonso Palacio Rudas.

El actor ejercita la acción privada y pide en el libelo se ordene al Ministerio que "previa la incineración de las 1.741 gruesas de fósforos inservibles que sufragaron el impuesto de consumo y que se encuentran en los depósitos de la Empresa, se reintegre a la Compañía Fosforera Colombiana, S. A., en estampillas de consumo o en dinero, el valor de los impuestos pagados por objetos no aptos para el expendio y consumo."

El juicio ha soportado los trámites de rigor, y oído el concepto del Fiscal y los juiciosos e interesantes alegatos del abogado de la parte actora, se pasa a resolver:

Se apoyan las Resoluciones acusadas para negar las peticiones de la Compañía demandante, en la distinción entre consumo *legal* y consumo *económico*. Estima el Ministerio que desde el momento en que el contribuyente sufragó el impuesto y se adhirieron a las cajetillas las co-

respondientes especies, como comprobación del pago, se operó el consumo legal, que es el que debe tenerse en cuenta, haciendo caso omiso de si los artículos así gravados se consumieron económicamente o no.

Por su parte, el apoderado de la Compañía halla injurídica y sin apoyo en la ley la distinción entre consumo legal y consumo económico, y estima que en materia de contribuciones debe el fallador atenerse a las definiciones y dictados de la ciencia de la Hacienda Pública; que según esta ciencia el impuesto de que aquí se trata es un impuesto sobre el gasto, que en realidad debe sufragarse cuando se verifica el consumo real, y que si el impuesto se cobra anticipadamente y en su fuente, es decir, al fabricante o productor, es para hacer más fácil y económica su recaudación, y para sacar adelante su tesis trae oportunas citas de connotados tratadistas.

Para el Consejo es innegable que el impuesto de consumo pertenece a la categoría de los llamados impuestos indirectos que pesan inmediatamente sobre el consumidor, pero que para hacer más sencilla y menos costosa la recaudación del tributo, se exige el pago del productor o fabricante. Es éste, pues, el modo, el procedimiento para la recaudación del impuesto, porque en realidad éste debiera exigirse cuando los artículos son efectivamente consumidos, como lo indica su mismo nombre; pero de proceder así, se llegaría al caso de que los gastos de recaudación podrían superar al monto del impuesto en sí, perdiéndose de tal suerte la finalidad que se persigue con este arbitrio rentístico.

No quiere decir lo anterior que en todo caso en que los artículos dejen de consumirse económicamente, bien por su mala calidad, por falta de propaganda o de aceptación en el público, por deterioro, etc., el Estado quede con la obligación de reintegrar los impuestos pagados. No. Desde el momento en que un fabricante o productor ocurre a sufragar el impuesto, lo hace bajo su responsabilidad. El Estado no puede garantizar que los productos van a ser efectivamente consumidos. Si por circunstancias especiales como las ya anotadas, los artículos no hallan aceptación en los mercados, culpa es del fabricante o productor que se aventuró a pagar un impuesto sin estudiar y analizar previamente las proyecciones de su negocio. El Estado no garantiza al contribuyente utilidades, no tiene en mira el éxito de las transacciones.

Mas, si en un caso dado, sin culpa grave del fabricante o productor, y de buena fe, como le ocurrió a la Compañía Fosforera Colombiana, S. A., se sufraga un impuesto de consumo por razón de artículos que carecen de virtualidad intrínseca para las transacciones y que, por consiguiente, no podrán consumirse, queda sin base, sin apoyo científico el pago del impuesto y procede su devolución por falta de causa para retenerlo.

No deben perderse de vista los principios de justicia y equidad: el Estado no sufre perjuicio grave por la devolución del impuesto, y en cambio el contribuyente soporta una exacción notoriamente perjudicial. Con efecto, el consumo de ciertos artículos es casi matemático en una época dada, y si un fabricante o productor no da al mercado sus artículos, los habrán dado otros fabricantes o productores de artículos de la misma naturaleza que seguramente sufragaron el impuesto, y por tanto entró a las arcas nacionales la misma cantidad de dinero por razón de ese determinado impuesto, que es lo esencial. El único perjuicio que sufre el Estado es el del costo de fabricación de las estampillas que sirven para comprobar el pago del impuesto, costo que es insignificante y bien puede despreciarse.

En cambio, el perjuicio del productor o fabricante reviste caracteres de gravedad, porque a más de la utilidad que dejó de hacer en su negocio, de los gastos para la producción del artículo que resultó inapto para el consumo, viene a agravar su situación económica con el pago de un impuesto carente de causa.

Para situaciones como la presente, se ha aceptado por los tratadistas y por la jurisprudencia la *actio in rem verso*, que salva la justicia y restablece el equilibrio entre dos patrimonios enfrentados en litigio.

El señor Fiscal de esta corporación comparte en el fondo la tesis que informa la presente providencia, por cuanto en su concepto los artículos por los cuales se paga el impuesto deben ser aptos *en sí mismos* para el consumo; pero estima que previamente se debe establecer si los fósforos eran o no aptos para el consumo, y sólo después del examen procede el estudio de las Resoluciones acusadas. Al efecto, dice:

“Por lo expuesto, conceptúo que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no obró jurídicamente al dictar las Resoluciones acusadas, porque prescindió de averiguar previamente si las 1.741 gruesas de cajetillas de fósforos eran o no aptas para el consumo en el momento de estampillarlas. Toca ahora al Consejo de Estado ordenar que el Ministerio practique un examen a las mercancías en cuestión, y si de éste **resultan no ser aptas**, que se reintegre a la Compañía Fosforera Colombiana en estampillas de consumo o en dinero el valor de los impuestos pagados.”

Estima el Consejo que es innecesario proceder al examen de los fósforos, como lo insinúa el señor Fiscal: primero, porque sobre la inaptitud de los fósforos no ha habido controversia entre el Gobierno y la Compañía demandante, y segundo, porque no es presumible que la Compañía pida la incineración de artículos aptos para el consumo con la sola mira de obtener la reintegración de un impuesto. Hay que aceptar que los fósforos son inservibles, y en estas condiciones, por economía procesal y ya que no existe perjuicio alguno para el Gobierno como se ha demostrado, procede definir de una vez por todas el litigio planteado.

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

RESUELVE:

1º Decláranse nulas las Resoluciones R 437 E de 21 de abril de 1937, R 1250 E de 30 de septiembre de 1938 y R 1317 E de 19 de octubre del mismo año de 1938, proferidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

2º Procédase por conducto del Ministerio a la incineración de las 1.741 gruesas de cajetillas de fósforos que se encuentran en los depósitos de la Compañía Fosforera Colombiana, S. A., y una vez hecho esto devuélvase a esta Compañía, en estampillas de consumo o en dinero, a juicio del Ministerio, el valor de los impuestos pagados por las mercancías incineradas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Eliás Abad Mesa—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas. Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Servicios en el régimen federal

Consejero ponente, doctor
GONZALO GAITAN

Demostrado plenamente que la peticionaria es hija legítima de un colombiano que desempeñó el cargo de Presidente de Estado Soberano, y que prestó servicios militares a las instituciones legítimas de la República en la guerra civil de 1885, y el Gobierno de la Unión lo era entonces, como estos dos son los requisitos que conjuntamente exige el artículo 4º de la Ley 220 de 1938 para decretar la pensión, fuerza es concluir que la solicitante es acreedora a la gracia.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto diez de mil novecientos treinta y nueve.

La señorita María del Carmen Aldana, soltera, mayor y de esta vejez, solicita se le reconozca el derecho a gozar de una pensión vitalicia de sesenta pesos (\$ 60.00) mensuales, pagadera de los fondos del Tesoro Nacional y a partir del 1º de enero retropróximo.

Para resolver, se considera:

Dice el artículo 4º de la Ley 220 de 1938, en que se apoya la demandante:

“A partir de 1939, reconócese una pensión vitalicia de sesenta pesos (\$ 60.00) mensuales a cada una de las hijas de los colombianos que desempeñaron el cargo de Presidente de Estado Soberano durante el régimen federal, y prestaron servicios militares a las instituciones legítimas de la República, en la guerra civil de 1885.”

En orden a la comprobación de los hechos generadores de la acción, la demandante presentó varios documentos auténticos, a saber:

a) Partida de matrimonio expedida por el Párroco de San Pedro, de Bogotá, con la cual se acredita que el General Daniel Aldana y la señora Mercedes Cubillos fueron legítimamente casados entre sí;

b) Partida de defunción del General Aldana;

c) Partida de nacimiento de la demandante, que prueba su calidad de hija legítima del matrimonio Aldana-Cubillos;

d) *Gaceta de Cundinamarca*, debidamente autenticada y con la cual se demuestra que el General Daniel Aldana desempeñó el cargo de Presidente del Estado Soberano de Cundinamarca en varios periodos (años de 1866, 1867, 1882 y 1885);

e) Certificación del Archivero de este Departamento, de la cual se deduce que el General Aldana sirvió el cargo de Gobernador del Estado Soberano de Cundinamarca durante los años precitados, y

f) Certificación del mismo Archivero, donde, luego de transcribir algunos documentos relacionados con la campaña del Norte en la guerra civil de 1885, concluye “que el señor General Daniel Aldana dirigió e hizo la Campaña del Norte, como Jefe de Operaciones, en los primeros meses del año de 1885, en su carácter de General Jefe del Ejército del Gobierno legítimo de la Unión, en el Norte de la República.”

Con los documentos citados se demuestran plenamente los hechos básicos de la demanda, es decir, que la peticionaria es hija legítima de un colombiano que desempeñó el cargo de Presidente de Estado Soberano y que prestó servicios militares a las instituciones legítimas de la República en la guerra civil de 1885, y como estos dos son los requisitos que conjuntamente exige la ley para decretar la pensión demandada, fuerza es concluir que la señorita Aldana es acreedora de ella.

El señor Fiscal de esta corporación acepta los hechos como plenamente demostrados, pero estima que la pensión debe negarse, porque recurriendo a la historia fidedigna del establecimiento de la ley que decretó esta clase de pensiones, las instituciones legítimas de la República no estaban encarnadas en el Gobierno de la Unión, sino en el bando contrario que sostuvo la guerra de 1885.

Estima el Consejo que en el caso de autos no procede recurrir a la historia fidedigna del establecimiento de la ley a efecto de buscar la intención del legislador, porque conforme al artículo 27 del Código Civil, "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu."

La ley se interpreta cuando es oscura; cuando es clara, se aplica. Por eso continúa el artículo 27—inciso 2º— "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."

Ahora bien, el tenor literal del artículo 4º de la Ley 220 de 1938, no se presta a interpretaciones; la disposición es clara, y redundante ocurrir a sus antecedentes.

Se pregunta: ¿El Gobierno de la Unión, en el año de 1885, era una institución legítima de la República? ¿El General Aldana defendió esa institución en la guerra del citado año? La respuesta afirmativa a ambas preguntas se impone, y ello es bastante para sostener que los requisitos de la ley están cumplidos, y por ende, la pensión solicitada debe decretarse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, apartándose del concepto de su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta una pensión vitalicia de sesenta pesos (\$ 60.00) moneda corriente mensuales, a favor de la señorita María del Carmen Aldana.

Esta pensión se pagará con fondos del Tesoro Nacional, a partir de la fecha de la presente sentencia.

Comuníquese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Eliás Abad Mesa—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas. Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Servidumbres en terrenos baldíos

Consejero ponente, doctor
GONZALO GAITAN

Nuestra legislación sobre baldíos se gobierna por un estatuto especial, que escapa al radio de acción del derecho privado. El legislador quiso sustraer de la justicia ordinaria cuestiones como la referente al reconocimiento de servidumbres a cargo de los terrenos baldíos, de cuyo dominio se desprende el Estado, a cualquier título, para el desarrollo de los terrenos adyacentes. En materias relacionadas con baldíos, salvo normas excepcionales como la del artículo 79 del Código Fiscal, tienen competencia las autoridades administrativas. Esta la razón del artículo 7º de la Ley 72 de 1931, que señala atribuciones al Consejo de Estado en cuestiones de baldíos.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto treinta y uno de mil novecientos treinta y nueve.

El doctor Federico A. Daza, mayor y de esta vecindad, obrando como apoderado especial del señor Hugues Lacouture, también mayor y avecindado en el Municipio de San Juan de Cesar, Departamento del Magdalena, demandó la declaración de nulidad de la Resolución número 2, de 22 de abril de 1938, originaria del extinguido Ministerio de Agricultura y Comercio—Departamento de Tierras y Aguas, Sección de Colonización— por medio de la cual se reconoció una servidumbre de tránsito sobre el predio denominado “San Antonio”, de propiedad de su poderdante, y a favor del terreno baldío llamado “Mayal Grande”, ocupado por el señor José A. Gutiérrez Daza.

Considera el actor que con el acto acusado se violaron las disposiciones contenidas en los artículos 26, 57 y 60 de la Constitución Nacional, 669, 793, 905 del Código Civil, 77, 78, 79, 54, 55 y 69 del Código Fiscal, 142, 143, 146 y 872 del Código Judicial y 1º y 2º de la Ley 53 de 1909, y además estima que la Resolución controvertida es lesiva de los derechos civiles del señor Lacouture.

Ejercitó el demandante, en consecuencia, la acción pública y privada que reconoce el Código de lo Contencioso Administrativo.

En el libelo se pidió la suspensión provisional del acto acusado, y aun cuando el entonces Consejero sustanciador la decretó, el auto fue revocado por el Consejo en virtud del recurso de súplica que interpuso el Ministerio Público.

Agotada como está la tramitación de rigor, se procede a fallar.

Antecedentes.

Antes del año de 1934 el señor Hugues Lacouture cultivaba y ocupaba con ganados un terreno baldío denominado “San Antonio”, ubicado en jurisdicción municipal de San Juan de Cesar, Departamento del Magdalena, y por este terreno había establecido un camino el señor José Antonio Gutiérrez Daza para beneficiar un lote también baldío, deno-

minado "Mayal Grande," y donde el señor Gutiérrez tenía una fundación agrícola y pecuaria. Así las cosas, y previa la tramitación legal, el Ministerio de Industrias y Trabajo, por Resolución número 43, fechada el día 7 de diciembre de 1934, adjudicó al señor Lacouture el globo de tierra llamado "San Antonio". Entre el señor Gutiérrez y el señor Lacouture hubo un acuerdo sobre la servidumbre de tránsito que se ejercitaba por el camino de que ya se habló, acuerdo que duró vigente por algún tiempo. Mas, posteriormente y considerando que no estaba obligado a soportar la servidumbre, el señor Lacouture encerró con cercas el predio que se le había adjudicado y obstruyó o cegó de este modo el camino construido por Gutiérrez, y luego de haberle dado aviso escrito de su determinación de no tolerar el tránsito en adelante. Por este motivo el señor Gutiérrez ocurrió a la Policía en demanda de amparo, pero el resultado le fue adverso a la postre, porque aun cuando la Alcaldía de San Juan de Cesar dispuso que se mantuviera la servidumbre mientras el Organó Judicial definía la cuestión, la Gobernación del Magdalena, adonde fue el negocio por recurso de apelación, revocó la decisión del Alcalde y absolvió a Lacouture de los cargos que le formuló Gutiérrez.

También demandó Gutiérrez a Lacouture con el mismo objeto ante el Organó Judicial, y el Juez del Circuito de Riohacha, en sentencia de 29 de marzo de 1938; y teniendo como base principal la consideración de que los predios dominante y sirviente no son adyacentes, declaró "que no existe la servidumbre legal de tránsito de que tratan los artículos 54 del Código Fiscal y 905 del Código Civil, a favor del predio Salitral o Mayal Grande, de propiedad de José Antonio Gutiérrez Daza, y en contra del predio San Antonio, de propiedad de Hugues Lacouture. En consecuencia, no se ordena suspender las cercas que encierran el predio de San Antonio de Hugues Lacouture y que obstruyen el camino construido por Gutiérrez Daza para ir a Salitral o Mayal Grande."

Hay constancia en los autos de que el juicio pasó al Tribunal Superior por apelación interpuesta contra la sentencia de primer grado. (folio 45), pero no la hay de que el fallo haya sido confirmado. Por tanto, no se le puede considerar como ejecutoriado.

Sentados los anteriores hechos y circunstancias que resultan satisfactoriamente probados en los autos, se procede a estudiar y resolver las diferentes cuestiones suscitadas por las partes en el curso del debate.

La competencia.

Sostiene el actor —y este es primer problema que plantea y el primero que debe resolverse— que el Ministerio carecía en absoluto de competencia para dictar la Resolución acusada, y por consiguiente el Consejo de Estado debe anularla por este motivo y sin necesidad de otras consideraciones.

El razonamiento del demandante al respecto puede compendiarse así:

Una vez adjudicado un predio baldío a un particular por resolución ejecutoriada, y cuando ya se ha operado la tradición por medio del registro del título, ese predio pasa a formar parte del dominio privado y como tál, todas las cuestiones de propiedad o posesión que se susciten a su alrededor quedan sometidas al derecho común e inhibido el Organó Ejecutivo para resolver litigios que como los relacionados con servidumbres, constituyen limitaciones del dominio, máxime cuando, como en el presente caso, ya estaba planteada la litis ante el Organó Judicial.

Para el demandante el Gobierno sí puede imponer las servidumbres de que trata el artículo 54 del Código Fiscal, pero debe hacerlo en el título mismo de la adjudicación, y en todo caso antes de que la Resolución de adjudicación esté ejecutoriada y registrada:

Se considera:

Es grave error pretender enfocar con el prisma único del derecho privado cuestiones en que la Administración está directamente interesada. Nuestra legislación sobre baldíos se gobierna por un estatuto especial que escapa al radio del derecho privado. El carácter típico de los terrenos baldíos, el papel que juegan en la economía nacional, la obligación a cargo del Estado de fomentar la riqueza pública y privada mediante el impulso de la agricultura y la ganadería con el cómodo aprovechamiento de los terrenos, etc., determinaron la expedición de leyes especiales sobre baldíos que hicieran más rápida y fácil su explotación en beneficio general. Cuando la adjudicación se hace a cultivadores, el Estado se desprende gratuitamente de parte de sus bienes, pero se reserva ciertos derechos que el adjudicatario, por ministerio de la ley y por el mero hecho de aceptar la adjudicación, está obligado a respetar. Así vemos que el Estado, a diferencia de los vendedores particulares, no está sujeto al saneamiento en caso de evicción (artículo 47 del Código Fiscal); se reserva la propiedad de aguas minerales o termominerales que existan dentro de los terrenos adjudicados (artículo 1º de la Ley 71 de 1928); de toda adjudicación quedan exceptuados expresamente los depósitos y minas de carbón, hierro, azufre, petróleo, asfalto (artículo 111 del Código Fiscal); ciertas adjudicaciones de baldíos quedan sometidas a la condición resolutoria del dominio si el adjudicatario deja de cumplir determinadas obligaciones que le impone la ley, y en estos casos el dominio vuelve a la Nación *ipso facto* y por ministerio de la ley (artículo 4º de la Ley 34 de 1936); y finalmente, el artículo 54 del Código Fiscal dispone: "Los terrenos baldíos de cuyo dominio se desprende el Estado, a cualquier título, quedan sujetos a las servidumbres pasivas de tránsito, caminos, acueducto, irrigación y demás que sean necesarias para el desarrollo de los terrenos *adyacentes*. Recíprocamente, los terrenos que continúan siendo del dominio del Estado quedan sujetos a todas las servidumbres indispensables para el cómodo beneficio de los terrenos adjudicados. La presente disposición debe insertarse en todas las adjudicaciones de baldíos." Por su parte, la Ley 74 de 1926, en su artículo 57 dijo: "A los terrenos baldíos mejorados por particulares, en medio de territorios que aún no hayan sido adjudicados definitivamente a otros colonos o cultivadores, se les reconocerá servidumbre activa de tránsito sobre estos últimos, aunque estén mejorados también, que les permita acceso a las vías fluviales, férreas o carreteras, o a las vías en las cuales se hayan construido obras de arte, como puentes, cables aéreos, etc. Parágrafo. Esta disposición se tendrá en cuenta en las adjudicaciones que se hagan de baldíos nacionales, con el fin de no retardar o dificultar la adjudicación y progreso de los terrenos baldíos *adyacentes*."

Bien claro se deduce del espíritu y de la letra de estas disposiciones que el legislador quiso sustraer de la justicia ordinaria, cuestiones como la presente, y cuando permite la ingerencia del Órgano Judicial lo ha dicho en norma expresa, y por ello el artículo 79 del Código Fiscal dispuso: "Las controversias entre colonos y adjudicatarios, o entre aquéllos y éstos, con terceros, que reclamen dominio sobre el terreno cultivado, ocupado o adjudicado, se deciden judicialmente por la vía ordinaria; bien entendido que los cultivadores o colonos se deben considerar como poseedores." ¿Para qué ordenaba la ley que las controversias entre colonos y adjudicatarios, sobre dominio, se resolvieran *judicialmente*, si esta era la regla general? Sobraba la disposición del artículo 79 con semejante teoría, y conforme a un conocido principio de hermenéutica no se puede suponer que el legislador dé reglas inútiles. Es conclusión de lo dicho que en materias relacionadas con baldíos y dada la índole peculiar de esta clase de bienes, tienen competencia

las autoridades administrativas. Esta la razón del artículo 7º de la Ley 72 de 1931 que señala atribuciones al Consejo de Estado en cuestiones de baldíos.

En lo tocante a servidumbres, los términos del artículo 54 del Código Fiscal son suficientemente claros y no se prestan a comentarios: los terrenos baldíos que se adjudiquen "*quedan sujetos* a las servidumbres pasivas de tránsito, caminos, acueducto, irrigación y demás que sean necesarias para el desarrollo de los terrenos adyacentes." De consiguiente, el predio adjudicado al señor Lacouture *quedó sujeto* a la servidumbre de tránsito que le impuso la Resolución acusada. Y si el Gobierno puede con base en la ley imponer servidumbres, lógico es que también está autorizado implícitamente para indicar el modo de ejercerlas, señalar rutas, etc. Cabe aplicar aquí el principio de que el que puede lo más, puede lo menos. Sería absurdo suponer que el Gobierno puede gravar el predio que adjudica con una servidumbre de tránsito, pero que le está vedado indicar por dónde y cómo puede el dueño del predio dominante hacer uso de ese derecho. O se daría al Gobierno una facultad meramente teórica e inoperante, o sería menester acudir a una autoridad distinta haciendo más dispendioso el trámite, que es precisamente lo que el legislador ha querido evitar.

Supóngase el caso que el Estado adjudique un lote a un particular, y hágase abstracción de la situación de hecho que se contempla en este juicio. El terreno que se adjudica queda circundado por baldíos nacionales. Se pregunta: ¿Tendrá el Estado que ocurrir ante la justicia ordinaria para que mediante un juicio largo y dispendioso se le señalen las servidumbres que necesita para la administración de los terrenos que continúan en su patrimonio en calidad de baldíos? La respuesta negativa se impone, porque de lo contrario el Estado quedaría maniatado por largo tiempo para cumplir sus deberes.

De otro lado, con la interpretación contraria no tendría aplicación alguna el inciso final del artículo 54 del Código Fiscal, tantas veces citado. Dice este inciso: "La presente disposición debe insertarse en todas las adjudicaciones de baldíos." ¿Para qué se inserta en el título —a modo de cláusula contractual— la reserva que sobre ciertas servidumbres hace el Estado a favor de los predios adyacentes? Sencillamente para que el adjudicatario tenga presente que el dominio lo adquirió con las limitaciones a que se refiere la disposición. Si la imposición de la servidumbre debiera hacerse en el título mismo, como cree el demandante, no tendría objeto ni efecto la inserción del artículo en la providencia en que se hace la adjudicación.

De manera que según el artículo 54 el Estado adjudica administrativamente los baldíos, pero no pura y simplemente y sin limitación alguna, sino con la condición expresa, terminante, de quedar sujetos a las servidumbres que sean necesarias para el desarrollo de los predios adyacentes, servidumbres que se imponen administrativamente. Y así como el Estado impone servidumbres en esta forma, también las soportaría en pro de los terrenos adjudicados, según lo expresa el inciso 2º del artículo 54 que se viene interpretando.

En otros términos: el Estado—tradente—puede como cualquier particular imponer al adquirente las condiciones que a bien tenga. La ley, que se supone conocida por los particulares en virtud de la ficción legal establecida en el artículo 9º del Código Civil, impuso a los baldíos que se adjudiquen ciertas servidumbres, en determinadas condiciones, que el adjudicatario está obligado a respetar. Si, pues, un individuo solicita la adjudicación de un baldío, de antemano, por el solo hecho de la petición, se entiende que se somete a todas y cada una de

las obligaciones preestablecidas en la ley. Y si luégo obtiene la adjudicación, es claro, de toda claridad, que la aceptación de la adjudicación implica necesariamente el sometimiento a las reglas legales que el acto comporta. El ciudadano es libre para solicitar o no la adjudicación de un baldío, para aceptarla o rechazarla. Si no le conviene aceptar con la perspectiva de la imposición de servidumbres legales, puede rechazar la adjudicación; pero si la acepta, natural es que aproveche los beneficios y soporte las cargas que el acto implica. Y no se contentó el legislador con estatuir de manera general que los baldíos adjudicados quedan sujetos a ciertas servidumbres, sino que exigió, como requisito indispensable y para anticiparse a resolver las dudas que se pudieran sugerir, que esta disposición se incluyera en cada adjudicación.

Del artículo 26 de la Codificación Constitucional que el demandante considera violado con el acto que se acusa, se saca el mejor argumento para refutarlo: "Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones."

Los adjudicatarios de baldíos, dada la forma gratuita como se hacen propietarios, no pueden constituirse en lastre para el desarrollo de esta parte importante de la riqueza nacional.

Finalmente, alega el actor que esta corporación se ha pronunciado ya en favor de su tesis, y al efecto cita la sentencia de 14 de septiembre de 1937 que corre publicada en los *Anales del Consejo*, tomo XXXI, números 257 a 262, página 770.

El caso que se contempla en aquella sentencia es muy distinto al que se contempla ahora. En efecto: entonces el Ministerio dictó una resolución declarando extinguida la condición resolutoria que afectaba el dominio de unos terrenos adjudicados a particulares a título de baldíos, y luégo, el mismo Ministerio, por sí y ante sí, oficiosamente, resolvió dejar "sin valor ni efecto" su primitiva providencia. El Consejo, no sólo en la sentencia que cita el demandante, sino en muchos otros fallos, ha resuelto que cuando mediante una resolución se crea una situación jurídica, concreta y personal, no puede más tarde modificarse oficiosamente la situación creada. Pero como se ve, en el presente caso el Ministerio no procedió de oficio, sino a petición de parte, y no revocó ni reformó su primitiva resolución, sino que reconoció la existencia de un gravamen que por ministerio de la ley estaba ya impuesto en la primera resolución.

Cuestión de hecho.

Demostrado que el Ministerio sí tenía competencia para proferir la resolución acusada, procede el estudio de las restantes cuestiones planteadas en el juicio. Sostiene el actor, ya entrando al fondo de la cuestión, dos puntos de vista, a saber:

Primero. Que el predio dominante no es adyacente del predio sirviente, y por tanto no se cumple la condición que exige el artículo 54 del Código Fiscal para imponer esta clase de servidumbres, y

Segundo. Que la servidumbre no es *necesaria*, porque el predio del señor Gutiérrez sí tiene manera de comunicarse con el camino público, y por consiguiente tampoco se cumple este requisito del artículo 54 citado, ni los que al respecto ordena llenar el Código Civil.

Cuanto al primer punto, se tiene:

El Juez del Circuito de Riohacha estimó que los predios en cuestión no son adyacentes, y por ello negó las peticiones de Gutiérrez. Pero como ya se advirtió, las sentencias sólo obligan cuando están ejecutoriadas, y la del Juez del Circuito de Riohacha no lo está, o por lo menos

no se ha demostrado en este juicio que lo esté. Debe, pues, en consecuencia, procederse al estudio de la prueba producida al respecto, y en primer término cabe preguntar: ¿las pruebas en que se basó el Juez de Ríoacha deben estimarse en este juicio? Los expositores, al hablar de la prueba *trastadada*, sostienen que la prueba producida en un juicio es aceptable en otro, pero sólo en el caso de que en ambos juicios militen las mismas partes, porque “los resultados de las pruebas, ha dicho Ricci, no tienen carácter de verdaderos porque se hayan practicado en tal juicio y no en otro, sino en virtud del debate y oposición de las partes y de la observancia de las formalidades establecidas por la ley para practicarlas.” Ahora bien: el Juez de Ríoacha, para arribar a la conclusión de que los predios no son adyacentes, se apoyó en la inspección ocular practicada dentro de ese juicio. Al respecto dice la sentencia, después de desechar por contradictoria la prueba testimonial que con tal fin se había aducido: “... En cambio, como se vio atrás, en el acta de la inspección ocular aparece observado por el Juez, y también por los peritos y las partes, que entre los predios Salitral o Mayal Grande y San Antonio, hay una faja de terreno que los separa, no siendo por tanto adyacentes dichos terrenos.” (folio 7).

A este expediente se ha traído copia de la diligencia de inspección ocular mencionada y sobre el particular se lee únicamente lo que sigue: “... En este punto se observó que el predio cultivado de don Hugues está separado por un callejón estrecho de un predio cercado inculto que se dijo ser de Antonio Gutiérrez padre.” (folio 48).

En primer lugar, en el juicio que se siguió ante el Juzgado del Circuito de Ríoacha solamente eran parte los señores José Antonio Gutiérrez Daza y Hugues Lacouture, y en el presente intervienen de un lado la Nación y el señor Lacouture del otro. Por tanto en ambos juicios no militan las mismas partes, y conforme al principio atrás expuesto la prueba producida en el primer juicio no liga al fallador en el segundo. La Nación no intervino en la inspección ocular, no tuvo oportunidad de contrainterrogar a los testigos que allí se presentaron, no le fue dado hacer averiguaciones sobre a quién pertenece el “callejón estrecho” que, según la diligencia, separa los predios, no pudo cerciorarse si evidentemente el “predio cercado inculto” pertenece al señor Antonio Gutiérrez, padre, etc., y en estas condiciones faltó un requisito esencial para la eficacia de convicción de la prueba y que Ricci enuncia: “Lo que da valor a las pruebas practicadas en juicio es que lo hayan sido con intervención de las partes y previa la observancia de las formalidades establecidas por la ley a modo de garantías de la verdad y de la justicia.”

Algunos, sin embargo, han sostenido que ciertas pruebas, como la de inspección ocular, por ser de la experiencia personal y la de los hechos permanentes, tienen fuerza *erga omnes*. Ciertamente, cuando la prueba versa sobre la existencia de hechos permanentes, perceptibles por los sentidos (una cordillera, un río, un camino abierto) que el Juez ha apreciado *de visu*, tiene una fuerza de convicción incontrastable; pero cuando se trata de meras apreciaciones, que requieren la presencia de otras pruebas para llegar por inducción al hecho desconocido, la prueba pierde sensiblemente su mérito intrínseco. La existencia de un terreno en determinadas condiciones se palpa, se aprecia por los sentidos externos; pero para saber quién es su propietario es preciso acudir al examen de las pruebas del dominio. En este último caso se halla la inspección ocular que se analiza: los predios dominante y sirviente están separados por un terreno inculto “que se dijo ser de Antonio Gutiérrez padre.” ¿Quién o quiénes dijeron que el terreno fuera de Antonio Gutiérrez? De autos no se sabe, y el empleo de la fórmula impersonal “se dijo” no autoriza para dar por probado el hecho.

En cambio el Ministerio para fijar la servidumbre procedió luégo de una nutrida información. Así, el ingeniero Francisco Moreno, comisionado por el Ministerio para examinar los predios y acompañado del Alcalde de San Juan de César, levantó el plano topográfico de la región de donde aparece la colindancia de los predios. (Folio 50).

De su parte el mismo Alcalde en informe que rindió al Ministerio afirma que los lotes son contiguos. (folio 9).

Estudiado detenidamente el asunto, se ve con claridad que el lote cuya propiedad se atribuye a Antonio Gutiérrez, padre, es baldío, en cuyo caso también hay derecho a la servidumbre conforme al artículo 54 del Código Fiscal.

Finalmente se alega que con la servidumbre de que se trata se impone un gravamen innecesario al predio del señor Lacouture, porque a los terrenos que ocupa el señor Gutiérrez se les pueden abrir otras comunicaciones con el camino público, y no es por tanto el caso del artículo 905 del Código Civil.

En primer término debe observarse que el artículo aplicable es el 54 del Código Fiscal, por ser especial para el caso, y no el 905 del Código Civil que tiene un carácter general. La palabra "necesarias" que emplea el artículo 54 debe tomarse en el tercer sentido que le da el Diccionario de la Lengua Española, es decir, como contrario a superfluo, o sea "que es menester indispensablemente, o hace falta para un fin."

Consta del informe del ingeniero Moreno que la servidumbre por donde la estableció el Ministerio no causa ningún perjuicio al predio de Lacouture, y además, que es el camino más corto y mejor por la solidez del terreno.

No se puede pretender, como pretende el señor Lacouture, obligar a Gutiérrez a transitar por el antiguo camino que tenía establecido, y que era destruído frecuentemente por las inundaciones de los ríos *El Molino* y *Cesar*, o a construir un nuevo camino más largo y sobre terrenos inapropiados. A este respecto dice el informe del ingeniero:

"... invité al señor Hugues Lacouture en carta que le dirigí con fecha 25 del cursante, a que me acompañara a una inspección sobre el terreno mencionado, con el objeto de que me señalara el camino por donde él creyera que Gutiérrez Daza pudiera llegar a su finca, administrarla y explotarla, y en asocio del señor Alcalde concurremos a inspeccionar el camino por él indicado, y tomando el construído por Gutiérrez Daza hasta un punto situado a un kilómetro antes de Regar a la cerca del señor Lacouture, seguimos hacia la derecha tomando una trocha o guardarraya de un lote que ha sido pedido en adjudicación por los herederos del señor Juan Félix Lacouture, y dejando ésta y tomando una vereda abandonada que da vuelta al cerramiento del señor Lacouture, por un terreno bajo y anegadizo en las épocas de invierno, con varios pasos de quebradas y arroyos incómodos, y con un recorrido de tres tantos más del camino establecido por Gutiérrez Daza, indicó el señor Lacouture la posibilidad de establecer una vía, pues actualmente no existe..."

Y si hubiera de aplicarse el artículo 905 del Código Civil, la frase "deshuído de toda comunicación con el camino público" no debe entenderse en un sentido absoluto, de imposibilidad física. Tanto nuestros expositores (Antonio José Uribe, Fernando Vélez), como la jurisprudencia y los expositores franceses han atemperado el rigor de esta frase. Dicen ellos que cuando el predio no tiene una comunicación *suficiente* con el camino público procede la imposición de la servidumbre. No se puede obligar al tránsito por caminos que ofrezcan peligros para los transeúntes o cuya apertura o conservación sea en extremo costosa, si por otra parte con la imposición de una simple servidumbre y

luégo de indemnizar plenamente al dueño del predio sirviente, se solucionan todos los problemas.

En síntesis:

La Resolución acusada, lejos de ser violatoria de normas superiores, tiene firme apoyo en el artículo 54 del Código Fiscal.

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

FALLA:

No es nula la Resolución número 2 de 22 de abril de 1938, dictada por el extinguido Ministerio de Agricultura y Comercio, y en consecuencia, niéganse las peticiones de la demanda que por medio de apoderado presentó el señor Hugues Lacouture.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Elias Abad Mesa—Carlos Rivadeneira G.—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Gustavo Hernández Rodríguez—Luis E. García V., Secretario.

Apelaciones en lo administrativo

Consejero ponente, doctor
GONZALO GAITAN

En los juicios que se ventilan ante la justicia ordinaria, la apelación es la regla general; en los que se ventilan ante la justicia administrativa, es la excepción.

En los juicios contencioso-administrativos, solamente son susceptibles de apelación las sentencias definitivas, los autos interlocutorios que tienen este recurso por disposición expresa y los interlocutorios con fuerza de sentencia definitiva por finalizar la actuación.

Según el Código Judicial, es regla general que todas las apelaciones se conceden en el efecto suspensivo; en el Código Administrativo, la regla general es la inversa, aun tratándose de apelaciones contra sentencias definitivas.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre doce de mil novecientos treinta y nueve.

En sentencia de 9 de mayo de 1939, el Tribunal Administrativo de Ibagué puso término a la primera instancia del juicio sobre nulidad de los artículos 1º, 3º, 5º, 6º, 8º y 9º del Acuerdo número 1º de 1939, "por el cual se determina el personal de empleados del Municipio, se fijan sus asignaciones y se dictan otras disposiciones," Acuerdo éste que fue expedido por el Concejo Municipal de Ibagué. La demanda fue instaurada por el doctor Alfonso Vélez Botero e impugnada por el doctor Estanislao Pardo Galvis, y la parte resolutive de la sentencia es del tenor siguiente:

"... Primero. Decláranse nulas las siguientes disposiciones del Acuerdo número primero (1º) de 1939, 'por el cual se determina el personal de empleados del Municipio, se fijan sus asignaciones y se dictan otras disposiciones,' expedido por el Concejo Municipal de Ibagué: el artículo 1º, en cuanto fija como asignación del Tesorero Municipal un porcentaje equivalente al uno y tres cuartos por ciento de los impuestos que recaude; el artículo 3º, en cuanto atribuye al Concejo la facultad de nombrar el Auditor Secretario de la Tesorería Municipal, y al Alcalde la de nombrar los demás empleados subalternos de la misma Tesorería; el artículo 6º y el artículo 9º, en la parte que dice: 'El Alcalde concederá tales vacaciones y determinará los turnos a fin de que el servicio no se perjudique.'

"Segundo. No son nulas las demás disposiciones de estos artículos y las de los artículos 5º y 8º del mismo Acuerdo municipal.

"Publíquese, cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente."

Contra esta sentencia opuso el impugnador de la demanda doctor Pardo Galvis el recurso de apelación, el cual le fue concedido en el efecto devolutivo en auto de 25 del propio mayo.

De este último auto pidió reforma el doctor Pardo, "en el sentido de que tal sentencia no debe comunicarse o ponerse en ejecución hasta tanto no sea revisada por el honorable Consejo de Estado, por la apelación interpuesta, o que simplemente se dé la orden de esta medida al señor Secretario para que se abstenga de comunicarla, por no ser sentencia definitiva y ejecutoriada." (F. 29).

El Tribunal, en auto de 12 de junio postrero, negó la solicitud anterior. De este auto apeló el doctor Pardo, recurso que le fue negado en auto de 26 de junio siguiente.

De esta última providencia pidió reposición el mismo doctor Pardo, y en subsidio solicitó la expedición de copias para ocurrir de hecho ante el Consejo de Estado.

La reposición le fue negada en proveído de 13 de julio siguiente, pero se ordenó la expedición de las copias.

En tiempo oportuno y con los requisitos de que trata el Capítulo 5º del Libro 2º del Código Judicial, el doctor Pardo se ha presentado en ejercicio del recurso de hecho ante esta superioridad, recurso que se pasa a decidir:

Desde luégo la apelación fue interpuesta en oportunidad y sólo resta por averiguar si el auto contra el cual se interpone el recurso es susceptible, si o nó, de él.

El Código de lo Contencioso Administrativo en parte alguna se refiere a las apelaciones de los autos interlocutorios, y en su artículo 104 se encuentra una disposición de carácter general, según la cual todas las disposiciones del Código Judicial y de las leyes que lo adicionan y reforman son aplicables a los juicios y actuaciones a cargo de los Tribunales de que trata la Ley 130 de 1913, en cuanto sean compatibles con su naturaleza y no se opongan a las especiales contenidas en ella.

Muchas y muy notables son las diferencias que respecto de apelaciones se observan entre el Código de enjuiciamiento civil y el Código de lo Contencioso Administrativo, diferencias que imponen las diversas naturalezas de los juicios administrativos y los juicios que se ventilan ante la justicia ordinaria, y así vemos que al paso que según el Código Judicial es regla general que todas las apelaciones se conceden en el efecto suspensivo (artículo 496), en el Código Administrativo la regla general es la inversa, aún tratándose de apelaciones contra sentencias definitivas. La naturaleza breve y sumaria de los juicios administrativos, los escasos incidentes que en ellos tienen cabida, la especie misma de los negocios o controversias que en ellos se ventilan, imponen la limitación en materia de apelaciones.

Puede decirse que en los juicios que se ventilan ante la justicia ordinaria, la apelación es la regla general, y en los que se ventilan ante la justicia administrativa, es la excepción.

En el Código de lo Contencioso Administrativo y en las leyes que lo adicionan y reforman, se encuentran diseminadas múltiples disposiciones que de manera expresa y especial otorgan el recurso de apelación contra ciertos autos. Quiere decir esto que el recurso sólo se concede en casos especiales.

Sirvan de ejemplo las siguientes disposiciones: artículo 20 de la Ley 109 de 1923, que autoriza al Consejo de Estado para resolver en grado de apelación las controversias que se susciten sobre reorganización de la contabilidad oficial y creación del Departamento de Contraloría; artículo 6º de la Ley 80 de 1935, que concede apelación ante el Consejo de Estado para las providencias que dicte la Contraloría General de la República en ciertos juicios de cuentas.

Y en lo tocante al procedimiento administrativo-contencioso la apelación sólo se concede contra las sentencias definitivas. Así lo dice de modo expreso el artículo 19, ordinal a), de la Ley 130 citada, y cuando ha con-

cedido esta Ley apelación contra autos interlocutorios lo ha dicho de modo expreso, como se ve del inciso b) del artículo que se acaba de citar, y aun cuando este inciso está derogado si sirve él para demostrar la teoría de la inapelabilidad de los autos interlocutorios en esta clase de juicios. Para el auto de suspensión provisional y debido a su trascendencia —auto típicamente interlocutorio— fue menester que la Ley 80 de 1935, en su artículo 2º, otorgara de modo expreso este recurso.

Finalmente, en tratándose de asuntos municipales, como es el caso de autos, la Ley 70 de 1930, en su artículo 5º, otorgó el recurso de apelación para demandas referentes a asuntos municipales de las capitales de Departamento (pues antes estos asuntos se seguían en única instancia ante el Tribunal Administrativo correspondiente). Al efecto, dijo: "Los juicios tendrán segunda instancia por apelación ante el Consejo de Estado."

Como según los principios generales, la primera instancia finaliza con la sentencia definitiva dictada por el inferior, es claro, siguiendo lo transcrito del artículo 5º, que lo apelable es la sentencia y no los autos interlocutorios que se profieran en el juicio.

De todo lo dicho se concluye que en los juicios contencioso administrativos solamente son susceptibles del recurso de apelación las sentencias definitivas, los autos interlocutorios que por disposición expresa de la ley tienen este recurso y aquellos autos interlocutorios que tienen fuerza de sentencia definitiva por finalizar la actuación.

Por consiguiente, el auto materia del presente recurso no es apelable, y debe denegarse el recurso de hecho.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *niega* el recurso de hecho de que se ha hecho mérito en esta providencia. Dese cuenta al Tribunal Administrativo de Ibagué.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Elias Abad Mesa—Con salvamento de voto, Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V., Secretario.

Salvamento de voto

Consejero, doctor
GUSTAVO HERNANDEZ RODRIGUEZ

Decir que los autos interlocutorios no son apelables en las tramitaciones que se siguen ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, es establecer una excepción al principio fijado en el Código Judicial, cuando dice que los autos de esta clase son apelables, sin olvidar que el artículo 104 de la Ley 130 de 1913 dice que todas las disposiciones de dicho Código son aplicables en los juicios y actuaciones a cargo de los Tribunales de lo Contencioso, en cuanto sean compatibles con su naturaleza o no se opongan a disposiciones especiales.

Respetuosamente salvo el voto del anterior fallo, y como fundamento de tal determinación, me refiero al salvamento de voto a la providencia de 7 de los corrientes, sobre el juicio electoral entablado por el señor Max Chaves, providencia en la cual no se concede el recurso de hecho interpuesto contra el auto de 20 de mayo del corriente año, dictado por el Tribunal Administrativo de Pasto, en la demanda de nulidad de varios actos del Consejo Electoral de Nariño, con motivo de la elección para Representantes a la Cámara.

Dicho salvamento dice en la parte pertinente:

“Por regla general hay en los juicios dos instancias o grados (artículo 196 del Código Judicial); esta regla que es básica en la organización judicial del mundo civilizado, no se puede dejar de aplicar sino en los casos en que hay disposición expresa, puesto que las excepciones no se establecen por interpretaciones o deducciones, sino por expresiones claras y precisas de la ley, puesto que cuando ésta no distingue, no le es dado al intérprete hacerlo.

“Decir que los autos interlocutorios no son apelables en las tramitaciones que se siguen ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, es establecer una excepción al principio fijado en el Código Judicial, cuando dice que los autos de esta clase son apelables, sin olvidar que el artículo 104 de la Ley 130 de 1913 citado, dice que todas las disposiciones de dicho Código son aplicables en los juicios y actuaciones a cargo de los Tribunales de lo Contencioso, en cuanto sean compatibles con su naturaleza o no se opongan a las disposiciones especiales contenidas en la Ley 130.

“¿Acaso peca contra la naturaleza de los juicios que se siguen en lo Contencioso, la apelación que el Código Judicial consigna para los autos interlocutorios? Todo lo contrario: la naturaleza de esos juicios reclama la aplicación de los principios generales. ¿Existen leyes especiales que den la tramitación taxativa? Si las hay, resulta evidente que por expresa excepción no se aplica la regla del Código Judicial, según la cual los autos interlocutorios son apelables”. (Artículo 491).

En la anterior transcripción está la razón que me ha obligado a separarme de la opinión de mis colegas.

Gustavo Hernández Rodríguez—Luis E. García V., Secretario.

Empleados municipales

Consejero ponente, doctor
GONZALO GAITAN

Los nombramientos de empleados municipales corresponden al Alcalde, cuando por disposición expresa no están atribuidos a otro funcionario o entidad.

La Ley 72 de 1926, la 89 de 1936, que la hizo extensiva a las capitales de Departamento, vinieron a reafirmar para éstas el principio enunciado. En consecuencia, todos los agentes del Alcalde deben ser nombrados por éste.

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

El Concejo Municipal de Cartagena, en el artículo 6º del Acuerdo número 8 de 3 de julio de 1937, dispuso:

“Desde la sanción del presente Acuerdo, la escogencia del personal de las Obras Públicas Municipales, estará a cargo de la Comisión de Obras Públicas del Concejo. Queda en estos términos derogado el artículo 3º del Acuerdo número 3 del presente año.”

El señor Rafael Arenas, mayor y vecino de Cartagena, demandó la nulidad del artículo transcrito por considerarlo contrario al ordinal 19 del artículo 184 de la Ley 4ª de 1913, y pidió la suspensión provisional de la disposición acusada.

El Tribunal *a quo* dio curso a la demanda y decretó la suspensión provisional solicitada, con el voto disidente de uno de sus miembros.

Posteriormente, el Consejo de Estado revocó el auto que decretó la suspensión provisional.

Surtido el trámite legal, el juicio finalizó con la sentencia de primer grado fechada el 14 de febrero de 1938, cuya parte resolutive es del tenor siguiente:

“Este Tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara nulo el artículo 6º del Acuerdo número ocho (8) del pasado año, expedido por el Concejo Municipal de Cartagena.”

De este fallo apeló el Personero Municipal de esa ciudad, por lo cual vinieron los autos a esta Corporación, y sustanciado en debida forma el recurso se procede a fallarlo.

El Fiscal del Consejo, en su vista de fondo, estima que la sentencia debe revocarse porque, en su concepto, si es verdad que de conformidad con el artículo 2º de la Ley 72 de 1926 todos los empleados que constituyen el tren municipal son agentes del Alcalde y a éste corresponde hacer los nombramientos y remociones, esta regla general encuentra su excepción en el artículo 1º de la Ley 84 de 1915, según el cual los Concejos Municipales pueden reservarse el nombramiento de los empleados municipales creados por los mismos Concejos, en lo que se refiere a los ramos de vías de comunicación, fomento e higiene pública.

Se considera:

Es regla general que los nombramientos de empleados municipales corresponde hacerlos al respectivo Alcalde, cuando por disposición expresa no están atribuidos a otro funcionario o entidad. Así lo disponen los artículos 184 y 250 del Código Político y Municipal. La Ley 72 de 1926, en su artículo 201, dispuso:

“Corresponde al Alcalde de Bogotá, dirigir la acción administrativa en el Municipio, nombrando y separando libremente sus agentes y dictando todas las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración.”

Esta Ley, con algunas excepciones, se hizo extensiva a otros Municipios del país, entre los cuales está el de Cartagena, por ser capital de Departamento, según la Ley 89 de 1936.

Por manera que las dos últimas Leyes que se acaban de citar vinieron a reafirmar aún más el principio antes enunciado, y en consecuencia todos los *agentes* del Alcalde deben ser nombrados por éste.

El Decreto número 47 de 1927, reglamentario de la Ley 72 citada, dijo qué se entendía por *agentes*.

“En conformidad con el artículo 2º de la Ley 72 de 1926, todos los empleados que constituyen el tren municipal son agentes del Alcalde y de él emanan sus nombramientos o remoción, con excepción del Personero, Tesorero y Jueces Municipales, cuya provisión corresponde conforme a la Constitución a los Concejos Municipales.”

Dicho lo anterior, resulta claro que el artículo acusado contraría las disposiciones legales a que se ha hecho referencia.

Y no se diga que estas disposiciones contienen la excepción consagrada en el inciso b) del artículo 1º de la Ley 84 de 1915, porque, en primer lugar, esta Ley es anterior y quedó modificada para las capitales de los Departamentos, y en segundo lugar, porque según la propia Ley 84, ella no se roza con los empleados que puedan considerarse como *agentes* de la Administración, y es claro que los empleados cuyo nombramiento atribuyó el Concejo de Cartagena a la Comisión de Obras Públicas, son agentes del Alcalde.

Y en todo caso, aun cuando la tesis anterior pudiera ser discutida con éxito, es lo cierto que aun en este supuesto el artículo acusado resulta de todas maneras nulo, por ilegal, porque la reserva de nombramientos a que se refiere el inciso b) de la nombrada Ley 84 fue para el Concejo y de ninguna manera para una comisión de su seno.

Pos las breves razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, apartándose del señor Fiscal, *confirma* la sentencia de fecha 14 de febrero de 1938, proferida por el Tribunal Administrativo de Cartagena en el presente juicio iniciado por el señor Rafael Arenas, sobre nulidad del artículo 6º del Acuerdo número 8 de 3 de julio de 1937.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Eliás Abad Mesa—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas. Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V., Secretario.

Agencias y agentes

Consejero ponente, doctor
GONZALO GAITAN

Entre agencia y agente hay diferencia sustancial. Las actividades personales no pueden gravarse con tributos. Un acuerdo municipal, en cuanto grave a los agentes, es ilegal y debe anularse. Mientras el agente no tenga local o establecimiento, no puede ser gravado, porque el gravamen recaería sobre una actividad netamente personal, que escapa a la tributación que pueden establecer los Municipios.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre veintidós de mil novecientos treinta y nueve.

El señor Víctor Céspedes, mayor y vecino de Cartagena, demandó ante el Tribunal Administrativo de esa ciudad la nulidad del artículo 6º del Acuerdo número 3 de 5 de febrero de 1938, "por el cual se establece la Junta de Obras Públicas Municipales, se modifica el Acuerdo número 16 de 1937, y se dictan otras disposiciones," Acuerdo expedido por el Concejo Municipal de Cartagena.

Considera el actor violadas las disposiciones de los artículos 169 de la Ley 4ª de 1913 y 1º de la Ley 84 de 1915, en cuanto el Concejo se salió de los límites trazados por el legislador para imponer contribuciones. Estima también infringido el numeral 9º del artículo 171 del Código Político y Municipal, que prohíbe a los Concejos gravar objetos ya gravados por el Departamento.

En el libelo se solicitó la suspensión provisional del acto acusado, suspensión que fue decretada por el Tribunal *a quo*, pero levantada luego por el Consejo de Estado, a donde vino el negocio en grado de apelación.

Surtidos los trámites procesales, el Tribunal de primera instancia anuló el precitado artículo 6º en sentencia fechada el 31 de mayo de 1938. Apelado este fallo por el señor Personero del Municipio interesado, nuevamente subió el asunto a esta superioridad, la que procede a dictar su fallo mediante las siguientes consideraciones:

El Fiscal del Consejo objeta la personería del demandante Céspedes en estos términos:

"... El señor Víctor Céspedes alegando su carácter de Agente Oficial de la Lotería de Beneficencia de Cundinamarca acusa dicho Acuerdo como violatorio de varias disposiciones legales. Para comprobar su carácter de Agente de Loterías acompaña varios recibos extendidos por la Tesorería General del Departamento en los que consta el pago del impuesto departamental que grava el expendio de los billetes.

"En tal virtud aparece de manifiesto en concepto del suscrito que la acción pública ejercitada por el demandante, y aceptada por el Tribunal *a quo*, es improcedente para demandar un acto administrativo que sólo lesiona los intereses de los Agentes de Loterías.

"Por tales razones conceptúo que debe revocarse la sentencia recurrida..."

De su parte, el Tribunal de primera instancia estima también que la acción que ha debido intentar el señor Céspedes es la privada y no la pública.

No comparte el Consejo esta apreciación. En efecto, la disposición acusada dice:

“Desde la vigencia del presente Acuerdo las rentas municipales que se mencionan a continuación, se cobrarán de conformidad con las tarifas que pasan a expresarse:... Agentes de Loterías—De primera clase, mensualmente, \$ 15.00; de segunda clase, mensualmente, \$ 10.00; de tercera clase, mensualmente, \$ 5.00.”

Cómo se ve, la disposición transcrita en la parte acusada, crea una situación impersonal: todos los Agentes de Loterías establecidos o que se establezcan, deberán pagar el tributo según la clasificación hecha por el Acuerdo. No se contempla una situación personal, determinada, tal como si en la clasificación que hiciera la Junta respectiva se dijera: “la Agencia del señor Vicior Céspedes pagará \$ 15.00 mensuales,” y este señor reclamara de la clasificación por considerar que le correspondía pagar según la tercera clase y no según la primera.

Apreciadas así las cosas y dado el interés que todo ciudadano debe tener por el mantenimiento del orden jurídico existente, por que no se violen normas de superior obligatoriedad, la acción pública es la pertinente en el caso de autos.

Debe, en consecuencia, entrarse en el fondo del asunto.

Según el artículo 195 de la nueva Codificación Constitucional, corresponde a los Concejos “votar, en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas expedidas por las Asambleas, las contribuciones y gastos locales.” Acorde con este principio constitucional, se halla el numeral 2º del artículo 169 del Código Político y Municipal, que entre las atribuciones de los Concejos señala la de “imponer contribuciones para el servicio municipal, dentro de los límites señalados por la ley y las ordenanzas, y reglamentar su recaudación e inversión.” La Ley 97 de 1913, especial para el Municipio de Bogotá, pero ampliada más tarde a otros Municipios por la 84 de 1915, permite hoy a los Concejos, según el inciso f) del artículo 1º, gravar con impuestos los “almacenes y tiendas de expendio de cualquier clase.” Igualmente, la Ley 72 de 1926, en su artículo 6º, Ley que también fue expedida especialmente para el Municipio de Bogotá y que hoy rige para el de Cartagena por virtud de la 89 de 1936, permitió a los Concejos Municipales “crear los impuestos y contribuciones que estimen necesarios, dentro de la Constitución y las leyes.”

En presencia de estas disposiciones, es claro que dentro de las atribuciones del Cabildo de Cartagena estaba la de gravar las agencias o expendios de billetes de loterías.

Empero, según el tenor literal de la disposición acusada, el gravamen no se impuso a las agencias o expendios de loterías, sino a los agentes, y entre agencia y agente hay diferencia sustancial.

Ya esta Corporación, en repetidos fallos, ha dicho que las actividades personales no pueden gravarse con tributos. Así, en sentencia de 22 de agosto último, se lee:

“... No sucede lo propio con el artículo 1º, porque los Municipios no están facultados ni expresa ni implícitamente por la ley para gravar las actividades comerciales o industriales de las personas naturales o jurídicas. A esta conclusión nos lleva el análisis atento y cuidadoso de los estatutos legales que han autorizado a los Distritos para establecer contribuciones, con las cuales puedan atender a los servicios municipales...”

En la propia sentencia se fundamentó así la anterior conclusión:

“No basta que una persona ejerza determinadas actividades comerciales, para que pueda decirse que tiene una ‘agencia de negocios.’ Para que ello suceda, es necesario que al lado de este elemento exista otro material de suyo, que constituya el centro o asiento de las gestiones comerciales. Faltando uno cualquiera de estos dos elementos que integran la noción de ‘agencia de negocios,’ no puede decirse que ella exista, y en tales condiciones el gravamen que recaiga solamente sobre uno de ellos, en este caso las actividades de las personas, es ilegal, y por tanto debe anularse.”

Y en sentencia de 24 de febrero de 1937 (*Anales del Consejo de Estado*, tomo XXX, números 245 a 250, página 403), se sustenta la misma doctrina:

“Ni la ordenanza departamental que autoriza a un Municipio para crear el impuesto sobre los establecimientos de comercio denominados agencias de negocios, ni el Acuerdo municipal que hace uso de tal autorización, pueden gravar las actividades personales o profesionales en sí mismas; el impuesto debe recaer sobre una relación jurídica precisa entre el local o el establecimiento de negocios y la actividad comercial, pero no sobre esta última considerada aisladamente.”

De lo dicho se concluye que el Acuerdo acusado, en cuanto grava a los agentes, es ilegal y debe anularse. Mientras el agente no tenga un local o establecimiento abierto al público para ejercer sus funciones comerciales, no puede ser gravado, porque el gravamen recaería, no sobre el establecimiento y por razón de su industria y comercio, sino sobre una actividad netamente personal, individual, que escapa a la tributación que pueden establecer los Municipios.

Cabe observar que la acción intentada por el señor Víctor Céspedes se encaminó solamente a obtener la nulidad “del Acuerdo Municipal número 3 de fecha 5 de febrero del presente año (1938), en la parte referente al impuesto sobre agencias de venta de billetes de loterías,” y el Tribunal ha declarado la nulidad de todo el artículo 6º del mencionado Acuerdo sin advertir que esta disposición contiene otros gravámenes bien diferentes del que ha dado lugar a la presente actuación. Falló, pues, *ultra petita*, con prescindencia de las normas procesales según las cuales las sentencias deben proferirse en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes (artículo 471 del Código Judicial). Es menester limitar, pues, los alcances de aquella decisión.

A virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, oído el concepto de su Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia apelada en cuanto por ella se pronuncia la nulidad del gravamen a los agentes de loterías establecido en el artículo 6º del Acuerdo número 3 de 1938, expedido por el Concejo Municipal de Cartagena, y la *revoca* en cuanto se refiere a los demás tributos de que trata el mismo artículo 6º.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Gustavo Hernández Rodríguez—Carlos Rivadeneira G.—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Elias Abad Mesa—Luis E. García V., Secretario.

Períodos de los empleados

Consejero ponente, doctor

GONZALO GAITAN

Quando el acuerdo en que se hace la creación de un cargo municipal y se le fija la duración del período, omite expresar la fecha en que éste debe empezar, el Código Político y Municipal, en el artículo 279, señala la regla que debe observarse, al disponer que la fecha inicial de todo período municipal es el primero de enero. No puede el Concejo, en acuerdo posterior, cambiar esa fecha legal, máxime si el empleado está ya en ejercicio de sus funciones.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos treinta y nueve.

En virtud de apelación legalmente interpuesta y concedida, pasa el Consejo a revisar el auto de 5 de julio último, proferido por el Tribunal Administrativo de Cartagena, mediante el cual decretó la suspensión provisional del artículo 2º del Acuerdo número 6 de 22 de mayo de 1939, expedido por el Concejo Municipal de dicha ciudad.

Por medio del artículo 1º del Acuerdo número 9 de 1937 y de conformidad con un contrato celebrado entre el Municipio de Cartagena y el Gobierno Nacional, se creó el cargo de Interventor del Municipio en la Compañía de Servicios Públicos de Cartagena.

El artículo 3º del mismo Acuerdo dispuso que el Interventor sería nombrado por el Concejo, fijó una asignación de \$ 300.00 mensuales y señaló un período de un año, *sin expresar la fecha en que este período debía comenzar.*

En sesión extraordinaria verificada el 7 de diciembre de 1938, se nombró para el cargo al doctor Jesús María Caballero.

El artículo 2º del Acuerdo número 6 de 25 de mayo de 1939, que es el acusado, dispuso:

“El período de un año a que se refiere el artículo 3º del Acuerdo número 9 de 1937, para el Interventor del Municipio en la Compañía de Servicios Públicos de Cartagena, comenzará a contarse desde el día 20 de mayo del año en curso. Queda en estos términos adicionado y reformado el artículo 3º del Acuerdo a que se ha hecho referencia y todos los que sean contrarios al presente.”

El señor Wilfrido Castro A. demandó la nulidad del artículo transcrito por considerarlo contrario a los artículos 278 y 279 del Código de Régimen Político y Municipal, y pidió la suspensión provisional del acto acusado, suspensión que, como ya se dijo, fue decretada por el Tribunal *a quo* en el auto apelado.

Según el artículo 278 del Código Político y Municipal, los períodos de los empleados creados por Ordenanzas y Acuerdos serán fijados en los *mismos Acuerdos u Ordenanzas*, y en su defecto, por las reglas generales que contiene la Ley 4ª de 1913.

El Concejo, en el mismo Acuerdo en que hizo el nombramiento, fijó la duración del periodo del empleado, pero no indicó la fecha inicial de duración. Para estos casos el Código Político y Municipal señala la regla que debe observarse en su artículo 279:

“La fecha inicial de todo periodo municipal es desde el primero de enero de cada año.”

Así las cosas, el Concejo no podía en un Acuerdo posterior cambiar la fecha legal de la iniciación del periodo, máxime cuando el empleado estaba en ejercicio de sus funciones. Por ello, *prima facie*, el artículo acusado resulta contrario al 279 del Código Político y Municipal, y es procedente la suspensión provisional que decretó el Tribunal Administrativo de primera instancia.

Por lo dicho, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* el auto de 5 de julio postrero, proferido por el Tribunal Administrativo de Cartagena en el presente juicio, iniciado por Wilfrido Castro, sobre nulidad del artículo 2º del Acuerdo número 6 de 22 de mayo en curso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Gonzalo Gaitán—Elias Abad Mesa—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas. Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V., Secretario.

Jubilación de profesores

Consejero ponente, doctor

GUSTAVO HERNANDEZ RODRIGUEZ

El objetivo de la Ley 42 de 1933 es el de dar un recurso económico a los profesores incapacitados por la edad para trabajar. La ley no distingue entre las diversas asignaturas, ya que no se trata de premiar la preparación, sino de reparar una injusticia social. La educación y la instrucción constituyen un fin eminentemente social, que debe ser realizado por el Estado. En los momentos actuales, el Estado, en función de cultura, va desde la escuela primaria hasta la secundaria y la profesional.

Consejo de Estado—Bogotá, julio primero de mil novecientos treinta y nueve.

Por medio de apoderado y con fecha 2 de mayo de este año, el señor Sebastián Antolínez, vecino de Bucaramanga, solicita que se le reconozca y mande pagar del Tesoro Nacional una pensión de jubilación a que dice tener derecho por haber desempeñado el cargo de profesor por más de quince años en establecimientos públicos y privados, tener más de setenta años de edad y reunir los demás requisitos legales.

En autos figuran los siguientes documentos: partida de bautismo del peticionario, expedida por el Párroco de Chiscas, de la cual se desprende que aquél cuenta actualmente setenta y nueve años de edad; copia del Decreto número 37, expedido en Bucaramanga en 14 de febrero de 1910, que dice:

“El Gobernador del Departamento *decreta*: Artículo 1º Créase el empleo de Profesor de Caligrafía en los Establecimientos Oficiales de Instrucción Secundaria de esta capital, con la asignación mensual de diez pesos (\$ 10.00). Parágrafo. El Profesor de Caligrafía tendrá obligación de hacer durante una hora clase diaria en cada uno de los planteles de instrucción secundaria de la capital. Artículo 2º Nómbrase al señor Sebastián Antolínez para ocupar el empleo en referencia. Artículo 3º La suma necesaria para atender al cumplimiento del presente Decreto se tomará de la partida votada en el presupuesto para gastos de instrucción primaria.”...; certificados del Director de Educación en dicho Departamento y del Rector del Colegio de San Pedro Claver de Bucaramanga, según los cuales el peticionario desempeñó el cargo de Profesor de Caligrafía durante el tiempo comprendido del año de 1905 al de 1920, todos inclusive, en el citado establecimiento, regentado por Padres de la Compañía de Jesús y en la Escuela Normal de Institutoras de la misma ciudad; declaraciones de dos testigos que fueron discípulos del señor Sebastián Antolínez cuando éste era Profesor de Caligrafía en el Colegio de San Pedro Claver, durante los años de 1905 a 1909, inclusive; declaraciones de dos personas más, que dicen conocer al peticionario desde hace más de treinta años y que les “consta de ciencia cierta que la mayor parte de su vida la consagró al magisterio de la enseñanza secundaria con honorabilidad y consagración, tanto en establecimientos oficiales como también en colegios particulares; que es absolutamente po-

bre, que no tiene bienes de fortuna ni renta mayor de veinte pesos (\$ 20.00) mensuales, proveniente de sueldo, pensión o renta, y que siempre ha observado y observa actualmente conducta ejemplar notoria, pública y privadamente, por lo cual es bien reputado en el lugar de su residencia"; certificaciones expedidas por el Administrador de Hacienda Nacional de Santander y por el Jefe de la Sección de Presupuesto y Contabilidad del Ministerio de Hacienda, en las que aparece respectivamente que el señor Sebastián Antolínez no figura como contribuyente al impuesto sobre la renta, y que no ha recibido pensión ni recompensa del Tesoro Nacional.

En su memorial de 25 de mayo último, el señor Fiscal de la Corporación emite los conceptos siguientes:

"Ha sostenido el Consejo de Estado uniformemente que la Ley 42 de 1933 sólo es aplicable a determinados profesores de la educación pública, y por tanto ha excluido siempre de dicha gracia a los maestros de escuela, a los profesores en la enseñanza primaria y a los maestros o profesores de determinadas materias de artes y labores manuales. La Fiscalía no ha encontrado fundamento legal alguno para esta distinción que no existe en el texto de la Ley 42 de 1933, y sólo es aceptable que queden excluidos de dicha gracia los maestros de escuela de los institutos de educación pública oficial, para los cuales existe un estatuto especial como lo es la Ley 114 de 1913.

"Sin embargo como la doctrina del Consejo ha sido hasta ahora inmodificable, solicito que se niegue la petición del señor Antolínez por cuanto la materia por él enseñada no pertenece ni es propia de la enseñanza secundaria, sino de la primaria."

Para resolver se considerará:

La Ley 42 de 1933 dice que "los individuos que hubieren desempeñado durante más de quince años puestos en el magisterio como profesores en establecimientos públicos o privados y que tuvieren más de setenta años de edad tendrán derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación de ochenta pesos pagaderos del Erario Público Nacional."

El objetivo de la Ley es el de dar a los hombres incapacitados por la edad para trabajar y que dedicaron su vida a las labores de la segunda enseñanza, un recurso económico, porque la realidad de la vida le pone de presente al Estado que la miseria ha sido para el profesor la compañera de su vejez, debido a que en el Magisterio el salario apenas ha dado margen para mal comer.

La Ley no distingue entre profesores de las diferentes magistraturas, ya que no se trata de premiar la preparación, sino de reparar la injusticia social de quien dedicó sus energías en el concurso que busca el desarrollo de la cultura de un país, y quien, cuando le fallan esas energías, no recibe protección del Estado.

La caligrafía, como las artes manuales, el álgebra, la gramática, la física y la química, se encuentra, aunque a distinta altura, en la misma pirámide que representa la ascensión cultural humana.

Indudablemente este espíritu determinó la expresión legislativa que es general y no distingue, porque como se dijo atrás, no se trata de premiar las facultades sino de corregir la miseria. Para distinguir sería preciso olvidar la doctrina que en síntesis se ha expuesto y olvidar el postulado de que donde el legislador no distingue, no lo puede tampoco hacer el intérprete.

Además, en el pênsum oficial para la segunda enseñanza ha figurado muchas veces la escritura y siempre, inclusive en los últimos años, las artes manuales. Mucho tiempo ha pasado desde que se tenía el concepto de que los trabajos manuales eran un aprendizaje de carácter accesorio para la formación de la mentalidad individual. Hoy día, la llamada escuela activa lo presenta como punto fundamental de sus prospectos, y

con razón, pues su finalidad principal es poner en contacto el pensamiento en formación del niño, con lo real y concreto, dándole así desde un comienzo, un sentido práctico de la vida.

En cuanto a la caligrafía, se la ha dejado de incluir en el pènsum oficial de segunda enseñanza, debido a que se ha considerado que los dictados tomados continua y directamente por los alumnos, son un ejercicio de ella, y porque parece haber hecho camino la tesis de que en materia de escritura no debe existir profesor en la segunda enseñanza, dejando así libre la iniciativa individual que venga a producir la manifestación espontánea de la escritura, con sello personal que se refleje en el fenómeno de la autoeducación. Esta tesis, sin duda aceptable por científica, ha surgido sin embargo después de haber cumplido quince años de profesorado en Caligrafía el señor Antolínez, cuando sus energías se habían agotado en beneficio de lo que el Estado creía hasta hace algún tiempo como parte necesaria de la educación secundaria.

Y es que la educación y la instrucción pública constituyen un fin eminentemente social que debe ser realizado por el Estado, es decir, que ellas constituyen una de sus obligaciones. Ahora bien, si no las puede cumplir por sí mismo, debe propugnar el desarrollo de las actividades educativas por parte de los particulares. El Estado colombiano desde tiempo atrás le había puesto límite a esa su obligación, encerrándola exclusivamente en el ciclo de la enseñanza primaria, dejando la secundaria, en la teoría y en la práctica, a la iniciativa privada. Mas en los momentos actuales, por lo menos teóricamente, el Estado, en función de cultura, va desde la escuela primaria hasta la secundaria y profesional.

El legislador de 1933 tuvo en cuenta que anteriormente el Estado había tenido solamente una actitud negativa, al abandonar la enseñanza secundaria a la iniciativa individual. Ella venía llenando la función que teóricamente corresponde al Estado con imperfecciones de diverso orden, entre ellas el reducido salario de los profesores, que apenas si alcanzaban a conseguir una ración para su subsistencia; nunca el margen para ampararse contra la senectud y la invalidez. Pero como teóricamente correspondía al Estado el suministro de enseñanza primaria, éste no creyó de su deber sino el amparo del insuceso por edad o por enfermedad del maestro con una pequeñísima pensión, visiblemente insuficiente. Y si la injusticia social era flagrante con los maestros de enseñanza primaria, cuánto más no lo era con los profesores de enseñanza secundaria, los cuales no recibían auxilio de ninguna naturaleza.

Por las anteriores consideraciones, el mandato dictado por el legislador de 1933, que tiene un contenido eminentemente social, no podía distinguir materias, ni la bondad de las mismas. Porque el talento, como la extraordinaria consagración que conduce a la sabiduría, son gratificados por el Estado en forma diferente.

Hecho el razonamiento que precede, y agregando como detalle definitivo el Decreto número 37 de la Gobernación de Santander que atrás insertamos, por el cual se crea la cátedra de Caligrafía y se nombra para desempeñar dicho empleo al señor Sebastián Antolínez, en desacuerdo con el señor Fiscal, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reconoce a favor del señor Sebastián Antolínez una pensión mensual de jubilación vitalicia por valor de ochenta pesos (\$ 80.00) a que le da derecho la Ley 42 de 1933, que le será pagada desde la fecha de esta sentencia por el Tesoro Nacional.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y archívese.

Tulio Enrique Tascón—Gustavo Hernández Rodríguez—Gonzalo Gaitán—Eliás Abad Mesa—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas. Ricardo Tirado Mucias—Luis E. García V., Secretario.

Pruebas periciales

Consejero ponente, doctor

GUSTAVO HERNANDEZ RODRIGUEZ

Al disponerse que no se considerarán como documentos probatorios los certificados de médicos diplomados, expedidos con posterioridad mayor de seis meses a la época en que tuvo lugar la enfermedad que quiere comprobarse, no se violan disposiciones legales, ya que la ley no le confiere al simple certificado pleno valor probatorio. No se trata de eliminar un derecho por haber transcurrido determinado tiempo, sino de eliminar una especie de gracia consistente en que con prueba insuficiente se pueda adquirir ese derecho.

Consejo de Estado—Bogotá, julio catorce de mil novecientos treinta y nueve.

El doctor Manuel J. Hernández, en ejercicio de la acción pública, demandó la nulidad del Decreto número 146 de 9 de febrero de 1937.

El Decreto demandado dice así:

“El Gobernador de Cundinamarca,

en uso de sus atribuciones legales,

decreta:

Artículo único. Para el estudio de los expedientes relacionados con la solicitud de gracias a que las ordenanzas vigentes dan derecho a los empleados u obreros del Departamento, no se considerarán como documentos probatorios y fehacientes los certificados expedidos por médicos no titulados; a los expedidos con posterioridad mayor de seis meses a la época en que tuvo lugar la enfermedad que quiere comprobarse, reservándose en todo caso la Gobernación el derecho de exigir la ampliación de tales certificados por medio de declaraciones juramentadas, así como también obtener nuevos y distintos conceptos médicos, cuando así lo estime oportuno.”

El actor señala como violados los artículos 9º y 10 del Acto Legislativo número 1º de 1936, el artículo 285 del Código Político y Municipal, los artículos 4º y 5º de la Ley 153 de 1887, los artículos 27, 28, 31 y 32 del Código Civil, el artículo 7º de la Ordenanza número 56 de 1927, los artículos 1º y 3º de la Ordenanza número 13 de 1933, el artículo 2º de la Ordenanza número 16 de 1935 y el artículo 21 de la Ordenanza número 355 de 1936, todas estas Ordenanzas de la Asamblea de Cundinamarca. Además, solicitó que se declararan nulos en general todos los decretos y resoluciones que la Gobernación hubiere dictado en desarrollo del Decreto acusado. El Tribunal admitió la demanda, salvo en la parte que contiene esta última petición. En cuanto a la suspensión provisional del Decreto acusado, ella fue negada tanto por el Tribunal como por el Consejo de Estado.

Para resolver es preciso determinar el contenido del Decreto. Este fue dictado, como lo dice su preámbulo, para reglamentar los requisitos que deben llenar los certificados médicos que se presenten como pruebas en las solicitudes de pensiones de jubilación, etc. El artículo único del mencionado Decreto, partiendo necesariamente de una base técnica que es la de estimar al médico como factor indispensable para acreditar el hecho que puede dar nacimiento al derecho que consagran las ordenanzas, da dos normas en las que podemos descomponerlos:

Primera norma. Los certificados que expidan médicos no titulados no serán considerados como documentos probatorios.

La ley tiene reglamentada la profesión de médico, y según ella, solamente los médicos graduados pueden ser peritos cuando se trata de acreditar, como en los casos tratados por el Decreto acusado, enfermedad o imposibilidad. Nada nuevo ha dicho pues el Decreto.

Segunda norma. No se considerarán como documentos probatorios y fehacientes los certificados expedidos por médicos diplomados con posterioridad mayor de seis meses a la época en que tuvo lugar la enfermedad que quiere comprobarse. Es decir: que cuando el empleado u obrero deje correr seis meses sin hacerse examinar, no vale el certificado médico.

Para desentrañar el contenido de esta segunda norma, conviene anotar que el Gobernador de Cundinamarca, por Decreto número 448 de 2 de mayo de 1934, estableció que los derechos de la legislación social del Departamento debían en adelante ser solicitados dentro de los tres meses siguientes al retiro del empleado u obrero imposibilitado para seguir trabajando. La Asamblea de 1936 reaccionó contra tal disposición y dictó la Ordenanza número 35 que dice:

“Los derechos consagrados en ordenanzas departamentales a favor de los empleados y obreros pueden reclamarse y hacerse efectivos en cualquier tiempo, sin perjuicio de la prescripción que establece la ley civil.”

Es necesario pensar que los altos funcionarios de la Gobernación que dictaron el acto atacado, conocían las ordenanzas, y más aquellas que trataban de reglamentar. Es necesario sentar esta base, porque en realidad de verdad, la expresión del Decreto estudiado es cuando menos oscura. Conociendo la Ordenanza número 35 de 1936, es imposible que el Gobernador pretendiera modificarla señalando una prescripción de seis meses.

Sobre esta base podemos entrar a analizar los términos mismos del Decreto en la segunda norma que establece. De ese estudio deducimos que el Decreto no ha sido dictado para señalar un tiempo dentro del cual debe hacerse uso del derecho, pues tan sólo dice que no se considerarán como documentos probatorios y fehacientes los certificados médicos que se expidan con posterioridad mayor de seis meses a la época en que tuvo lugar la enfermedad. Es decir que el derecho está aún vivo después de pasado dicho término y que la Gobernación exige solamente otras pruebas, como por ejemplo la junta de médicos y su dictamen, para aceptar el hecho —enfermedad o imposibilidad— que sirva de base a la solicitud del empleado u obrero.

Antes de la existencia del Decreto, con la sola presentación del certificado médico y con la constancia o comprobación de haber servido determinado número de años como empleado u obrero, se decretaba el derecho a recompensa, jubilación o pensión. Ahora bien, el derecho a probar con el simple certificado no lo tiene legalmente el empleado u obrero, pues las disposiciones del Código Judicial sobre peritos no lo consagran. El artículo 705 de esa obra dice que para la comprobación de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales intervienen peritos; y los artículos 715 y siguientes establecen que los peritos, antes

de emitir su opinión, prometan ante el Juez y bajo juramento, desempeñar el cargo según su propio conocimiento y deben proceder a estudiar las cuestiones o puntos a ellos sometidos, deliberar juntos sobre tales cuestiones y luego extender el dictamen en una sola declaración. El Decreto en este sentido, antes que estar violando disposiciones legales, está dando cumplimiento a los citados artículos del Código Judicial que establecen las reglas generales. La Gobernación bien puede desestimar el simple certificado como prueba para los casos de que se trata, y someterse a las reglas generales, ya que la ley no le confiere al simple certificado pleno valor probatorio. El Decreto agrega que la Gobernación se reserva el derecho de exigir la ampliación de tales certificados por medio de declaraciones juramentadas, así como de obtener nuevos y distintos conceptos médicos, complemento que está claramente indicando que no se trata de eliminar el derecho por haber transcurrido determinado tiempo, sino de eliminar una especie de gracia consistente en que con prueba insuficiente se pueda adquirir el derecho.

El Consejo de Estado, en fallo dictado el 8 de junio de 1937 cuando este mismo asunto había llegado del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca para que se considerara sobre la solicitud de suspensión provisional del Decreto referido, ya había dicho lo siguiente:

“... El Decreto de 1937 que ahora se acusa no se refiere al término para hacer la solicitud de reconocimiento de las gracias, sino a la fuerza probatoria de simples papeles privados, sin ratificación juramentada que les confiera el mérito de prueba testimonial a las atestaciones expedidas por médicos no diplomados, y a los certificados expedidos cuando han transcurrido seis meses después de ocurrida la enfermedad que los facultativos, también en simples papeles privados, digan haber presenciado en época remota y sin el lleno de las formalidades establecidas por la ley para la recepción de los testimonios. A lo cual se agrega que ninguna de las ordenanzas invocadas por el actor contiene disposiciones que puedan oponerse al Decreto acusado, y que por el contrario, el artículo 5º de la Ordenanza 13 de 1933 impuso al Gobernador la obligación de organizar y reglamentar lo dispuesto en ella, y el artículo 4º de la Ordenanza 16 de 1935 le confirió la misión de determinar los requisitos que previamente y sobre certificación médica deban llenarse para el reconocimiento y pago de los sueldos por causa de enfermedad.”

En atención a lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Gonzalo Gaitán—Eliás Abad Mesa—Ricardo Tirado Macías—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Calificación de servicios

Consejero ponente, doctor

GUSTAVO HERNANDEZ RODRIGUEZ

Quando un Oficial es retirado del Ejército en forma absoluta, por razón de edad y con base en el artículo 6° de la Ley 88 de 1935, no es forzoso para el Gobierno darlo de alta por sesenta días para los efectos de la calificación de servicios.

Consejo de Estado—Bogotá, julio catorce de mil novecientos treinta y nueve.

El Teniente Rodolfo Leal Alvarado demanda ante el Consejo de Estado la nulidad de la resolución del Ministerio de Guerra número 1038, de diciembre 2 de 1938, por medio de la cual se le negó darlo de alta por el término de sesenta días para efectos de calificar servicios. En la Resolución se hace el siguiente razonamiento, que el Consejo de Estado no encuentra combatible jurídicamente:

“... *Considera:* Que el Decreto número 2456 que retiró del Ejército en forma absoluta y por razón de edad al Teniente Rodolfo Leal Alvarado, produjo ya todos sus efectos y es un acto absolutamente inmodificable hoy, comoquiera que, ni aun el honorable Consejo de Estado puede entrar a revisarlo, por haber transcurrido desde la fecha de su publicación en el *Diario Oficial* número 23328, un lapso mayor de noventa (90) días, señalados para tal efecto por el artículo 81 de la Ley 130 de 1913; Que es potestativo del Gobierno conceder el alta hasta por sesenta (60) días para la calificación de servicios —Decreto número 1135 de 1937— únicamente cuando se retira en forma temporal y previa calificación de servicios, en el ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 4° de la Ley 15 de 1929, pero no cuando, como en el caso del Teniente Leal Alvarado, decreta la separación absoluta por edad, en cumplimiento del mandato imperativo del artículo 6° de la Ley 88 de 1935 que modificó los artículos 8° de la Ley 71 de 1915 y 3° de la Ley 75 de 1925; y Que el Ministerio, apoyado en el razonamiento anterior, por medio de la Resolución número 1132 de 23 de noviembre de 1937, negó al mismo Teniente Leal Alvarado otra solicitud, en el fondo exactamente igual a la que motiva esta disposición.”...

En el expediente no aparecen más documentos que la copia de la Resolución, un telegrama del Teniente reclamante en el cual dice al Ministerio que puede comprobar diez y seis años de servicio y que por eso cree tener derecho a que se le llame a calificar servicios, la contestación dada a éste por el Ministerio, que dice así:

“Solamente los Oficiales que tienen quince o más años de servicio son llamados a calificar servicios.”

El derecho a ser llamado a calificar servicios necesariamente nace con la existencia de determinados hechos. Consiguientemente, el juzgador para poder resolver, necesita que éstos estén comprobados, lo que no sucede en este caso. ¿Cómo puede declararse nula la Resolución del Ministro cuando no aparece comprobado el hecho que ella haya descono-

cido para inferir el agravio? Esta consideración es suficiente para negar la pretensión del demandante; sin embargo, se acoge para incorporarlo el concepto del señor Fiscal, que destruye con su razonamiento la posibilidad de que, aun comprobado todo lo que hubiera sucedido sobre este particular, pudiera ser nula la Resolución ministerial.

Dice así el señor Fiscal:

"Rodulfo Leal Alvarado demanda la nulidad de la Resolución 1038 de diciembre 2 de 1938, por la cual el Ministerio de Guerra se niega a darlo de alta por el término de 60 días para efectos de la calificación de servicios.

"Se observa en primer lugar como fundamento principal para desecharse la solicitud de nulidad, que el demandante no comprobó ninguno de los hechos alegados en el libelo. Se ignora el tiempo de servicio del actor según la correspondiente Hoja; no se sabe con base en qué pruebas el Consejo hubiera decretado sueldo de retiro; y si es verdad, como se afirma, que Leal Alvarado hubiera comprobado más de quince años de servicio, requisito para llamarlo a calificar servicios.

"A pesar de estas deficiencias procesales, pasa a estudiarse la cuestión de derecho planteada con base en los hechos alegados por el Ministerio de Guerra en el acto acusado, y los cuales deben presumirse ciertos.

Leal Alvarado fue retirado del Ejército en forma absoluta y por razón de edad con base en el artículo 6º de la Ley 88 de 1935 y en tales circunstancias no era forzoso para el Gobierno darlo de alta por 60 días para los efectos de la calificación de servicios.

"Cuando se retira temporalmente del Ejército a un Oficial, el Gobierno debe llamarlo a *calificar servicios* y se entiende por tal, la comprobación del tiempo del servicio militar del Oficial, sus campañas, acciones de guerra, etc., o sea la formación de la *hoja de servicios*. (Artículo 6º, Ley 71 de 1915).

"Ahora, sólo pueden ser retirados *temporalmente* del servicio activo del Ejército, aquellos Oficiales que hubieren cumplido 15 años de servicio, siendo previa la calificación de servicios (artículo 4º, Ley 15 de 1929).

"Habiendo sido retirado el demandante en forma absoluta y por edad, con prescindencia de su tiempo de servicios, no es aplicable ninguna de las disposiciones anteriormente citadas.

"Por otra parte, el Decreto 1635 de 1937 —y no 1135, como dice la Resolución demandada— es bien explícito sobre el particular y señala para los efectos de la previa calificación de servicios, como *máximum un período de 60 días improrrogables*, lapso dentro del cual queda facultado el Ministerio de Guerra para determinar en cada caso, el tiempo que juzgue conveniente. Dice también dicho Decreto que 'la calificación es previa al retiro, únicamente cuando el Gobierno procede en ejercicio de la facultad que le confiere la ley anteriormente citada' (artículo 4º, Ley 15 de 1929).

"Por lo expuesto, conceptúo que deben negarse las peticiones de la demanda."

Son suficientes estas consideraciones para que, de acuerdo con el anterior concepto del señor Fiscal, el Consejo de Estado niegue las peticiones de la demanda, lo que hace, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

Cópiese, notifíquese, publíquese y comuníquese a quien corresponda.

Tulio Enrique Tascón—Gustavo Hernández Rodríguez—Gonzalo Gaitán—Eltas Abad Mesa—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas. Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Derechos de los maestros

Consejero ponente, doctor

GUSTAVO HERNANDEZ RODRIGUEZ

Comprobada la posesión de un maestro para ejercer un cargo en determinado período escolar, el decreto de la Gobernación que nombra otro para el mismo cargo en el período escolar siguiente, significa un acto de omisión y constituye un acto de destitución del antes nombrado, y para que un maestro, que figura en el Escalafón, pueda ser destituido, es preciso llenar los requisitos que señalan las Leyes 12 de 1934 y 37 de 1935, y el Decreto 1602 de 1936.

Consejo de Estado—Bogotá, julio quince de mil novecientos treinta y nueve.

La señorita Laura Mercedes Rosero demandó ante el Tribunal Seccional de lo Contencioso-Administrativo de Pasto, mediante acción privada, el Decreto número 604 de 14 de octubre de 1938, expedido por el Gobernador del Departamento y por el cual se nombraron los maestros de escuela de la zona de Tumaco para el período escolar de 1938 a 1939, pero únicamente en lo que respecta al nombramiento de Subdirectora de la Escuela número 2 para niñas de Tumaco, hecho en la señorita Clementina Aguas, quien reemplazó a la señorita Laura Mercedes Rosero.

A su demanda acompañó copia del Decreto, expedido un año antes por el mismo Gobernador, por el cual hacía los nombramientos de maestros para el período de 1937 a 1938, y en el cual aparece que la señorita Rosero fue nombrada Subdirectora de la Escuela número 2 de Tumaco. En el Decreto acusado aparece el nombre de la señorita Clementina Aguas en el primer lugar de la lista de Subdirectoras, lugar que correspondía anteriormente a Laura Mercedes Rosero. Esta acompañó además copia del acta de posesión del cargo mencionado en la Escuela de Tumaco, acta fechada el 6 de octubre de 1937. También aparece el certificado expedido por el Inspector Escolar de la zona, que contiene un concepto muy favorable de este funcionario sobre la competencia y corrección de la señorita Rosero.

El Tribunal Seccional *a quo* desconoció el derecho impetrado, fundándose exclusivamente en que no aparece que la señorita Rosero estuviera ocupando el cargo de Subdirectora cuando se dictó el Decreto que designó el personal para el período de 1938 a 1939. Razona en la siguiente forma:

“...Ahora bien, el nombramiento que con exclusión de la señorita Laura Mercedes Rosero B., hizo la Gobernación en provecho de Clementina Aguas, habría implicado para la primera una destitución propiamente dicha si la señorita Rosero B., hubiese estado actuando como Subdirectora de la Escuela de Niñas número 2 de Tumaco, en la época inmediatamente anterior al Decreto número 604 acusado, esto es hasta el 14 de octubre de 1938, puesto que parece que en fuerza del Decre-

to, desde esa fecha se la dejó por fuera del Magisterio activo; pero como se dejó de comprobar tal hecho, necesario para establecer la remoción, carece el Tribunal de la suficiente base para concluir si se infringieron o nó por la Gobernación, los artículos 3º de la Ley 37 de 1935 y 9º y 10 del Decreto número 1602 de 1936, aducidos en la demanda como fundamentos de derecho". . . .

A juicio del Consejo de Estado, no es aceptable este concepto, por que, como lo dice el señor Fiscal de la corporación, apareciendo comprobada la posesión de la señorita Rosero para el cargo de Subdirectora en el periodo de 1937 a 1938; el Decreto que nombra nueva Subdirectora para la misma Escuela, significa un acto de omisión, y constituye una destitución de la antes nombrada.

La señorita Rosero figura en el Escalafón de los Maestros, publicado en el *Diario Oficial* de 2 de diciembre de 1937 que obra en autos, y su nombre se encuentra en la segunda categoría y en la sección correspondiente al Departamento de Nariño. Para que una maestra que figura en el Escalafón pueda ser destituida de su cargo, es preciso llenar los requisitos que señalan las Leyes 12 de 1934 y 37 de 1935, y el Decreto 1602 de 1936. Como no aparece que la señorita Laura Mercedes Rosero hubiera cometido actos de los que permiten la destitución de un maestro, es el caso de declarar nulo el Decreto en la parte pertinente y ordenar el pago de los sueldos correspondientes al periodo comprendido entre la destitución y la restitución en el cargo que ocupaba, o su nombramiento en otro de igual categoría, según lo solicita la misma señorita Rosero.

Por tanto y de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada, proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Pasto con fecha 11 de marzo del corriente año, y en su lugar,

RESUELVE:

1º Declárase nulo el Decreto número 604 de 14 de octubre de 1938, dictado por el señor Gobernador de Nariño, que nombra el personal de maestros que dirigirán las Escuelas Primarias de la Zona de Tumaco y Juanambú en el periodo de 1938 a 1939, en lo que hace relación al nombramiento de la señorita Clementina Aguas para el cargo de Subdirectora de la Escuela de Niñas número 2 de Tumaco;

2º En consecuencia, ordénase que del Tesoro Departamental de Nariño le sean pagados a la señorita Mercedes Rosero los sueldos que haya dejado de devengar por haberse dictado el Decreto que parcialmente se anula, o sea desde el día de la destitución de su cargo hasta cuando se le restituya en él o se le nombre para desempeñar otro de igual categoría.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Guillermo Hernández Rodríguez—Gonzalo Gaitán—Eliás Abad Mesa—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas. Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Bienes ocultos municipales

Consejero ponente, doctor

GUSTAVO HERNANDEZ RODRIGUEZ

El numeral g) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913 exige que las resoluciones de los empleados departamentales o municipales pongan fin a una actuación administrativa, para que puedan ser acusadas. Si un acuerdo municipal, para el caso de bienes ocultos, exige el concepto previo de una junta asesora, para que el Alcalde proceda e nó a ordenar la celebración del respectivo contrato, jurídicamente es en la decisión del Alcalde donde termina la actuación administrativa, y esa decisión es la que constituye materia apta para el recurso contencioso-administrativo.

Consejo de Estado--Bogotá, julio veintiocho de mil novecientos treinta y nueve.

Los doctores Eduardo Laverde M. y José Manuel Manjarrés, con fecha 8 de junio de 1937, presentaron ante el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Bogotá demanda de nulidad de la Resolución dictada por la Junta Asesora de la Administración Municipal de Bogotá, de fecha 20 de septiembre de 1935. La parte petitoria del escrito dice así:

“Nosotros Eduardo Laverde M. y José Manuel Manjarrés, ciudadanos colombianos, abogados titulados e inseritos acudimos a esa alta corporación en demanda de la nulidad de la Resolución dictada por ‘La Junta Asesora de la Administración Municipal’ de Bogotá, de fecha 20 de septiembre de 1935, en las diligencias que los demandantes adelantamos para pedir el reconocimiento del bien oculto, consistente en el beneficio que el Municipio de Bogotá obtenga por la terminación del privilegio que se estipuló en el contrato entre el Municipio de Bogotá y The Bogota Telephone Company Limited, y la terminación del contrato a que puede llegarse, ya por declaración de caducidad del mismo, ya por las condenaciones judiciales que se hagan a cargo de la mencionada Compañía por el no cumplimiento de las estipulaciones contractuales. Este denuncia fue formulado en memoriales de fechas 4 y 22 de julio de 1935; por lo cual estimamos inútil reproducir aquí los antecedentes que en copia auténtica tendrá ese Tribunal para su estudio.”

El Tribunal, después de agotar la tramitación correspondiente, falló declarándose inhibido para conocer del asunto por falta de jurisdicción. Apelada la sentencia y tramitada como corresponde en el Consejo de Estado, se hacen las siguientes consideraciones para fallar:

El Tribunal Seccional *a quo* razonó así para declararse inhibido:

“El ordinal g) del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, al fijar las funciones de los Tribunales Administrativos Seccionales, establece que ellos conocen de los recursos contencioso administrativos, contra las resoluciones de los empleados departamentales o municipa-

les, o de una Intendencia o Comisaría, que pongan fin a una actuación administrativa.

“La Junta Asesora de la Administración Municipal de Bogotá, según los Acuerdos 1º de 1931 y 39 de 1934, tiene como finalidad asesorar al Ejecutivo Municipal, emitir conceptos, dar opiniones, como lo hiciera un Agente del Ministerio Público; en tal virtud, esos actos no son ni pueden considerarse como resoluciones, y por este solo aspecto el Tribunal no es competente, ni la ley ha concedido el recurso contencioso administrativo contra simples opiniones o conceptos de empleados municipales.

“Como se deduce del numeral g) del artículo 38 antes citado, otra condición es también menester para que prospere el recurso contencioso administrativo contra la resolución de empleados municipales; esta condición es la de que la resolución acusada ponga fin a una actuación administrativa. En el presente caso bien se ve por el contexto de las copias que obran en autos (folios 4 y 5), que lo llamado resolución de la Junta Asesora de la Administración Municipal, no puso fin a una actuación administrativa, y tanto es así que la Alcaldía hubo menester ratificarla en providencia que obra en autos, providencia de la Alcaldía que no fue acusada en la demanda, la cual providencia no se halla por tanto *sub judice*.”

Como el numeral g) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913 exige que las resoluciones de los empleados departamentales o municipales pongan fin a una actuación administrativa para que puedan ser acusadas, sencillamente la controversia se resuelve determinando si la actuación administrativa terminó con la resolución acusada. Todos los documentos que obran en autos comprueban lo contrario.

Los actores apelaron de la resolución de la Junta Asesora para ante la Gobernación y allí se dijo que no había competencia para fallar ese recurso.

Entonces los actores, en memorial dirigido al Alcalde, dijeron que, revisado el expediente, habían llegado al conocimiento de que “nuestra solicitud no ha sido aún resuelta por la entidad que en derecho público interno del país se denomina la Alcaldía de Bogotá,” y exigieron que el Alcalde definiera el caso, porque no estimaban que lo dicho por la Junta Asesora pudiera tener el carácter de resolución, sino el de simple concepto, y que la Alcaldía no había acogido sus conceptos en resolución, sentencia o auto. Con fecha 22 de octubre de 1936, la Alcaldía dijo que el artículo 14 del Acuerdo número 1º de 1931 establece que cuando se trata, como en el caso presente, de denuncia de bienes ocultos, el Alcalde, previo concepto de la Junta Municipal, “instruirá al Personero del Municipio para que ejerza las acciones correspondientes a hacer efectivos tales derechos.” “Es decir, —continúa el Alcalde—, que la actuación del Alcalde en este particular, está subordinada al concepto que emita la entidad autorizada para ello, que es hoy la Junta Asesora de la Administración Municipal. En el caso de la denuncia de que se trata, la citada Junta emitió un concepto adverso y dejó establecido en la resolución de fecha 20 de septiembre de 1936, que el derecho denunciado por los memorialistas ‘no tiene el carácter de oculto.’ De suerte que en estas circunstancias al Alcalde, a lo sumo, le correspondía ratificar tal concepto, pero mal podría dar instrucciones a la Personería para celebrar un contrato que legalmente no es posible llevar a cabo, porque de antemano estaría viciado de nulidad. El error de los memorialistas consiste en creer que el objeto de la Junta Asesora es el de emitir conceptos, cuyo cumplimiento puede ser o no obligatorio para la Alcaldía, cuando lo que ocurre en realidad es que dicha Junta tiene funciones administrativas, que le han sido señaladas por Acuerdos del Concejo. La Junta Asesora, que según el artículo 2º del Acuerdo 39 de 1934 ha

venido a reemplazar a la extinguida Junta Municipal de Hacienda, interviene, entre otras muchas cosas, en la *calificación* de ocultos que tengan los bienes que los particulares denuncien por tal concepto. (Numeral d) del artículo 4º del Acuerdo 1º de 1934). Es decir, que es dicha entidad la que por mandato de la Corporación Soberana del Municipio, hace la calificación de que se trata. Y si, en la denuncia de los doctores Laverde y Manjarrés, se hizo la calificación en sentido negativo, el Alcalde no puede apartarse de lo resuelto, porque, desde el punto de vista legal, carece de atribuciones para ello."

Y más adelante falló así:

"En consecuencia, el Alcalde ratifica lo resuelto por la Junta en su providencia del 20 de septiembre de 1935, que se comunicó a los interesados y de la cual ellos se notificaron en su oportunidad.

"Anótese, cúmplase y notifíquese.

(Firmado), *J. E. Gaitán.*"

De esta providencia se pidió reposición, y en subsidio apelación, la cual fue concedida por haber sido negada aquélla. Pero la Gobernación nuevamente, como en el caso anterior, declaró que ella no tenía jurisdicción para conocer del asunto.

El Acuerdo número 1º citado, para el caso de bienes ocultos, exige concepto previo de la Junta para que el Alcalde proceda, pero en todo caso la actividad administrativa para tal evento está fijada en el Alcalde, y éste, interpretándolo así, le dio su ratificación a lo resuelto por la Junta. Lo que equivale jurídicamente, a decir que en este momento terminó la actuación administrativa.

Ahora bien: la Resolución del Alcalde no ha sido demandada y ella dice que no se considera como bien oculto el denunciado por los actores. En cuanto al argumento de éstos, es totalmente inaceptable. Se expresan así:

"No era pertinente acusar separadamente la ratificación, desde luego que ella es parte integrante del fallo que se ratificaba, y este fallo, con todo y ratificación, fue sometido a la decisión del Tribunal, y por ende al conocimiento y fallo del honorable Consejo de Estado."

La anterior razón no es válida, pues desfigura visiblemente el carácter auténtico de la ratificación del Alcalde, en quien está fijada, como ya se dijo, la actividad administrativa.

En su parte petitoria, la demanda es precisa: allí se demanda única y exclusivamente la Resolución de la Junta Asesora; y por precepto jurídico, la sentencia debe recaer tan sólo sobre lo demandado.

Como el término de la actuación administrativa no se encuentra en la Resolución de la Junta, sino en la ratificación del Alcalde, el acto acusado no es materia apta para el recurso contencioso administrativo.

Por las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada del Tribunal Seccional, y se declara inhibido por falta de jurisdicción para resolver este asunto.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese a quien corresponda y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Gustavo Hernández Rodríguez—Gonzalo Gaitán—Elias Abad Mesa—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas. Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Concepto jurídico de la exoneración

Consejero ponente, doctor

GUSTAVO HERNANDEZ RODRIGUEZ

Para que la exoneración alivie a un funcionario de manejo de la responsabilidad fiscal, basta que esté libre de toda complicidad, culpa grave o sospecha en la comisión del delito, o que no haya una omisión de la cual se pueda deducir culpa grave.

Esta conclusión armoniza con el concepto genérico, tanto gramatical como jurídico, de exoneración. Persigue ella aliviar a cierta persona de cierta carga que puede considerarse como obligatoria. No se trata de destruir, de exterminar la obligación: ésta no se discute siquiera; se da por existente. Pero, por consideraciones especiales de justicia y de equidad, la exoneración, como su mismo nombre lo dice, descarga de responder. Aún más: es requisito indispensable para que se decrete la exoneración, que exista responsabilidad fiscal claramente definida.

Consejo de Estado—Bogotá, julio treinta y uno de mil novecientos treinta y nueve.

El doctor Ignacio Mariño Ariza, obrando como apoderado del señor Rafael Camargo G., interpuso oportunamente el recurso de apelación contra la sentencia número 2, de fecha 2 de marzo de 1938, pronunciada por la Contraloría General de la República, por medio de la cual no se accedió a exonerar a su poderdante del alcance que se le había deducido como Almacenista General de Especies Venales de Bogotá, en el juicio de cuentas seguido contra éste, comprensivo del período del 1º de abril de 1923 al 30 de abril de 1928. Con tal motivo subieron los autos respectivos a esta Superioridad.

Tramitado el recurso conforme al procedimiento señalado, se procede a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

Los hechos que generaron el alcance se resumen así, teniendo en cuenta lo que sobre el particular consta en autos:

Habiendo sido nombrado el citado señor Camargo, Superintendente Jefe de la Sección 5ª del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a cuyo Despacho se hallaba adscrito el Almacén General de Especies Venales, el día 3 de abril de 1923 se suscribió el acta de entrega que de dicha oficina le hizo al señor Camargo su antecesor, doctor Rafael Neira Ferreira.

En el expresado documento consta que al señor Camargo se le hizo entrega de las especies venales sin contarlas una a una, o sea entregándoselas en sus empaques originales el Almacenista saliente y dándolas por recibidas el entrante, con estas palabras: tantas cajas o tantos paquetes, que dicen contener tantas estampillas." En cuanto a los paquetes ya abiertos, si aparece que las especies se entregaron debidamente contadas.

Recibiendo la oficina en las circunstancias anotadas, el señor Camargo principió a ejercer el cargo.

El día 3 de noviembre de 1927, el Inspector de Rentas Nacionales, señor Antonio Pardo Carrizosa, al practicar una visita fiscal a dicho Almacén General, observó la falta de 6.100 estampillas de timbre de valor cada una de \$ 4.00 y \$ 5.00.

El Inspector Pardo Carrizosa puso el hecho en conocimiento del Ministerio citado, y en el informe respectivo refiere cómo pudo descubrir la falta de las estampillas, en estos términos:

“Habíamos terminado ya el arreglo y recuento de las especies de consumo y teníamos las de timbre comenzados. Al llegar a las de \$ 5.00 me entregó el señor Camargo un paquete que no era necesario contar, pues en él no debían hacer falta sino 40 pliegos de a 50 cada uno que habían sido despachados para una Administración de Hacienda, debían, pues, estar intactas 4 de las secciones de a 100 pliegos, y en la última faltar 40 de los susodichos. No obstante esa indicación que me quitaba un trabajo realmente inútil, quise ver si las secciones intactas estaban completas, y tomé la última para rectificarla, pero al hacerlo, noté una cantidad de papeles parafinados, de los que vienen colocados entre pliego y pliego para evitar que se peguen uno a otro.... Hice notar el hecho y entonces el señor Camargo atribuyó la irregularidad a la fábrica. Contado todo el paquete, resultó una falta de 52 pliegos, además de los 40 que ya se sabía debían faltar.... Repitióse la contada y al llegar a las estampillas de \$ 4.00 se presentó un paquete de a 25.000 estampillas, aparentemente con los sellos sanos, aunque uno de ellos recomendado, y con el tickete de la American Bank Note Co., perfectamente sano.... Abierto el paquete y contado, al día siguiente porque así lo quiso el señor Camargo por no estar presente el señor Velásquez que se había excusado ese día, dio por resultado que faltaban 70 pliegos de a 50 estampillas cada uno, o sea un total de 3.500 estampillas.”

No obstante la importancia del desfaldo por razón de su cuantía, el susodicho Inspector no estimó del caso poner el hecho en conocimiento de las autoridades de lo criminal, pues no halló motivo alguno que sindicara a Camargo como posible responsable de ese desfaldo. Efectivamente, aquel funcionario en el informe referido dijo lo siguiente:

“No tengo datos suficientes para culpar a nadie. Ni siquiera la época en que se hizo el robo puede fijarse, aunque la caja de estampillas de consumo vacía, hace presumir que fue en la época en que esas especies tenían venta o aplicación. Las especies que faltan son de muy poco movimiento, especialmente las de \$ 4.00 y \$ 5.00. La consideración de que una persona conocedora de las especies que tienen más pedido, escogiera las que más dificultades presentan para su realización a dinero, es algo que hace fuerza en favor del señor Camargo; por eso lo consigno y dejo que haga la indagación quien deba hacerla en cumplimiento de su deber.”

Con base en tal informe, el acta antes mencionada y otros documentos, la Contraloría avocó el juicio de cuentas contra Camargo, produciendo los avisos de observaciones números 644 y 861, de fechas 17 de marzo y 2 de mayo de 1930, respectivamente.

En la observación 2ª del aviso número 644 se dejó a cargo de Camargo la suma de \$ 27.000.00, valor de las especies de timbre que faltaron en el Almacén General, descompuesta así:

3.500 estampillas de \$ 4.00 cada una	\$	14.000.00
2.600 estampillas de a \$ 5.00 cada una		13.000.00
	\$	27.000.00

La expresada suma fue elevada a alcance definitivo en contra del citado responsable por la Contraloría, en auto de fenecimiento número 395 de 23 de enero de 1931.

Vino en apelación ante el Consejo de Estado el auto premencionado y esta Superioridad, en fallo de fecha 3 de abril de 1936, lo confirmó ordenando además "pasar el expediente, dejando copia de lo necesario para el cobro ejecutivo, a las autoridades de lo criminal, para lo de su cargo, de acuerdo con el artículo 59 de la Ley 42 de 1923."

Levantada la correspondiente investigación criminal, correspondió al señor Juez 1º en lo Penal del Circuito de Bogotá, calificar el mérito de ella, dictando auto de *sobreseimiento definitivo* en favor del presunto sindicado Rafael Camargo G. Este auto fue confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en proveído de 9 de junio de 1937.

Fundados la observación o glosa y el alcance en hechos extraños al manejo del Almacenista General, señor Camargo, lo cual vino a demostrarse plena y debidamente al concluir la investigación criminal referida, pidió el apoderado de Camargo a la Contraloría la exoneración del alcance, apoyando su pedimento en la doctrina del artículo 43 de la Ley 42 de 1923 y en la Resolución número 75 de 1927 de la propia Contraloría reglamentaria de ese artículo.

La Contraloría en la *sentencia* número 2 de 2 de marzo de 1938, como se dijo, no accedió a decretar la exoneración pedida y para resolverlo así entra en estas resumidas consideraciones:

"En tesis general, la obligación del señor Camargo Guerrero, de responder por el Almacén de Especies Venales durante el ejercicio de su cargo, resulta no de un contrato, sino del estatuto que rige las funciones del empleado de manejo, y que no necesita prueba expresa, sino que basta con que el estatuto exista; pero en el caso especial de los \$ 27.000.00 en estampillas de \$ 4.00 y \$ 5.00, la obligación resulta del acta de entrega que le hizo el doctor Neira Ferreira, de los cuadros de contabilidad que verificaron el movimiento de especies, del acta de visita y de los demás documentos del proceso, en que la Administración Pública comprobó el vínculo jurídico entre ella y el señor Camargo, respecto de tales estampillas.

"El daño es también un hecho afirmativo y corresponde probarlo a quien alega haberlo sufrido. Precisamente el juicio de cuentas, partiendo de las pruebas del elemento anterior, tiene por objeto puntualizar el monto del alcance. En el juicio seguido contra el señor Camargo, quedó establecido el daño sufrido por el Tesoro Público, consistente en la desaparición de la suma de \$ 27.000.00 en estampillas de \$ 4 y \$ 5.

"La culpa, en términos generales, como falta de diligencia y cuidado, es una noción negativa. Por este aspecto el demandado debe comprobar hechos positivos de su comportamiento con relación al accidente que ocasionó el daño, a fin de establecer que ocurrió a pesar de su cuidado y diligencia para preverlo, resistirlo y anular sus efectos. Sobre el particular el principio que sienta el artículo 595 del Código Judicial, se encuentra desarrollado en el inciso 3º del 1604 del Código Civil, así: 'La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la del caso fortuito, al que lo alega.'

"Según esta disposición, existe una verdadera presunción de culpa cuando se ha causado el daño, y ella no puede destruirse sino probando la diligencia y el cuidado al menos en general, y probando en especial lo fortuito del acontecimiento."

Y más adelante concluye así:

“Si se tiene en cuenta que el paquete de estampillas de \$ 5 estaba abierto; que el de las de \$ 4 estaba cerrado pero fue abierto y vuelto a cerrar en una manipulación que exige maña y tiempo; que todavía fue más mañosa y requirió más tiempo la apertura y mistificación de la caja de especies de consumo, se llega a la conclusión de que las estampillas de a \$ 5 desaparecieron por hurto, y que las de \$ 4 y las de consumo fueron sustraídas mediante un acto tan mañoso, sigiloso, sutil y detenido, que a pesar de constituir un robo, fue un robo cuyas características no tienen de tál, sino la violación, y en lo demás confina o más bien entra en el campo del hurto, según los artículos 772, 775, 792 del Código Penal.

“El robo constituye caso fortuito o fuerza mayor cuando la violencia con que se comete es imprevisible e irresistible. Por este aspecto, se presentan casos de robo, que llevan claramente envuelta la exculpación, cuando la violencia actúa sobre las personas y más fuerte debe ser la carga probatoria de quien lo alega, cuando esa violencia ha obrado solamente sobre las cosas. Pero en donde se patentiza la necesidad de establecer pruebas exculpatorias acompañadas de elementos concretos y hasta indirectos o generales con relación a la diligencia y al cuidado, es en el hurto, pues en la mayor parte de los casos se presumen la negligencia y el descuido, ya que casi siempre lo que hace el autor del hurto es aprovecharse del descuido y la distracción de la víctima.

“Ante las pruebas que obran en el expediente, sería necesario que el señor Camargo demostrara haber tenido sobre los paquetes de \$ 4 y \$ 5 un cuidado, una diligencia y una previsión concretas, ya que, en general está demostrado su cuidado general en los asuntos del almacén, que dan motivo lógico para inferir que tales paquetes no fueron materia de cuidado y diligencia especiales.”

A juicio del Consejo, con base en las pruebas que obran en los autos, no puede sostenerse —como lo hace la providencia que revisa— que el Almacenista Camargo no cumplió con los deberes de diligencia y cuidado respecto de los paquetes y cajas que contenían las estampillas que se dice fueron sustraídas, ni que a él corresponda probar el cumplimiento de su parte de tales deberes y que, por consiguiente, suya es la culpa por los hechos delictuosos que ocasionaron la pérdida de las especies; y funda el Consejo este concepto en los hechos comprobados de que la entrega a Camargo de los millares de estampillas existentes en los depósitos del Almacén, se hizo en forma *simbólica*, esto es, sin que se hubieran contado una a una; falta por consiguiente el hecho primordial, la base indispensable para que pueda sobre ella sostenerse la responsabilidad administrativa y edificarse presunciones; porque la prueba de la entrega de cajas cerradas no implica la existencia en ellas de determinada cantidad de estampillas y para que jurídicamente haya responsabilidad, en desarrollo del artículo 40 de la Ley 42 de 1923, es condición *sine qua non*, que estén plenamente probados los antecedentes en que debe apoyarse una presunción legal. (Artículo 661 del Código Judicial). Presumir que al señor Camargo se le entregaron las estampillas para presumir que hubo negligencia, no es procedimiento permitido, ni por la doctrina, ni por la ley, pues, se repite, ésta manda que los antecedentes estén plenamente probados cuando dice en el artículo citado: “Los antecedentes en que se apoya una presunción legal se deben establecer plenamente, y en este caso, la presunción prueba en favor de quien la tiene, a menos que la otra parte la infirme probando lo contrario.”

Además, en los paquetes de estampillas que han venido del Exterior para el Gobierno, en algunos han faltado, así como en otros han sobrado, en relación con la cantidad que cada paquete dice contener. Tampoco se ha podido establecer, en forma alguna, si la pérdida o sustracción de las estampillas ocurrió durante la administración del señor Camargo.

La Contraloría admite que en lo general está comprobado su cuidado en la custodia del Almacén, pero en concreto sobre los paquetes, no. Disociación es ésta difícil de aceptar, porque si en lo general hubo cuidado, ¿cuál es el hecho que permite destruir ese cuidado para un caso concreto? Es verdad que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo. (Artículo 1604, inciso 3º del Código Civil). Pero en este caso la prueba del cuidado ha sido aceptada, y sin embargo, se exige probarlo para unas cajas que nadie sabe si realmente contenían tal cantidad de estampillas. Cuidado y vigilancia sobre cosas que no se sabe si existían porque no se ha podido probar que existieran, tampoco se puede probar.

Sobre la comprobación de tales hechos es pertinente traer aquí esto:

Consta del acta ya citada que las estampillas de timbre de \$ 4.00 y \$ 5.00 fueron entregadas a Camargo así:

"Estampillas de \$ 4.00

"1 caja original que dice contener cien mil estampillas de valor cada una de cuatro pesos (\$ 4.00) \$ 400.000.00

"3 paquetes originales que dicen contener veinticinco mil estampillas cada una de valor de cuatro pesos (\$ 4.00), o sean setenta y cinco mil estampillas 300.000.00

"1 paquete abierto que contiene tres mil estampillas de valor cada una de cuatro pesos (\$ 4.00) 14.196.00

"Estampillas de a \$ 5.00

"1 caja original que dice contener cien mil estampillas de valor cada una de cinco pesos (\$ 5.00) 500.000.00

"3 paquetes originales que dicen contener cada uno veinticinco mil estampillas de valor cada una de cinco pesos (\$ 5.00), o sea setenta y cinco mil estampillas. 375.000.00

"1 paquete abierto que contiene tres mil quinientas noventa y nueve estampillas de valor cada una de cinco pesos (\$ 5.00) 17.995.00

\$ 1.607.191.00

En su declaración, rendida ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá, el día 15 de noviembre de 1936, el señor José Carlos Villegas, entonces Almacenista General de Especies Venales, depone lo siguiente:

"Es cierto que en los paquetes de estampillas que vienen del Exterior para el Gobierno de Colombia en algunos han faltado, así como han sobrado en otros, en relación con lo que viene marcado en cada paquete, según las facturas. De esto hay constancia en actas y en los libros del Almacén General de Especies Venales y en las cuentas pasadas a la Contraloría General de la República."

Y el señor Luis Velásquez, ex-Jefe de la Sección de Fenecimiento de la Contraloría Nacional, declara ante el mismo Juzgado lo que se transcribe:

"Que por haber estudiado, en su calidad de Jefe de la Sección de Fenecimiento de la Contraloría, algunos juicios de cuentas del mismo Almacén, correspondientes a época posterior a la administración del señor Camargo Guerrero, o sea los relativos a los meses de julio de 1934

y marzo de 1935, juicios de la responsabilidad del señor José Carlos Villegas, me consta por los comprobantes que obran en dichos expedientes, que en varios despachos de estampillas de timbre hechos por las casas fabricantes en el Exterior, faltaron pliegos de esas especies, y en otros sobraron."

Es pertinente anotar también que para el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el hecho de la pérdida de las estampillas—advertido sólo durante la administración del señor Camargo—no le es imputable a éste, según lo expresa ese Tribunal en uno de los pasos de la sentencia que confirmó el sobreseimiento definitivo a favor de Camargo y que dice así:

"Mediante las probanzas que se allegaron al informativo, no puede sostenerse que las estampillas materia de la sustracción, le hubieran sido entregadas al señor Camargo, y, por consiguiente, que estando en poder de éste hubieran desaparecido. Lo anterior está indicando que la comprobación del cuerpo del delito no tiene en los autos el debido respaldo. Tampoco existe indicio alguno que diga relación a la responsabilidad, ya que Camargo niega enfáticamente los cargos, y las circunstancias que provocaron el descubrimiento del desfalcó, no suministran dato ninguno que haga presumible esa responsabilidad penal. Estas breves consideraciones, son suficientes para concluir que el auto consultado es estrictamente legal y debe confirmarse."

Como se ve, la cuestión tiene una solución distinta a la que le ha dado la Contraloría:

En materia criminal no se puede sustituir el sujeto pasivo que debe sufrir la imputabilidad y hacer recaer la responsabilidad sobre persona distinta como el Almacenista General señor Camargo. Este tiene plena responsabilidad en orden al manejo y conservación de los bienes puestos bajo su cuidado, pero no es responsable de los hechos delictuosos ejecutados por terceros, y sin que se pueda probar su complicidad o culpa, y menos puede haber responsabilidad en su contra, penal ni fiscal, cuando no está comprobada la entrega de determinada cantidad de estampillas.

La Contraloría se funda también en el artículo 2º de la Ley 35 de 1925, que reza:

"La responsabilidad civil que se deduzca en juicios de cuentas contra los responsables del Erario, sean de carácter nacional, departamental o municipal, se hará efectiva independientemente de cualquier acción criminal que contra los mismos se surta ante el Poder Judicial por alzamiento de las cantidades a que aquellos juicios se refieran."

Y de este texto deduce que quien rinde las cuentas debe pagar el valor de los bienes sustraídos fraudulentamente por terceros.

Esta interpretación no está en armonía con la norma citada, que se refiere al hecho singular de que la acción civil y la criminal no están ligadas, de modo que cada una pueda adelantarse por separado, cuando se trata de la responsabilidad en el manejo de la Hacienda Pública. Pero dicha ley no dice que los empleados de manejo responden de los hechos delictuosos cometidos por terceros sin la complicidad o culpa grave de aquéllos, sentido que quiere asignarle la Contraloría, y que es contrario a la equidad.

Cierto que el artículo 282 del Código Fiscal establecía que "la unidad de responsabilidad consiste en que ésta recaiga sobre el empleado de manejo a cuyo cargo está la oficina, respecto de cualquiera falta que en ella se note..." Pero es también verdad que esta disposición fue incluida entre las expresamente derogadas por el artículo 81 de la Ley 42 de 1923, y aunque en la exposición de motivos de la Misión Financiera se dijo que las disposiciones se derogaban para que el Contralor General pudiera reglamentar la materia, fácilmente se echa de ver que

la imputabilidad civil por delitos ajenos no es punto de simple reglamentación y escapa, por consiguiente, a las facultades de que aquel alto funcionario está investido.

La exoneración de responsabilidad en las cuentas ha sido creada por el artículo 43 de la Ley 42 de 1923, en la siguiente forma lacónica:

“Ningún empleado o agente del Gobierno encargado del recibo, desembolso o administración de fondos o bienes nacionales, quedará libre de responsabilidad por la pérdida, merma, hurto o depreciación de tales haberes, mientras el Contralor General no lo haya expresamente exonerado de dicho cargo.”

Bien se comprende que ella fue implantada en favor de los empleados nacionales de manejo, cuando se les haya declarado responsables en los casos especiales de pérdida, merma, hurto o depreciación de bienes o valores de la Nación.

¿Pero cuáles son las condiciones legales requeridas para que la exoneración tenga cumplida realización? Sobre el particular nada manifiesta el precepto sustantivo transcrito. Sin embargo, la Contraloría por medio de su Resolución número 75 de 1927 reglamentó la materia. En este estatuto, se prescriben las pruebas que es necesario allegar para que la exoneración se decrete. Son ellas: “todos los documentos comprobatorios de los hechos que originaron la pérdida.” (Artículo 2º); “copia del auto de sobreseimiento o una relación del estado en que se halla la respectiva actuación,” para el caso en que la justicia ordinaria haya intervenido en la investigación del delito, a fin de establecer si el funcionario de manejo está exento o no de imputación delictual.

Si nos atenemos, pues, a las normas que hemos analizado, puede colegirse en sana lógica que la exoneración, para aliviar a un funcionario de manejo de su responsabilidad fiscal, sólo le basta que éste esté libre —especialmente en el caso del hurto— de toda complicidad, culpa grave o sospecha en la comisión del delito, o que no haya una omisión sobre la cual se pueda destacar la culpa grave, como en el caso presente, en que no se constató omisión, sino una guarda diligente en general.

No puede ser otra la conclusión. En efecto, guarda ella estrecha armonía con el concepto genérico, tanto gramatical como jurídico, sobre exoneración. Persigue ella aliviar a cierta persona de cierta carga que puede considerarse como obligatoria. No se trata, pues, de destruir, exterminar la obligación respectiva: ésta no se discute siquiera; se da por existente. Pero, por consideraciones especiales de justicia y de equidad, la exoneración, como su mismo nombre lo dice, *descarga de responder*.

Es esta la razón por la cual el trámite para decretar la exoneración de responsabilidad en las cuentas se aparta casi siempre del juicio de cuentas, en tratándose de funcionarios de manejo. Porque, uno es el fundamento para decretar la responsabilidad fiscal o el alcance líquido, y otro es el fundamento para decretar la exoneración. En el primer caso, se aplican las normas dispositivas especiales relacionadas con los deberes de los empleados encargados de recibir, desembolsar o administrar fondos o bienes nacionales, en lo que respecta a la responsabilidad de ellos por la infracción de las leyes o reglamentos administrativos y de contabilidad. En el segundo, por el contrario, no se investiga la responsabilidad: ésta se ha declarado en el juicio de cuentas respectivo. Aún más: es requisito *sine qua non* para que se decrete la exoneración, que exista la responsabilidad fiscal claramente definida. Por ella se liberta al funcionario de su obligación de responder, cuando en casos especiales —solamente en los enumerados en el artículo 43 de la Ley 42 de 1923— es de justicia y de equidad que el funcionario

no sufra las consecuencias de hechos ajenos a su voluntad, en los cuales su intervención ha sido ninguna.

Pero el procedimiento de la Contraloría, en el caso de autos, ha sido muy otro. Aplicando los principios sobre responsabilidad extracontractual, ha penetrado en una investigación minuciosa y detallada para descubrir algún resquicio de culpa, que no aparece, en la conducta de Camargo, con toda la severidad que debe emplear un Juez en lo Civil frente a un complicado problema de responsabilidad que ha sufrido el largo y amplio trámite del juicio ordinario.

Esta Corporación, en el fallo del 3 de junio de 1936, sin penetrar en una investigación minuciosa sobre el problema de la culpa delictual o de la llamada culpa funcional, exoneró al Almacenista General de Especies Venales, señor José Gregorio Riaño, de la responsabilidad fiscal proveniente del hurto de especies por valor de \$ 63.000.00 que sobre él pesaba. Asimismo, en sentencia de febrero 10 del año en curso, exoneró al señor Rafael Argáez del alcance por valor de \$ 44.993.13 provenientes de la sustracción fraudulenta de especies venales en la oficina que estuvo a su cargo.

Para el Consejo, según aparece de autos, no existe culpa de Camargo en la pérdida o sustracción de las estampillas de timbre que como Almacenista General de Especies Venales, tenía bajo su cuidado y manejo. Por lo tanto, procede decretar la exoneración pedida, teniendo en cuenta no sólo los mandatos de la justicia y de la equidad, sino la doctrina sentada al respecto por esta Superioridad en numerosos fallos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *revoque* la sentencia número 2 de fecha 2 de marzo de 1938, proferida por el señor Contralor General de la República, materia de la apelación, y en su lugar

RESUELVE:

Exonérase al señor Rafael Camargo Guerrero, ex-Almacenista General de Especies Venales de Bogotá, del alcance por valor de veintisiete mil pesos (\$ 27.000.00), provenientes de la pérdida o hurto de especies venales en la oficina que estuvo a su cargo.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase a la oficina de origen.

Tubio Enrique Tascón—Gustavo Hernández Rodríguez—Ricardo Tirado Macías—Ramón Miranda—Eliás Abad Mesa—Gonzalo Gaitán—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Límites municipales

Consejero ponente, doctor

GUSTAVO HERNANDEZ RODRIGUEZ

No es lo mismo ordenar que se fije materialmente la línea dudosa limitrofe entre dos Municipios, que mandar que ella sea fijada teniendo en cuenta determinados puntos que debe tocar, pues la ordenanza que fija algunos puntos de la línea la aclara y determina con mayor precisión. Para poder hacer uso de tal facultad, que la tienen las Asambleas Departamentales, es preciso llenar las formalidades que señala la Ley 71 de 1916, so pena de nulidad del acto.

Consejo de Estado—Bogotá, julio treinta y uno de mil novecientos treinta y nueve.

En el año de 1884, bajo el régimen especial de entonces, la Municipalidad de Tuluá dictó la Ordenanza número 9, que erigió en Distrito la Aldea de San Vicente y cuyo texto es del tenor siguiente:

“...La Municipalidad de Tuluá, en uso de sus facultades legales, *decreta*: Artículo 1º Créase el Distrito de San Vicente comprendido en el territorio que constituía la Aldea de San Vicente, y cuyos límites son los siguientes: por el Norte, la línea divisoria entre el Distrito de Bugalagrande y el Distrito de Tuluá, línea que sirve también de límite, entre la Aldea de San Vicente y el Distrito de Bugalagrande; por el Sur, la quebrada de Zabaletas hasta su confluencia con el río Morales, y de allí este río, aguas abajo, hasta su confluencia con el Cauca; por el Oriente, la cima de la Cordillera Central; por el Occidente, el río Cauca.”

La Asamblea Departamental del Valle, en su Ordenanza número 20 de 1937, incorporó dos disposiciones, que son el objetivo de esta acción, y tienen la siguiente expresión:

“Artículo 3º. Derógase en todas sus partes el artículo 2º de la Ordenanza número 42 de 1936.

“Artículo 4º. Facúltase a la Gobernación del Departamento para que a la mayor brevedad proceda a abrir el crédito correspondiente para pagar los servicios de un ingeniero, que ella misma nombrará, con el objeto de que ese funcionario fije materialmente el límite sureste entre los Municipios de Andalucía y Tuluá, ateniéndose a una línea que, partiendo del nacimiento de la quebrada de Zabaletas en dirección sureste, termine en la parte alta de la Cordillera Central correspondiente del río Bugalagrande tal como lo dispone la Ordenanza número 9 de 16 de enero de 1884, expedida por la Municipalidad de Tuluá.

“Parágrafo. La partida para dar cumplimiento al presente artículo se tomará de los imprevisos de obras públicas.”

El señor Jaime Cruz Roldán demandó la nulidad de estos dos artículos para lo cual dijo hacer uso del derecho consagrado en el artículo 52 de la Ley 130 de 1913, y señaló como violadas las disposiciones de la Ley 71 de 1916, artículo 7º.

La demanda trae como base el razonamiento que incorpora en los "Hechos de la demanda," parte que se transcribe para destacar los términos precisos de la controversia:

"1º El Congreso Nacional de 1916 por medio del artículo 7º de la Ley 71 dispuso que para *agregar o segregar términos municipales* y para aclarar líneas dudosas limitrofes de los Municipios correspondientes a un mismo Departamento, deben cumplirse previamente estas condiciones:

'a) Petición hecha a la Asamblea respectiva por los Concejos Municipales de los Municipios afectados;

'b) Estudio del punto en cuanto a límites por una comisión plural de ingenieros nombrada así: dos ingenieros por los Concejos y uno tercero por el Gobernador;

'c) Informe de este funcionario.'

"Si alguno de los Concejos se negare a la petición, el Municipio o Municipios interesados pueden suplir aquella formalidad enviando, cada uno de ellos, peticiones razonadas y suscritas por quinientos (500) ciudadanos vecinos, por lo menos.

"Son nulas, sigue diciendo el artículo 7º, las ordenanzas que se dictan en contradicción de este artículo.

"2º La Asamblea del Departamento en sus postreras sesiones (las de este año) expidió la Ordenanza número 20 en que por medio de sus disposiciones 3ª y 4ª resuelve la cuestión límites que ha existido entre los Municipios de Tuluá y Andalucía y la resuelve señalando el límite siguiente por medio de *'una línea, que partiendo del nacimiento de la quebrada Zabaletas en dirección sureste, termine en la parte alta de la Cordillera Central correspondiente al río Bugalagrande,'* añadiendo la frase *'tal como lo dispone la Ordenanza número 9 de 16 de enero de 1884, expedida por la Municipalidad de Tuluá.'*

"3º Para poder ordenar lo anterior, es decir, para poder fijar la línea que actualmente es dudosa y litigiosa entre los Municipios en querrela, le fue preciso a la Asamblea derogar el artículo 20 de la Ordenanza número 42 de 1936 que disponía que *'en el caso de que por cualquier motivo no figurase en el presupuesto que haya de regir en la vigencia próxima una cantidad adecuada al cumplimiento del artículo 14 de la Ordenanza 23 de 1914 sobre aclaración de límites entre los Municipios de Tuluá y Andalucía, la Gobernación arbitrará necesariamente el crédito correspondiente hasta por la cantidad de \$ 1.500.00 para pagar al ingeniero o ingenieros que habrá de nombrar para estudiar la parte dudosa (sigo subrayando) de la línea limitrofe entre los dos Municipios de acuerdo con la Ley 71 de 1916: . . . Mientras se defina la dudosa línea limitrofe, establécese (seguía preceptuando el artículo) un statu quo provisional en virtud del cual el río Bugalagrande es el límite de Tuluá en las llamadas regiones de Frazadas, Alta Flor, La Norcasia, Begonia, Barragán. De manera que hasta allí ejercerá dicho Municipio su jurisdicción municipal, en todo sentido, quedando absolutamente a salvo, es obvio, los derechos del Municipio de Andalucía si la actual duda llegare a resolverse, en todo o en parte de conformidad con sus pretensiones.'*

"4º De un tajo, como se ve, la Asamblea por medio de los artículos 3º y 4º de la Ordenanza número 20 de 1937 *fitó la línea resolviendo la duda que contemplaba el artículo 20 de la Ordenanza número 42 de 1936 y en qué forma, con violación manifiesta del artículo 7º de la Ley 71 de 1916* pues ni los Municipios interesados habían hecho petición a la Asamblea ni la línea fijada es el producto científico de comisión plural de ingenieros nombrados por los Concejos de Tuluá y Andalucía y por el señor Gobernador, funcionario éste que no rindió informe sobre el particular porque no había los antecedentes que lo hubieran motivado.

"5° Con la línea que fijó la Asamblea, el Municipio de Tuluá pierde en jurisdicción y en capacidad territorial las tierras que componen los Corregimientos de Frazadas, parte de Barragán y las veredas de la Begonia, Norcasia y Alta Flor.

"6° La Ordenanza número 9 de 16 de enero de 1884, expedida por la Municipalidad de Tuluá, fijó como límite entre Tuluá y San Vicente, —hoy llamado Andalucía— 'la quebrada de Zabaletas hasta su confluencia con el Cauca.' Esta línea quedó imprecisa en la parte superior y de allí que el hecho diera margen a las Ordenanzas 23 de 1914 (artículo 14) y 42 de 1936 (artículo 20) hasta venir hoy en la Ordenanza 20 de este año que resolvió fijar una línea que partiendo del nacimiento de Zabaletas, vaya a morir a la Cordillera Central correspondiente al río Bugalagrande. Y esa línea la fijó la Asamblea sin el lleno de las formalidades prescritas por la Ley 71 de 1916 (artículo 7°) lo que vicia de nulidad los artículos acusados por expreso dictado del mismo artículo séptimo (7°)."

El apoderado del Municipio de Andalucía ha sostenido que no se trata de límites dudosos, puesto que el Municipio que representa los tiene perfectamente claros al tenor de la Ordenanza número 9 de 1884.

Sin embargo de esta afirmación, en los diferentes detalles del proceso se observa que hay una línea en la demarcación de los límites que no es precisa, lo que ha motivado pugnas sucesivas, y determinó a la Gobernación, seguramente para impedir violencias, a establecer un *statu quo* mientras el asunto era definido legalmente.

En la realidad de las cosas, hay una confusión en una parte de la línea divisoria, fenómeno éste que bien puede tener origen en la mala interpretación de los términos de la Ordenanza creadora del Municipio de Andalucía, como lo sostiene la parte afectada por la demanda, o por falta de una demarcación material. Pero el problema *sub judice* no es propiamente éste. Se trata de saber si la Asamblea Departamental tiene facultad legal, o si la tenía en ese momento, para dictar una ordenanza que dispone que se demarque o se aclare, o como quiera llamarse, la línea divisoria entre los Municipios de Tuluá y Andalucía en la parte sureste, ateniéndose a una línea que, partiendo del nacimiento de la quebrada de Zabaletas en dirección sureste, termine en la parte alta de la Cordillera Central correspondiente al río Bugalagrande, "tal como lo dispone la Ordenanza número 9 de 16 de enero de 1884, expedida por la Municipalidad de Tuluá."

Dicha Ordenanza de 1884 no detalla esta línea, y si la Ordenanza de 1937 dispone que se fije materialmente el límite sureste —pero sometida esa fijación a una línea que se demarca en lo escrito—, es cosa muy distinta la simple demarcación material. En efecto, para verificar ésta última bastaría exclusivamente lo dispuesto en la Ordenanza de 1884, sin necesidad de señalar rumbo y puntos que deba tocar la línea en su transcurso. En cambio la Ordenanza de 1937 determina algunos puntos lo que equivale a *aclarar* y determinar con mayor precisión la línea. Ahora bien: para poder hacer uso de tal facultad, que la tiene la Asamblea, es preciso llenar, por imperativo legal, determinadas formalidades, so pena de nulidad, puesto que el artículo 7° de la Ley 71 de 1916 dice que para *agregar, segregare y aclarar* líneas dudosas limitrofes de los Municipios, deben cumplirse previamente las condiciones que atrás quedaron transcritas y que en el caso presente no fueron cumplidas.

Aceptar que el artículo 4° de la Ordenanza número 20 de 1937 no ha violado el 7° comentado, sería establecer que los complementos en las proposiciones no alteran su sentido, cuando la gramática enseña otra cosa. No es lo mismo, se repite, ordenar simplemente que se fije materialmente la línea (Ordenanza de 1884), que mandar que ella sea fijada.

teniendo en cuenta determinados puntos que debe tocar y que se encuentran enumerados en la disposición (Ordenanza de 1937).

Por consiguiente, la Asamblea, al incorporar en el mandato de fijación de la línea una expresión nueva como si ya se encontrara en la antigua ordenanza, o lo que es lo mismo al aclarar la línea dudosa limitrofe sin que se hubieran llenado las formalidades legales de acuerdo con la Ley 71 antes citada, violó visiblemente esta última disposición. Sobre el no cumplimiento de las formalidades exigidas por esta Ley obran en autos certificados plenamente comprobatorios.

El Tribunal Seccional *a quo* habiendo fallado declarando la nulidad total del artículo 4º de la Ordenanza 20 de 1937, el apoderado del Municipio de Andalucía apeló de esta providencia.

También fue pedida la nulidad del artículo 3º de la misma Ordenanza, pero el Tribunal falló negándose a declararla, y como fundamento, que acoge el Consejo, señaló el siguiente:

“Se observa que el demandante acusa también el artículo 3º de la Ordenanza número 20 del corriente año como violatorio del artículo 7º de la Ley 71 de 1916, y en consecuencia pide la suspensión provisional de aquel artículo. Esta disposición no fijó línea divisoria alguna entre los Municipios de Tuluá y Andalucía, sino que deroga expresamente el artículo 20 de la Ordenanza número 42 de 1936, que no define los límites entre los dos Municipios. De modo pues, que el artículo 3º cuya suspensión se pide no está en pugna con el artículo 7º de la Ley 71 de 1916, ya que esa disposición ordenanzal no aclara límites dudosos, ni agrega ni segrega términos municipales.

“Si la Asamblea Departamental por medio del artículo 3º de la Ordenanza número 20 del corriente año derogó en todas sus partes el artículo 20 de la Ordenanza 42 de 1936 obró legalmente, porque de acuerdo con el artículo 120 de la Ley 4º de 1913 las Asambleas Departamentales tienen la facultad para derogar expresa o tácitamente sus propias providencias. De suerte que la suspensión provisional del artículo 3º de la Ordenanza 20 antes citada no es procedente, porque no es violatorio de la ley, y por consiguiente así debe resolverse.”

En atención a lo expuesto y oído el concepto del señor Fiscal, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Gustavo Hernández Rodríguez—Gonzalo Gaitán—Elias Abad Mesa—Guillermo Peñaranda Arenas—Ramón Miranda. Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Acueductos particulares

Consejero ponente, doctor

GUSTAVO HERNANDEZ RODRIGUEZ

Los Concejos Municipales no pueden hacer sino lo que les está permitido por las leyes, y ninguna los autoriza para el cobro de contribuciones sobre acueductos privados. Nadie podría oponerse al gravamen si el acueducto particular ocupara las calles públicas. Pero el caso es diferente cuando la obra está ubicada en su totalidad dentro de los límites de una propiedad privada y se sirve de agua que nace y muere allí mismo.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto veintiuno de mil novecientos treinta y nueve.

Ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Santa Marta, el doctor Carlos Gámez, como apoderado de la Magdalena Fruit Company, demandó la nulidad del artículo 5º del Acuerdo Municipal número 8 de 28 de abril de 1938, concretando así la parte petitoria:

“... Nulo e inaplicable en cuanto por él pueda quedar gravado el acueducto privado que para su servicio particular tiene instalado en predio de su propiedad la Magdalena Fruit Company, tomando el agua en un pozo cavado en tierra de ella. En subsidio demando la revisión de la providencia o cuenta emanada del señor Tesorero Municipal de este Distrito relativa al impuesto de acueducto de que trata la petición anterior, a fin de que se declare que a la Magdalena Fruit Company no le debe ser exigido dicho impuesto.”

Señaló como violadas las disposiciones que se enumeran en seguida: artículo 1002 del Código Civil; artículos 171, ordinal 4º; 196, ordinal 9º del Código Político y Municipal; Ley 78 de 1935; Ley 72 de 1926, artículo 6º; Ley 89 de 1936; artículo 62 del Acto legislativo número 3 de 1910; artículo 16 del Acto legislativo número 1º de 1936, y artículo 11 del Decreto ejecutivo número 49 de 1932.

En esta demanda el actor intentó las acciones pública y privada. El Tribunal, una vez agotada la tramitación, falló declarando la nulidad del artículo 5º del Acuerdo. Llegado el negocio a esta Corporación por apelación interpuesta por el Personero Municipal, se hacen las siguientes consideraciones para resolver lo conveniente:

El artículo acusado es del tenor siguiente:

“Por cada acueducto particular instalado dentro de los límites del Municipio para el suministro de aguas a las residencias, pagará mensualmente cien pesos.”

La facultad legal que tienen los Municipios para establecer gravámenes de esta naturaleza, está sometida al siguiente régimen:

El artículo 1º de la Ley 97 de 1913 es aplicable a todos los Concejos, por haberlo dispuesto así el artículo 1º de la Ley 84 de 1915, y en consecuencia están hoy autorizados los Concejos para establecer, sin previa autorización de la Asamblea, las contribuciones que la misma Ley enumera. Mas en ésta no se encuentra la contribución por acueductos particulares.

El texto del artículo acusado que quedó transcrito es del tal modo claro, preciso, concreto, que su interpretación queda señalada con la simple lectura de sus términos. Establece una contribución mensual de cien pesos por cada acueducto particular instalado dentro de los límites municipales.

El gravamen de los acueductos de esta clase con cien pesos mensuales, repugna a primera vista con la orientación actual, según la cual el Estado está en la obligación de prestar determinados servicios públicos, como el de agua en las habitaciones. Podría argüirse que no debe dejarse establecer la competencia, ya que ella redundaría en perjuicio del mismo servicio prestado por el Estado. Indudablemente esta razón es justa, y nadie podría ni pretendería oponerse al gravamen si el acueducto particular de que se trata ocupara las calles públicas. Pero el caso que contemplamos es diferente: la obra está ubicada en su totalidad dentro de los límites de una propiedad privada, y se sirve de agua que nace y muere en la misma. Por tanto, no es posible establecer contribución alguna sobre un servicio que tiene una órbita de movimiento limitada por el derecho de dominio.

El Tribunal *a quo* hizo la relación del asunto en la siguiente forma que es conveniente transcribir:

"La Magdalena Fruit Company adquirió de la United Fruit Company los terrenos denominados El Prado, según títulos notariales; en esos terrenos tiene sus oficinas, talleres, residencias particulares, hospital, escuela, etc., etc. Allí mismo, en esos terrenos de su propiedad ha establecido un acueducto privado para uso exclusivo de sus oficinas, talleres, hospital, escuela y residencias de sus altos empleados, etc., sin que explote el negocio comercialmente ni obtenga lucro alguno por tal servicio, pues es gratuito según se desprende de las declaraciones de los señores Albert V. Cooper, Ernest G. Platt, Veregard T. Mais, Henry Kuylen, Rafael Iglesias, Antonio de la Hoz, Guillermo Garcia, Enrique Ponce L., Carlos A. Lacouture y William D. Flye, que figuran en el expediente. Asimismo, se desprende de las pruebas presentadas, que hace más de diez años existe en los terrenos de El Prado de propiedad de la Magdalena Fruit Company un pozo artificial cavado y sostenido a propias expensas, primero por la United Fruit Company y luego por la Magdalena Fruit Company, del cual saca el agua para el servicio particular de su empresa, y atender al hospital, escuela, talleres, oficinas, residencias de sus empleados, etc., etc. (Véanse declaraciones de los señores Rodrigo Barreneche, Luis C. Granados y Victor Ponce, acompañadas a la demanda). En concepto de este Tribunal, se han probado dos cuestiones esenciales, o sean:

1º Que la Magdalena Fruit Company tiene en sus propios terrenos un pozo que cavó y sostiene a sus expensas hace más de diez años del cual saca agua que distribuye por medio del acueducto particular para atender al servicio de su hospital, oficinas, talleres y residencias de empleados, escuela, etc., etc.

2º Que el servicio que presta por medio de ese acueducto es completamente gratuito, puesto que no cobra ni ha cobrado nunca un solo centavo por el suministro del agua que hace y ha venido haciendo hace más de diez años.

De acuerdo con el artículo 1002 del Código Civil se autoriza para que cualquiera persona pueda cavar en su propio suelo un pozo aunque menoscabe el agua de otro pozo; salvo, naturalmente, que la utilidad que reporte sea menor que el perjuicio que ocasiona por tal acto, caso en el cual habría obligación de cegar la excavación hecha. Con este artículo claro y preciso se ve el derecho que tiene la Compañía demandante a cavar y sostener un pozo, y a servirse de las aguas que capte para su uso particular. El acueducto se usa, precisamente, para poder llevar las aguas

a su destino, porque quien tiene derecho al fin tiene derecho a los medios necesarios para obtenerlo. A esto hay que agregar que el agua está en terreno de la Compañía, las tierras por donde pasan las tuberías son propias y lleva el agua para uso exclusivo de la oficina y talleres, hospital y escuela, etc., etc., de la misma empresa. Si se gravara el acueducto como propiedad inmueble que es, se llegaría a la conclusión de que habría un doble impuesto, porque la facultad impositiva se haría efectiva como impuesto predial y como impuesto de acueducto, cosa contraria según la ley. Pero dejando de mano el gravamen del acueducto, no como inmueble sino como empresa particular se llega a la misma conclusión, por las siguientes razones: En los servicios públicos, como acueducto, luz, energía eléctrica, telégrafos, teléfonos, correos, se contempla el caso de negocios en los que entra por una parte la prestación de un servicio y por otra la remuneración consiguiente por la prestación que se hace, de tal manera que los términos son correlativos y en este caso como negocio que es, como explotación comercial que lleva intimamente ligada la idea de un lucro y en donde se persigue una ganancia, justo es que el Erario Público, sea Nación, Departamento o Municipio, cobre un impuesto por los beneficios que la empresa recibe del Estado, Departamento o Municipio, amparándole su propiedad, administrándole justicia, o castigando a los que le ocasionen algún daño en sus intereses. Pero si, como se ha comprobado de modo pleno, la Compañía no tiene ese acueducto como empresa comercial, puesto que no cobra un centavo por la prestación del servicio que hace, ni recibe beneficio alguno del Municipio, no hay derecho a exigirle un tributo que es a todas luces ilegal."

Los Concejos Municipales no pueden ordenar el cobro de contribuciones si no están autorizados por la ley, este es el punto cardinal por el cual los Concejos no pueden hacer lo que no les esté prohibido, sino lo que les esté permitido por las leyes. La parte motiva de este fallo podría ser la transcripción del artículo 1º de la Ley 97 de 1913, haciendo notar que tal disposición no autoriza el cobro de contribución sobre acueductos privados.

El Fiscal del Consejo doctor Bravo cree que la Corporación tiene facultades para gravar los acueductos particulares y afirma que tal atribución se desprende de la Ley 4ª de 1913 y de la 99 de 1923.

La primera de estas dos Leyes da atribuciones para imponer contribuciones dentro de los límites señalados por las leyes y las ordenanzas. Y ya se vio que la Ley 97 de 1913 establece límite, y en qué forma lo hace. La otra Ley citada por el Fiscal no se refiere al caso tratado. Sobre pozos artesianos existe la 94 de 1914, por cuyo artículo 2º quedan facultados los Departamentos y Municipios del país para cobrar un impuesto proporcional por el servicio de agua procedente de los pozos que lleguen a pertenecerles conforme a la misma Ley, y ni en ésta ni en ninguna otra podría existir constitucionalmente la norma que permitiera que la propiedad de un pozo abierto por un particular en su terreno, fuera del Municipio o del Estado, pues esto no solamente significaría la violación de determinadas normas escritas, sino la del mismo espíritu que ha animado a toda la legislación del país.

Por tanto, el Consejo de Estado, en desacuerdo con el señor Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Cúmplase el artículo 351 del Código Judicial.

Tulio Enrique Tascán—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Elijas Abad Mesa—Gonzalo Gaitán—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V., Secretario.

Reproducción de actos anulados

Consejero ponente, doctor

GUSTAVO HERNANDEZ RODRIGUEZ

Quando a la simple vista aparece que hay similitud entre un acuerdo municipal anulado anteriormente y un artículo de acuerdo posterior, expedidos ambos por el mismo Concejo, debe aplicarse la Ley 45 de 1931 y decretarse la suspensión provisional del acto posterior. No es posible que un Tribunal Administrativo se excuse de aplicar esta Ley, fundándose en que la sentencia que anuló el acuerdo primeramente expedido no estaba agregada al expediente.

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

El señor Joaquín Sourdis, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Barranquilla, demandó la nulidad de los artículos 1º, 3º, 4º, 5º y 6º del Acuerdo número 10 de 1939. No dice el actor qué acción intenta; pero el contenido de la demanda destaca únicamente la pública.

Para construir el razonamiento del Consejo, es conveniente reproducir la parte petitoria y explicativa de la demanda, que fija los límites del problema jurídico:

“El honorable Concejo Municipal de Barranquilla, expidió el Acuerdo número 10 de 1939, en cuyos artículos 1º, 3º, 4º y 5º se reproducen en su letra y en su espíritu las disposiciones de los Acuerdos número 51 de 1930, en su artículo 13; 28 de 1935, en su artículo 1º, y 6º de 1936, en su artículo 1º, también expedidos por el honorable Concejo Municipal de Barranquilla, y anulados todos por ese honorable Tribunal.

“El artículo 1º del Acuerdo número 6 de 1936, que, como acabo de decirlo, fue anulado por esa honorable Corporación, lo fue también por el honorable Consejo de Estado. (Sentencias de fechas 21 de julio de 1938 y 7 de marzo de 1939, respectivamente).

“De conformidad con el artículo 3º de la Ley 45 de 1931, los Concejos Municipales no podrán reproducir las mismas disposiciones anuladas por los Tribunales Administrativos, después de la fecha de la sentencia respectiva, a menos que una ley posterior autorice expresamente a dichas corporaciones para ocuparse de tales asuntos.

“Como *posteriormente* a las sentencias del Tribunal, que acabo de citar, no se han expedido leyes de ninguna clase autorizando al Concejo de Barranquilla para ocuparse de la clase de asuntos de que se trata, o sea de establecer y gravar juegos, es claro que la reproducción que acuso es evidente.

“Aun cuando el Acuerdo Municipal cita en su artículo 1º, acusado, la Ley 89 de 1936, es evidente que los efectos de este mandato legal no

alcanzan a darle vida jurídica al acto que acuso, desde luego que se trata de una ley expedida con *anterioridad* a los fallos de primera y segunda instancias que anularon los mismos actos del Concejo que hoy se reproducen.

"Pero es más: aceptado por un momento que no hubiera sido anulado el Acuerdo número 6 de 1936, ni ninguno otro de la misma índole, expedidos por el Concejo de Barranquilla, entonces tampoco podría escudarse el Acuerdo número 10, que acuso, con la mentada ley, desde luego que ella no autoriza *expresamente* a los Municipios para *crear, permitir, ni gravar juegos*, como tampoco los autoriza la Ley 72 de 1936, sino que solamente podrían los Municipios, haciendo uso de esa Ley, reglamentar y gravar los juegos *permitidos por las Asambleas*, que son las corporaciones *expresamente autorizadas* para ello. (Ley 4ª de 1913, artículo 97, numeral 42). El honorable Consejo de Estado ya ha repetido esto hasta el cansancio:

'Es función de las Asambleas reglamentar y gravar los juegos permitidos, de conformidad con lo que dispone el numeral 42 del artículo 97 de la Ley 4ª de 1913. Si la Asamblea autoriza a los Concejos para permitir el establecimiento de juegos admitidos por la ley, el legislador municipal no puede especificar la clase de juego que permita, porque en tal caso ejerce atribuciones que competen a la Asamblea y se extralimita en sus funciones.' (Sentencia del 30 de junio de 1935). El subrayado es mío.

"Queda, pues, claramente establecido que el acto que acuso es una simple reproducción sin amparo legal, de los Acuerdos números 51 de 1930, artículo 13; 28 de 1935, artículo 1º, y 6 de 1936, artículo 1º, expedidos también por la corporación municipal autora del Acuerdo número 10 de 1939.

"Cuanto al artículo 6º del mismo Acuerdo que acuso, este precepto municipal viola flagrantemente la disposición constitucional contenida en el artículo 69 del Acto legislativo número 3 de 1910, o sea el artículo 201 de la Compilación actual, desde luego que la disposición municipal ordena que el mentado Acuerdo regirá desde su sanción; y tratándose, como se trata, de la creación o aumento de impuestos indirectos, es claro que éstos no pueden regir sino seis meses después de creados o aumentados.

"Esta demanda tiene como base las siguientes disposiciones constitucionales, legales y ordenanzaes: artículo 69 del Acto legislativo número 3 de 1910; artículo 72 de la Ley 130 de 1913; artículo 3º de la Ley 45 de 1931, y Ordenanza número 7 de 1930, cuyo artículo 4º dice: 'Desde la promulgación de esta Ordenanza quedan terminantemente prohibidos los juegos de suerte y azar, tales como las ruletas, ruletines, macodos, boliches, etc., etc.'"

El Tribunal no accedió a decretar la suspensión provisional, determinación que tomó por mayoría de votos, pues salvó el suyo el Magistrado doctor Polo Avila.

Por apelación del actor, que le fue concedida, se hallan los autos al estudio de esta Superioridad.

Como punto central debe estudiarse el Acuerdo en sus disposiciones acusadas, enfrente de la sentencia proferida por el Consejo con fecha marzo 7 de 1939, sobre la nulidad demandada del Acuerdo número 6 de 1936, expedido por el Concejo Municipal de Barranquilla. El Acuerdo dice textualmente:

"Acuerdo número 6 de 1936

(febrero 13)

por el cual se fijan impuestos para los juegos durante las festividades del carnaval y demás días reconocidos como de fiestas populares.

"El Concejo Municipal de Barranquilla,

en uso de sus facultades legales,

acuerda:

"Artículo 1º Los juegos que se enumeran a continuación pagarán los siguientes impuestos:

"Cada juego de bazar de cigarrillos, por cada treinta horas..\$	5
"Cada juego de bazar de artículos de comercio que se juegue con boletas, pagará por cada treinta horas	5
"Cada juego de poker-piña, real lotte y sus similares, por cada treinta horas	30
"Cada juego de ruedas, trompo, hasta de catorce (14) figuras o números, y sus similares, por cada treinta horas	40
"Cada juego de rueda, trompo y sus similares, hasta de 18 números o figuras, por cada treinta horas	70
"Cada juego de rueda, trompo y sus similares, de más de 18 números o figuras, por cada treinta horas	90

"Parágrafo. Estos impuestos se cobrarán desde el veinte de enero hasta la terminación de las carnestolendas, todos los años, en los días fijados por la Alcaldía como de fiestas de carnaval. Asimismo, en todos los días reconocidos como de fiestas populares, desde la víspera a las seis de la tarde hasta las doce de la noche del día feriado o festivo.

"Artículo 2º Este Acuerdo regirá desde su promulgación."

El Consejo, al decretar la nulidad de este Acuerdo, hizo las siguientes consideraciones:

".....A este respecto, el citado artículo de la Ordenanza 7 de 1930, vigente al tenor de la sentencia recurrida, preceptúa:

"Desde la promulgación de esta Ordenanza quedan terminantemente prohibidos los juegos de suerte y azar, tales como las ruletas, ruletines, macodos, boliches, cucurubas, etc., etc....."

"Como se ve, los mencionados en el Acuerdo, aunque parecen diferir, sólo por su denominación, de los expresamente prohibidos por la Ordenanza, son sustancialmente idénticos a estos últimos, según los términos de la descripción transcrita, que descarta la habilidad o destreza de parte de los jugadores. Además, el significado de la palabra *ruleta* (del latín *rotela*: ruedecita) revela similitud entre ellos, en forma que permite acceder a las pretensiones de la demanda.

"No valdría decir que la principal finalidad del Acuerdo es el establecimiento de determinados gravámenes, porque basta considerar que únicamente pueden ser objeto de imposición actividades lícitas o permitidas por la ley, cuando se trata de tributos por ciertas actividades. Es verdad que los Concejos están autorizados para gravar los juegos y diversiones públicas, de conformidad con el ordinal f) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913, en armonía con el 1º de la Ley 84 de 1915; pero tal facultad sólo comprende los juegos permitidos, es decir, hay que entenderla en consonancia con las disposiciones vigentes del Código Político y Municipal (artículo 97, numerales 41 y 42), que manda a las Asambleas prohibir juegos y diversiones públicas que perjudiquen a la moralidad o al desarrollo de la riqueza pública, y aun castigar a los infractores con pena de reclusión hasta por un año, y que les permite reglamentar y gravar los juegos permitidos, o sea aquellos que no son de suerte y azar."

El Concejo Municipal de Barranquilla, con posterioridad a este fallo, dictó el Acuerdo número 10 de 1939, de junio 28, que es motivo de esta demanda y cuyo artículo 1º dijo:

“Declárase incurso en el impuesto de industria y comercio lo siguiente:

“Por cada lotería tallada, de 14 figuras, por cada treinta horas	\$ 50
“Por cada lotería tallada, de 18 figuras, por cada treinta horas	75
“Por cada lotería tallada, de 22 figuras, por cada treinta horas	90
“Por cada bazar de artículos de comercio que se juegue con boletas dentro de un saco, mensualmente	20
“Por cada juego de real lotto, o sea el que se juega en una tarima colocada sobre un billar. Este aparato tiene 20 huecos con numeración repetida del cero al nueve, y se juega con un taco y una bola de billar, mediante la venta de 10 boletas, del cero al nueve, a razón de \$ 0,10 la boleta; este permiso será mensual mediante un impuesto de	120”

A la simple vista aparece que hay similitud entre el Acuerdo anulado anteriormente por el Consejo de Estado y el artículo 1º del Acuerdo número 10 demandado; y que por lo tanto debe aplicarse la Ley 45 de 1931, cuyo artículo 1º dice así:

“Las ordenanzas u otros actos de las Asambleas Departamentales, anuladas definitivamente por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, en el concepto de ser contrarios a la Constitución o a las leyes, o lesivos de derechos civiles, no podrán ser reproducidos por aquellas corporaciones si conservan la esencia de las mismas disposiciones anuladas, a menos que una disposición legal, posterior a la sentencia, autorice expresamente a las Asambleas para ocuparse en tales asuntos. Parágrafo. Las ordenanzas que se expidan en contravención a esta disposición son nulas...”

Y el artículo 5º de la misma Ley manda que esta disposición se aplique por analogía a los Acuerdos y demás actos de los Concejos Municipales.

El Tribunal *a quo* seguramente compartió esta tesis, pero se excusó de aplicarla, fundándose en que la sentencia de esta Superioridad, que anuló el Acuerdo número 6 de 1936, no estaba agregada al expediente.

No es posible aceptar esta limitación en acciones de carácter público, y que, por consiguiente, se refieren al orden jurídico, como es el caso en este asunto.

¿Cuál sería la eficacia de una entidad que exhibe como facultad la de vendarse para no ver hasta dónde ha ido en la guarda del orden jurídico que le ha encomendado la ley?

Es, pues, el caso de suspender provisionalmente el artículo 1º, y, como consecuencia, los demás demandados, porque violan a primera vista normas legales.

En atención a estas consideraciones, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca el fallo apelado y en su lugar

RESUELVE:

Suspéndense provisionalmente los artículos 1º, 3º, 4º, 5º y 6º del Acuerdo número 10 de 1939, dictado por el Concejo Municipal de Barranquilla.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Elias Abad Mesa—Gonzalo Gaitán—Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V., Secretario.

Acción privada

Consejero ponente, doctor

GUSTAVO HERNANDEZ RODRIGUEZ

El artículo 80 de la Ley 130 de 1913 dice que para la revisión de los actos del Gobierno, en el concepto de ser lesivos de derechos civiles, no puede procederse sino a petición de quienes tengan interés en ello por creerse agraviados.

La acción privada no la tiene sino el que acredite que está interesado directamente en que se anule o se mantenga el acto o providencia materia del juicio o del recurso. El interés directo a que se refiere la ley es aquel que guarda relación con el perjuicio individual que la existencia o nulidad del acto puede causar.

Consejo de Estado—Sala de Decisión—Bogotá, septiembre trece de mil novecientos treinta y nueve.

El doctor Víctor Cock, como apoderado sustituto de la American Foreign Power Co. Inc., Compañía organizada de acuerdo con las leyes del Estado de Maine, de los Estados Unidos de América, presentó demanda, en nombre de la Compañía y en el suyo propio, y dijo ejercer tanto la acción pública como la privada, para que se hicieran por el Consejo de Estado las siguientes declaraciones:

“1ª Que es nula la Resolución número 1937, de 15 de diciembre de 1936, dictada por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, cuya parte resolutive reza así:

‘Los créditos a cargo de personas naturales o jurídicas domiciliadas en Colombia, constituidos a favor de personas naturales o jurídicas extranjeras sin domicilio en el país, procedentes de préstamos hechos mediante contratos celebrados fuera del país, y que deben cumplirse en el Exterior, están sometidos al impuesto sobre el patrimonio, complementario del de la renta, establecido en la Ley 78 de 1935.’

“2ª Que es nula la Resolución número 564, de 3 de junio de 1937, dictada por el mismo Ministro y por medio de la cual se negó la reposición o revocatoria de la Resolución de que trata el punto anterior; y

“3ª Que, en consecuencia, y mediante lo dispuesto por el artículo 4º de la Ley 80 de 1936, debe el Gobierno devolver a la American & Foreign Power Co. la suma de \$ 98,172-95, valor pagado por concepto de impuesto sobre patrimonio, para el año de 1935, en cumplimiento de las Resoluciones de que trata esta demanda.

“También solicito respetuosamente del honorable Consejo se sirva decretar la suspensión provisional de las Resoluciones a que he hecho referencia, hasta que se resuelva, en definitiva, sobre el fondo de los puntos de la demanda.

“Como observaréis, por la apreciación de esta pieza, en su conjunto, procede en el presente caso el ejercicio de la acción mixta, por tratarse de un acto administrativo de carácter general y obligatorio, cuya vigencia y aplicación —contra expresas normas superiores— altera y quebranta el orden jurídico, base esencial sobre la cual descansa el Dere-

cho público del Estado. Al mismo tiempo, aquel acto administrativo lesiona, en su aplicación, al exigir el pago de un impuesto a que no está legalmente obligada, el derecho e interés individual de la entidad que represento, en cuyo nombre demando, como consecuencia del restablecimiento del orden jurídico, la reparación consiguiente por el derecho violado."

El Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán, admitió la demanda, pero únicamente en lo que se refiere a la acción pública, y no en cuanto se ejercita en ella la acción privada, y no accedió a decretar la suspensión provisional de los actos acusados.

Suplicada esta providencia y sentada la tramitación correspondiente, se hacen las siguientes consideraciones para resolver:

La acción privada no la tiene sino el que acredite que está interesado directamente en que se anule o en que se mantenga el acto o providencia materia del juicio o del recurso (artículo 15 de la Ley 25 de 1928). El interés directo a que se refiere la Ley es aquel que guarda relación con el perjuicio individual que la existencia o nulidad del acto pueda causar.

El artículo 80 de la Ley 130 de 1913 al hablar de la revisión de los actos del Gobierno, dice que para la revisión de dichos actos, en el concepto de ser lesivos de derechos civiles, no puede procederse sino a petición de quienes tengan interés en ello por creerse agraviados.

El perjuicio directo personal tiene una consecuencia que es la de restablecer el derecho violado. Cuando esto es imposible, necesariamente debe pensarse que no hay agravio individual. Bien puede suceder que una resolución de carácter general sea causa remota para que más tarde, por aplicación a determinado caso, se cause agravio por la providencia que se fundó en aquélla, y es ésta y no la anterior la que puede acusarse con acción privada. ¿Cómo se puede restablecer el derecho individual cuando éste no se ha variado sino que apenas está en probabilidad de poder serlo?

Enfrentada esta doctrina al caso concreto de la demanda, se observa fácilmente que la Resolución número 1937, de 15 de diciembre de 1936, dictada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, es una regla de carácter general como interpretativa de la Ley 78 de 1935.

En el supuesto de que tal Resolución fuera anulada, ¿cómo, con lógica jurídica, se podría restablecer el derecho cuando la providencia no ha realizado cambio alguno?

El actor solicita que como consecuencia de la nulidad a que aspira, se ordene la devolución de la suma de \$ 98,172-95, valor pagado por concepto de impuesto sobre patrimonio, pero olvidó haber puesto *sub judice* el acto que ordenó tal pago, que en manera alguna lo fue la Resolución interpretativa de la Ley 78 de 1935.

Los razonamientos que en el alegato de súplica se hacen, son precisamente los que llevan a la interpretación jurídica que hace el Consejo de Estado.

Dice aquella pieza:

"Como lo anoté en la demanda, si se aprecia esta pieza en su conjunto, procede indiscutiblemente el ejercicio de la acción mixta, por tratarse de un acto administrativo de carácter general y obligatorio, cuya vigencia y aplicación —contra expresas normas superiores— altera y quebranta el orden jurídico, base esencial sobre la cual descansa el Derecho público del Estado. Al mismo tiempo, aquel acto administrativo lesiona, en su aplicación, al exigir el pago de un impuesto a que no está legalmente obligada, el derecho e interés individual de la entidad que represento, en cuyo nombre demando, como consecuencia del restablecimiento del orden jurídico, la reparación consiguiente por el derecho violado."

"Caben, pues, en el presente caso, las dos características anotadas, la primera de las cuales acepta la providencia de que me ocupo. Respecto a la segunda característica, es decir, en cuanto la Resolución acusada lesiona, en su aplicación, el derecho individual de la entidad que represento, tampoco cabe duda alguna, en mi concepto, si se aprecian debidamente los hechos fundamentales y las piezas acompañadas y citadas en la misma demanda. En efecto, consta en los hechos fundamentales lo siguiente:

"1º Que la Administración de Hacienda Nacional de Barranquilla, con fecha 24 de octubre de 1936, efectuó la liquidación de los impuestos de renta y patrimonio correspondientes a la Compañía Colombiana de Electricidad, por el año de 1935; que en dicha liquidación fue deducida del patrimonio de la Compañía la deuda a cargo de ésta y a favor de la American Foreign Power Co. Inc., por \$ 12'447.867-52, con la siguiente observación que expresamente hace constar la Administración de Hacienda Nacional de Barranquilla:

'Esta liquidación tiene carácter provisional en cuanto al patrimonio, en espera de lo que resuelva el Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre si debe o nó gravarse el patrimonio perteneciente a la American Foreign Co., y que está constituido por la deuda a favor de dicha Casa y a cargo de la Compañía Colombiana de Electricidad.' (v. hecho 7);

"2º Que la liquidación definitiva, en cuanto al patrimonio, la llevó a cabo la Administración de Hacienda, en virtud de lo dispuesto por la Resolución ministerial número 1937, de 15 de diciembre de 1936. (v. hechos 8 y 9);

"3º Que la Resolución ministerial número 1937 se dictó para resolver el caso concreto de las reclamaciones de la American & Foreign Power Co. Inc., no puede discutirse, en manera alguna, en presencia de la declaración oficial de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, concebida en términos categóricos. Tal declaración se encuentra en la Resolución número 1455, de 30 de octubre de 1937, transcrita, en sus apartes principales, en el hecho 12 de la demanda. Dice así:

'En efecto, la American & Foreign Power Co. Inc., haciendo uso del derecho de reclamación que consagra el artículo 14 de la Ley 81 de 1931, se presentó ante esta Jefatura en solicitud de la declaración de que no estaba sujeta al pago del impuesto sobre el patrimonio; solicitud que ha sido fallada ya en forma definitiva por medio de las Resoluciones números 1937, de diciembre de 1936, y 564, de junio de este año. Volver a suscitar la misma cuestión valiéndose de la intervención indirecta de un tercero, es un procedimiento que, de aceptarse, introduciría en la práctica administrativa una innovación absolutamente ilegal.'

"Acepta, pues, y reconoce la Jefatura de Rentas que la reclamación hecha por la American & Foreign Power Co. Inc., en ejercicio del derecho consagrado por el artículo 14 de la Ley 81 de 1931, fue fallada en forma definitiva por medio de las Resoluciones números 1937, de diciembre de 1936, y 564, de junio de este año (1937). Y esto es claro y evidente, puesto que fue en virtud de las citadas Resoluciones que la Administración de Hacienda Nacional de Barranquilla exigió de la Compañía Colombiana de Electricidad el pago del impuesto sobre patrimonio, conforme a la liquidación transcrita en el hecho 9 de la demanda."

La Administración de Hacienda Nacional de Barranquilla, con fecha 24 de octubre de 1936, efectuó la liquidación de los impuestos de renta y patrimonio.

Es allí donde han podido vulnerarse los derechos civiles porque se definió un asunto concreto e individual. No es suficiente argüir que la

mencionada liquidación tuvo por fundamento la Resolución ministerial, porque el perjuicio, si lo hay, tendría una causa inmediata: la liquidación, y es en la revisión de ese acto en donde se puede ejercitar la acción privada que directamente ha podido lesionar los derechos civiles.

En el caso de ser anulada la Resolución ministerial, que es interpretativa, no se anularía por consecuencia la liquidación porque ésta nace de la aplicación de la Ley 78 de 1935, con un criterio de interpretación que contiene la Resolución ministerial, criterio apenas porque el derecho positivo solamente lo expresa la ley, y además, porque, como lo dice el Consejero sustanciador, después de referirse a la tramitación especial que señala la Ley citada para el caso de que los contribuyentes no acepten las decisiones del Jefe de Rentas Nacionales: "Bien claro se ve de estas disposiciones que el Consejo no puede revisar las cuestiones que se suscitan sobre impuestos y que digan relación a los intereses privados de los contribuyentes, sino como Tribunal de segunda instancia, y no se puede pretermitir la primera instancia que por ley corresponde a los Tribunales Administrativos, según las reglas de competencia."

Queda por examinar la suspensión provisional en relación con la acción pública.

Prima facie no podría sostenerse que la Resolución viola la Ley 78 citada, que en su artículo 21 dice:

El artículo 21 de la Ley 78 de 1935 dice así:

"Establécese un impuesto anual complementario y accesorio al impuesto sobre la renta, sobre el patrimonio *poseído dentro del país*, en 31 de diciembre del año anterior, por toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, sujeta al impuesto sobre la renta en Colombia, impuesto que se tasará, etc."

La providencia acusada hace, en su parte motiva, un extenso razonamiento y enumera los puntos de estudio así:

1º Los créditos, como el de que aquí se trata, son bienes patrimoniales;

2º Si la contestación fuere afirmativa, la posesión puede predicarse de tales créditos; y

3º Si los créditos, como el de que se trata, son susceptibles de posesión, ¿dónde debe localizarse esa posesión para los efectos impositivos?

Indudablemente para la interpretación del artículo citado hay que recorrer un camino formado por hechos jurídicos diversos, que están todos contenidos en la expresión legal, y que deben ser enlazados por la interpretación para precisar su alcance.

También de la misma demanda se saca la impresión de que se está enfrente de un artículo de interpretación compleja que no permite decir que a primera vista se puede determinar su alcance. El examen superficial hecho en ambiente jurídico inclina a la mente a pensar que en el caso de créditos, éstos valen por la persona gravada con ellos y es en el lugar donde se encuentra ese sujeto pasivo del derecho donde está el bien a que se refiere ese mismo derecho, y, como consecuencia, allí es donde tiene su valor, y por tanto, es en ese lugar donde debe recibir las cargas fiscales.

En atención a estas consideraciones, la Sala de Decisión confirma el auto de fecha 5 de mayo último.

Cópiese, notifíquese y vuelva el expediente a la mesa del señor Consejero sustanciador.

Tulio Enrique Tascón—Gustavo Hernández Rodríguez—Elias Abad Mesa—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V., Secretario.

Fomento urbano

Consejero ponente, doctor
RAMON MIRANDA

El acuerdo municipal acusado señala una cuota mensual sobre los predios urbanos no edificados por cada metro lineal de frente sobre las calles o carreras de la ciudad. Si este impuesto, al que se denomina de fomento urbano, es distinto del predial, no está autorizado por la ley; si se trata de un aumento del impuesto predial, las cuotas de imposición no se ajustan a las disposiciones legales, que lo autorizan sólo hasta el ocho por mil anualmente.

Consejo de Estado—Bogotá, julio trece de mil novecientos treinta y nueve.

En ejercicio de la acción pública, el señor Luis Unda Pérez, vecino de Cúcuta, demandó ante el Tribunal Administrativo de la misma ciudad la nulidad parcial del Acuerdo número 14 de 1937, expedido por el Concejo del Municipio nombrado.

Remató el juicio con la sentencia de fecha 30 de marzo de 1938, por medio de la cual el Tribunal del conocimiento pronunció la nulidad de los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del mencionado Acuerdo número 14.

Contra esta decisión interpuso recurso de apelación para ante el Consejo de Estado el señor Personero Municipal de Cúcuta, y habiéndosele dado a la alzada el trámite de ley, pasa a resolverse en última instancia lo que fuere de derecho. Con este objeto se hacen las consideraciones que siguen:

El Acuerdo demandado dispone en los artículos objeto de la acusación lo que en seguida se lee:

“Artículo 1º Establécese por medio del presente Acuerdo el impuesto de fomento urbano, dentro del área de la ciudad, el que se cobrará por mensualidades vencidas y en la siguiente forma: por cada metro lineal de frente de los lotes o solares no edificados en las calles o carreras y cuya longitud exceda de la tercera parte de la edificación adyacente (cuando exista) del respectivo propietario, pagará éste un impuesto de cincuenta centavos (\$ 0,50), en la zona central, y de veinte centavos (\$ 0,20) en la zona próxima, según demarcación que aparece en el Acuerdo número 19 de 1934, incisos c) y d).

“Artículo 2º Para los efectos del presente Acuerdo se entiende por lotes o solares no edificados: 1º Aquellos que no tienen construcción (menos la excepción prevista en el artículo anterior); 2º Aquellos en que existan construcciones de carácter provisional, tales como enramadas; cobertizos, y en general, que carezcan de comodidades para habitaciones de familia, y 3º Aquellos en que existan garajes y talleres cuya construcción no se ajuste a la técnica y ornato de la ciudad.

“Artículo 3º El Inspector de Rentas del Municipio levantará la estadística y mensura de los lotes y solares no edificados, cercados o descubiertos, y que sean de propiedad o estén en posesión de particulares.

Parágrafo. En los sectores de la ciudad donde no existen demarcadas las carreras y calles respectivas, la Personería procederá, en unión del Ingeniero Municipal o del Sobrestante de Obras Públicas, a la inmediata demarcación de ellas.

“Artículo 4º Los impuestos de que trata el presente Acuerdo se cobrarán seis meses después de su publicación en el *Registro Municipal*.

“Parágrafo (transitorio). Copia de este Acuerdo, en lo pertinente a los impuestos y exención de gravámenes, será publicado en carteles murales y en hojas sueltas para repartir profusamente en los sectores de la ciudad.”

El Tribunal aceptó los cargos de la demanda, y para fundamentar su fallo expresó que de conformidad con el artículo 171 (ordinal 4º) de la Ley 4ª de 1913, los Municipios tienen prohibición de imponer contribuciones a la propiedad inmueble cuando ésta se halla gravada con el impuesto a la propiedad raíz, denominado impuesto predial, el cual está establecido en el Municipio de Cúcuta, por autorización de la Asamblea Departamental, y según la tasa legal, de donde resulta que la imposición de un nuevo gravamen violaría el texto legal que se acaba de mencionar.

Por su parte, el señor Fiscal del Consejo, en su vista de fondo del 20 de abril último, es de concepto que debe revocarse la sentencia recurrida para negar, en cambio, las peticiones de la demanda. A este efecto, el Ministerio Público se pronuncia en la forma siguiente:

“El razonamiento del Tribunal *a quo* es perfectamente jurídico y se ajusta por otra parte a la doctrina del Consejo contenida en la sentencia de 24 de junio de 1931 (*Anales* 192 a 193), que considera una contribución de esta naturaleza como inexecutable por gravar la propiedad inmueble que está sujeta hoy al impuesto predial. Sin embargo, toda esta argumentación se viene a tierra con la Ley 195 de 1936. Dicha Ley establece que además de las facultades conferidas por la Ley 72 de 1923, el Concejo Municipal tendrá las siguientes:

“.....c) Aumentar hasta en ocho por mil la tasa del impuesto predial fijada por el artículo 17 de la Ley 94 de 1931, sobre los predios no edificados que queden dentro del perímetro urbano, teniendo en cuenta para el aumento del impuesto la importancia comercial del predio que se trate de gravar, las exigencias del desarrollo urbano y las circunstancias económicas del propietario.” (Artículo 19).

“En consecuencia, el impuesto de fomento urbano sobre los predios o lotes no edificados puede considerarse como un aumento del impuesto predial, y como la Ley 89 de 1936, en su artículo 2º, extendió a los demás Municipios las disposiciones de la Ley 72 de 1926, el artículo 2º de la propia Ley 195 de 1936 hizo extensivos a los Municipios anteriormente referidos las facultades de que tratan los ordinales b) y c) de dicha Ley.”

El anterior concepto se funda, ante todo, en que el impuesto de fomento urbano, creado por el acto objeto de la acusación, puede considerarse como un aumento del impuesto predial, a que se refieren las Leyes 94 de 1931 (artículo 17) y 195 de 1936. Empero, no acepta el Consejo esta tesis, porque si bien, y de conformidad con estas disposiciones legales podía válidamente el Concejo Municipal de Cúcuta elevar al ocho por mil la tasa del impuesto predial sobre los predios no edificados, ubicados dentro del perímetro urbano, es indudable que no se quiso, por medio del Acuerdo número 17, elevar la tasa que anteriormente venía cobrándose, sino establecer un impuesto nuevo, que denominó de fomento urbano. A este último, según el texto del Acuerdo *sub judice*, se le dieron características especiales, que lo diferencian del llamado impuesto predial; tales como que la imposición no se verifica sobre la base del avalúo catastral, sino que se señala una cuota de \$ 0,50

y \$ 0,20 centavos por metro lineal, según las categorías fijadas en el Acuerdo, y que dicho impuesto, así señalado, excede en mucho a la rata del ocho por mil anualmente, permitida por las leyes atrás mencionadas. Estas breves consideraciones son suficientes para deducir las siguientes consecuencias: si el impuesto de que se trata es distinto del predial, no está autorizado por la ley, y el Acuerdo que lo estableció está viciado de nulidad; y si se trata simplemente de un aumento del impuesto predial, las cuotas de imposición no se ajustan a las señaladas en las disposiciones legales que autorizan el establecimiento del aumento, y, por tal aspecto, son también viciosas las prescripciones del referido Acuerdo.

Ahora bien: de los artículos acusados aparece que el primero de dicho Acuerdo crea el gravamen de que se ha hablado; el segundo define lo que debe entenderse por lotes o solares no edificados, para los efectos del impuesto; y el cuarto prescribe que el impuesto de fomento urbano se cobrará seis meses después de su publicación en el *Registro Municipal*. En relación con estos artículos, deberá confirmarse, aunque por otros motivos, la anulación decretada por el inferior. No ocurre lo mismo respecto al artículo tercero, el cual contiene una orden al Inspector de Rentas del Municipio para levantar la estadística y mensura de los lotes y solares no edificados, que sean de propiedad o que posean los particulares. Este precepto, lo mismo que el del párrafo de dicho artículo, es una simple disposición administrativa que cae bajo la esfera de competencia del Concejo y no lastima ninguna regla de derecho privado y debe, por tanto, mantenerse en toda su integridad. En este punto habrá de reformarse el fallo recurrido.

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

FALLA:

Refórmase la sentencia de fecha 30 de marzo del año anterior, proferida por el Tribunal Administrativo de Cúcuta, en el presente juicio, en el sentido de declarar que no es nulo el artículo 3º del Acuerdo número 14, de fecha 2 de agosto de 1937, expedido por el Concejo Municipal de Cúcuta, y confirmase en todo lo demás.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvanse los autos.

Tulio Enrique Tascón—Ramón Miranda—Gonzalo Gaitán—Elias Abad Mesa—Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas. Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Descanso dominical

Consejero ponente, doctor
RAMON MIRANDA

Según los principios generales consagrados en las Leyes 57 de 1926 y 72 de 1931, y en el Decreto 1278 del mismo año, los empleados y obreros de empresas particulares tienen derecho a un día de descanso después de seis de trabajo, el cual debe ser dado el día domingo, o a un descanso compensatorio equivalente el personal exceptuado del descanso dominical, o a una compensación no menor del doble del salario ordinario.

Para las personas que presten servicios en trabajos públicos de la Nación, los Departamentos o los Municipios, dispone la ley que el día de descanso deberá ser remunerado.

Estas normas no se refieren a los empleados oficiales en general. La situación de los choferes de los Ministerios no es la contemplada en tales disposiciones. Mas aun en el caso de que pudiera asimilárseles a los empleados de empresas o trabajos públicos, la remuneración correspondiente por servicios extraordinarios, sería la de la treintava parte del sueldo que devenguen, conforme al artículo 3º del Decreto 222 de 1932.

Consejo de Estado—Bogotá, julio veintisiete de mil novecientos treinta y nueve.

Demanda el señor Juan C. Lara la nulidad de la Resolución número 345, de 29 de noviembre de 1938, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que en su lugar se ordene el pago de la cantidad reconocida por la Resolución distinguida con el número 202, del 26 de julio del citado año, expedida por el mismo Ministerio, según la cual se ordena cubrir al actor la cantidad de seiscientos cincuenta y nueve pesos con sesenta y ocho centavos (\$ 659-68), por concepto de servicios prestados en doscientos cuarenta y ocho (248) días no hábiles oficialmente, como chofer del Ministerio de Guerra.

Como hechos de la demanda adujo los siguientes:

“1º En el mes de julio del año pasado elevé una solicitud al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre reconocimiento de la cantidad de \$ 659-68, como remuneración por los servicios que como chofer del mismo Ministerio había prestado durante 248 días feriados;

“2º El Ministerio, por Resolución número 202 de 1938 (26 de julio), hizo el reconocimiento pedido;

“3º El día 28 de noviembre de 1938, es decir, 4 meses después de notificada la Resolución 202, y por consiguiente, ya ejecutoriada, el Ministerio por sí y ante sí la modificó por providencia número 345, disponiendo solamente un reconocimiento de trescientos sesenta pesos con diez centavos (\$ 360-10).”

En cuanto al derecho, estimó que la Resolución acusada viola el artículo 26 de la Constitución Nacional, y el 1º de la Ley 53 de 1909.

Los hechos expuestos por el demandante fueron acreditados en tiempo oportuno, y al efecto se trajeron a los autos las copias auténticas de las mencionadas Resoluciones; y, aunque no aparece con respecto a la número 202 de 1938 la constancia de su notificación, es lo cierto que por parte del Ministerio empezó a dársele cumplimiento como queda comprobado con la siguiente certificación del Jefe de la Sección de Presupuestos y Contabilidad del Despacho de Hacienda:

"1º Que en virtud del reconocimiento de la suma de \$ 659-68, dispuesto por la Resolución 202, del 26 de julio de 1938, a favor del memorialista, señor Juan C. Lara, aparece cuenta de cobro formulada por éste el 27 de julio del año citado; y

"2º Que la orden de pago definitiva número 835 y no 345, se expidió el 10 de agosto de 1938, a favor del señor Lara, para atender a la cancelación de la cuenta de cobro que se menciona en el punto 1º, la cual fue anulada posteriormente debido a que la Resolución 202, de julio 26 de 1938, fue reconsiderada y modificada por la número 345, de noviembre 28 del mismo año."

En cuanto a los fundamentos jurídicos que tuviera el Ministerio de Hacienda para modificar su primera providencia, se hallan ellos contenidos en el mismo texto de la Resolución cuya nulidad se demanda, la cual va a transcribirse íntegramente para mejor inteligencia del negocio sometido a la decisión del Consejo:

"Halla este Despacho que la solicitud de pago de los servicios del señor Juan C. Lara, como chofer que fue de este Ministerio, tuvo lugar —la petición— después de dos años, en cuanto a los días extra corridos del 1º de noviembre de 1934 al 30 de julio de 1936, o sea sobre ciento trece días. A \$ 2-66 cada uno, resultan \$ 229-58, deuda ésta prescrita, pues, según el artículo 2543 del Código Civil.

"La precedente Resolución número 202 de 1938, no podrá, pues, tener efecto sino para la deuda en favor del señor Lara, no extinguida por prescripción.

"Conceptúa el señor Jefe del Departamento Nacional del Trabajo, en su providencia del 3 de noviembre, sancionada por el Despacho respectivo, que no ha prescrito la deuda en mención, atendida la prueba que a última hora y ante ese Departamento, presentó el interesado. Consiste en una certificación que suscriben los doctores Alejandro Bernate, ex-Secretario de este Despacho, y Gonzalo Restrepo, Ministro después, la cual acredita que el interesado Lara varias veces reclamó verbalmente ante los firmantes el pago de los días feriados ya dichos.

"Este Despacho acompaña gustoso al señor Jefe del Trabajo en la fe que tan autorizadas declaraciones merecen. Pero se aparta del parecer de que tales testimonios acrediten el requerimiento del pago mencionado en el artículo 2544, numeral 2º, del Código Civil, para la interrupción de una prescripción de corto término.

"El señor Jefe invoca las disposiciones ordinarias en esta materia, e insiste en que su aplicación debe ser completa. Sobre el significado del requerimiento dicho, cédese lugar a la Corte Suprema de Justicia:

'Una gestión privada de cobro no constituye un requerimiento legalmente hablando. En su sentido natural y obvio, requerimiento significa acto judicial por el cual se amonesta a que se haga o se deje de hacer alguna cosa. Requerir significa intimar, avisar o hacer saber una cosa con autoridad pública.' (Tomo 3º, número 3495).

"Concedido aún que la constancia dicha fue presentada oportunamente, no se cumplió la interrupción de que trata la disposición últimamente citada.

“Por lo expuesto, este Despacho *resuelve*:

“La Resolución número 202 citada, será efectiva solamente por trescientos sesenta pesos con diez centavos (\$ 360-10), suma que se reconoce en favor del señor Juan C. Lara por sus servicios durante ciento treinta y cinco días no hábiles, y que se pagará con cargo al capítulo 29, artículo 156 del Presupuesto vigente.”

Se reduce, pues, el problema planteado por la demanda a resolver si podía el Ministerio modificar los efectos de su primera resolución a pretexto de haber encontrado un vicio de legalidad que invalidara en parte el reconocimiento en favor de Lara.

Según los principios dominantes del Derecho Administrativo, las disposiciones de carácter general expedidas por los Ministros y demás funcionarios de la misma naturaleza, son susceptibles de revocación, modificación o reforma, en cualquier tiempo, no importa las situaciones jurídicas que hubieren creado durante su vigencia, ya se trate de situaciones objetivas o subjetivas. En estos casos la revocación o reforma puede hacerse por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o de simple conveniencia del servicio público. Pero no ocurre lo mismo en tratándose de actos que hubieran creado una situación jurídica individual y concreta, o de actos bilaterales de la administración. El derecho reconocido a favor de una persona por medio de un acto administrativo, no es susceptible de revocación o reforma una vez en firme la providencia correspondiente, aunque adolezca de un vicio cualquiera que la afecte en su fondo, pues en este evento, ya no puede actuarse por la vía administrativa, que, agotada, da paso a la vía jurisdiccional, que compete tanto a los particulares como a la administración, y que es la única eficaz para anular o revisar los actos de los funcionarios en los casos previstos por la ley. A este propósito es muy clara la jurisprudencia del Consejo de Estado contenida, entre otros fallos, en el de 14 de septiembre de 1937 (*Anales* números 257 a 262; pág. 776):

Dentro de los presupuestos procesales de esta acción aparece, como ya se dijo atrás, que la Resolución 202, de 26 de julio, no fue reclamada por Lara, en cuyo favor se creó un derecho y quien era, por consiguiente, el único que podía reclamarla; y que, por otra parte, tal providencia tuvo un principio de ejecución con la expedición de orden de pago por lo que era inmodificable la situación concreta del demandante por acto oficioso del mismo funcionario que otorgó el derecho, no obstante los vicios que pudieran afectar aquel reconocimiento pecuniario. El artículo 1º de la Ley 53. de 1909 preceptúa sobre el particular:

“Las resoluciones con carácter definitivo que dicten los Ministros del Despacho Ejecutivo, en asuntos de sus respectivos Ministerios, pueden ser reconsideradas y revocadas por los mismos funcionarios, a *petición del interesado respectivo, o de su apoderado, siempre que dicha petición se haga dentro del término de treinta días*, contados desde la fecha en que tales resoluciones hayan quedado notificadas.”

Quiere decir lo anterior, que aunque fuera jurídico el fundamento invocado en la Resolución 345, que declara extinguida por prescripción parte de la suma ordenada pagar al actor, tal pronunciamiento no estaba dentro de la esfera de competencia del Ministerio, por lo anteriormente expuesto; y que, por tanto, debe anularse por tales motivos la resolución acusada y restablecerse por el Consejo el derecho correspondiente, conforme lo solicita el demandante, y con aplicación del artículo 4º de la Ley 80 de 1935.

Mas si esto es así, en cambio para el Consejo resulta evidente que tanto la primera como la última resolución que reconocen al demandante el derecho al pago de la suma de que se trata, no se ajustan a las prescripciones legales que rigen el descanso dominical; aunque esta

afirmación se hace aquí sin que pueda ella entrañar modificación alguna en la situación particular de Lara, por la sencilla razón de que la Resolución 202 no es objeto de la demanda: ni su validez se ha impugnado dentro del juicio. Según los principios generales consagrados en la Ley 57 de 1926, la 72 de 1931 y en el Decreto 1278 del mismo año, los empleados u obreros de establecimientos industriales y sus dependencias, cualquiera que sea la índole del establecimiento, tienen derecho a un día de descanso después de seis días de trabajo, o cada seis días, el cual debe ser dado el día domingo. El personal exceptuado del descanso dominical tiene derecho a un descanso compensatorio equivalente, en la forma del artículo 2º de la Ley 57 de 1926. Las excepciones a la obligación de conceder el descanso dominical son las establecidas en la Ley 72 de 1931 y en el Decreto 1278 del mismo año.

El artículo 1º de éste dice así: "De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 72 de 1931, ninguna persona que tenga derecho para ello, podrá exigir ni aceptar el día domingo el concurso de otra para realizar o ejecutar trabajos intelectuales o materiales, salvo las excepciones expresadas en la Ley 72 de 1931 y en el presente Decreto"; y el artículo 10 preceptúa que los empleados y obreros que, ocasionalmente, por alguna de las causales enumeradas en los artículos 6º y 7º del mismo trabajaren en día domingo o en el día de descanso compensatorio podrán elegir entre una remuneración en dinero no menor del doble del salario ordinario, o un descanso compensatorio del trabajo realizado extraordinariamente.

Estas normas, que se refieren a los empleados y obreros de empresas particulares, comprenden solamente el día domingo y no los festivos distintos de éste, para los cuales no hay ni prohibición de trabajar ni derecho a doble remuneración por el trabajo que llegue a prestarse.

En cuanto a las personas que presten sus servicios en trabajos públicos de la Nación, los Departamentos o Municipios dispone el artículo 7º de la Ley 57 de 1926:

"El día de descanso, domingo u otro, en todos los trabajos realizados por cuenta de la Nación, de los Departamentos o de los Municipios, deberá ser remunerado, como también los demás de fiesta nacional o religiosa."

Y el artículo 1º del Decreto 222 de 1932, por el cual se reglamenta el descanso remunerado, establece el mismo principio en los siguientes términos:

"Todos los obreros ocupados en los trabajos que se realicen por cuenta de la Nación, de los Departamentos o de los Municipios, tendrán derecho, dentro de las condiciones establecidas en el presente Decreto, al descanso remunerado el día domingo y los demás días de fiesta nacional o religiosa."

Además, el artículo 3º prevé el caso de los empleados de empresas y obras de carácter oficial, con el objeto de regular lo que se refiere al descanso remunerado que se les acuerda en las disposiciones anteriores. Este estatuto reza así:

"Los empleados de sueldo mensual ocupados en las empresas y obras nacionales, departamentales y municipales, que debido a la índole del empleo que desempeñan tuvieren que trabajar los domingos o días de fiesta nacional o religiosa, tendrán derecho, a su elección, a que se les conceda el descanso compensatorio o una indemnización igual a la treintava parte de su sueldo."

Como se ve, las anteriores disposiciones se refieren todas a los obreros y empleados de empresas y trabajos públicos, y no a los empleados oficiales en general. Para éstos, según los estatutos del servicio, no hay obligación de trabajar en los días festivos, ni puede exigirseles tra-

bajo en dichos días. Los choferes de los Ministerios no están destinados a prestar sus servicios en empresas u obras públicas, y, por tanto, su situación no es la contemplada en las disposiciones que acaban de citarse. De otro lado, no está fuera de lugar hacer notar que aun en el caso de que pudiera asimilárseles a los empleados de empresas o trabajos públicos la sobrerremuneración correspondiente por sus servicios extras sería la de la treintava parte del sueldo que devenguen y no el reconocido por las resoluciones mencionadas tantas veces.

Por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, el Consejo de Estado, oído el concepto del Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º Declárase nula la Resolución número 345, de 29 de noviembre de 1938, proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público;

2º Ordénase el pago de la cantidad reconocida por la Resolución número 202, de 26 de julio de 1938, expedida por el mismo Ministerio a favor del demandante, señor Juan C. Lara.

Cópiese, publíquese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Ramón Miranda—Gonzalo Gaitán—Elias Abad Mesa—Con salvamento de voto, Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.

Salvamento de voto

Consejero, doctor

GUSTAVO HERNANDEZ RODRIGUEZ

Anteriormente a la existencia de las leyes sobre descanso dominical, ya estaba reglamentado el servicio público, el cual señalaba para los empleados las horas de despacho, con excepción de los domingos y días feriados. De donde un chofer de Ministerio, a quien se obliga a trabajar en día domingo, deriva el derecho a que se pague su servicio extra, no es de las leyes sobre descanso dominical; es de la norma que señala los domingos, días feriados y fiestas patrias como de descanso, porque dentro del sistema jurídico que rige en el país quien trabaja en días de descanso debe ser remunerado.

El proyecto de fallo, presentado por el suscrito, fue aceptado por la Sala, tanto en su parte motiva como en la resolutive, pero la mayoría creyó conveniente agregarle una exposición dirigida a probar que el chofer de un Ministerio, por no ser empleado u obrero de empresas nacionales, no tiene derecho al pago de una remuneración cuando se le hace trabajar en días feriados. Este concepto está contenido en el siguiente aparte del fallo en referencia, aparte del cual disiento:

“Como se ve, las anteriores disposiciones se refieren todas a los obreros y empleados de empresas y trabajos públicos, y no a los empleados oficiales en general. Para éstos, según los estatutos del servicio, no hay obligación de trabajar en los días feriados, ni puede exigirseles trabajo en dichos días. Los choferes de los Ministerios no están destinados a prestar sus servicios en empresas u obras públicas, y, por tanto, su situación no es la contemplada en las disposiciones que acaban de citarse. De otro lado, no está fuera de lugar hacer notar que aun en el caso de que pudiera asimilarseles a los empleados de empresas o trabajos públicos la sobrerremuneración correspondiente por sus servicios extras sería la de la treintava parte del sueldo que devenguen y no el reconocido por las resoluciones mencionadas tantas veces.”

Y ya había dicho, al empezar la parte que determina mi salvamento de voto:

“.....Mas si esto es así, en cambio para el Consejo resulta evidente que tanto la primera como la última resolución que reconocen al demandante el derecho al pago de la suma de que se trata, no se ajustan a las prescripciones legales que rigen el descanso dominical.”

Es posible que yo esté equivocado, pero tengo la impresión de que mis distinguidos colegas han separado y aislado las leyes sociales de interés en el presente caso para razonar sobre ellas, dejando de lado todas las demás, orgánicas del Estado.

Anteriormente a la existencia de leyes sobre descanso dominical, en la organización ya estaba reglamentado el servicio público, el cual señalaba para sus empleados las horas de despacho, *con exclusión de los domingos y días feriados*. Evidentemente no es de las leyes dictadas so-

bre el descanso dominical de donde un chofer de Ministerio a quien se obliga a trabajar el día domingo, deriva el derecho a que se pague su servicio extra; es, por el contrario, de la norma que señala los domingos, días feriados y fiestas patrias como días de descanso, porque un sencillo razonamiento nos lleva a la conclusión de que dentro del sistema jurídico que rige en el país, quien trabaja en días que son de descanso legalmente, porque así se lo solicita el Ministro o el jefe, debe ser remunerado.

Creo suficientes estas breves consideraciones para salvar mi voto.

Gustavo Hernández Rodríguez—Luis E. García V., Secretario.

Elección de Contralor Departamental

Consejero ponente, doctor
RAMON MIRANDA

La Ley 4ª de 1913, en su artículo 99, dispone que para que las elecciones que verifiquen las Asambleas Departamentales sean válidas, se requiere que sean hechas por la mayoría absoluta de los miembros presentes en la sesión correspondiente. Cuando en una elección de Contralor Departamental, nada hay que entrañe violación a esta regla legal, el acto, por este aspecto, no tiene vicio ninguno de nulidad.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto veinte de mil novecientos treinta y nueve.

El señor Camilo A. Echeverri C., vecino de Manizales, demandó ante el Tribunal Administrativo de esa ciudad la elección de Contralor Departamental y de sus suplentes, verificada por la Asamblea de Caldas el 28 de junio para el período que comenzó el 1º de julio de 1938.

La sentencia de primer grado, con la cual se puso fin al juicio ante el Tribunal, tiene fecha 7 de marzo de 1939, y en ella se decidió que no era el caso de anular el acto de la elección. Contra este fallo interpuso apelación para ante el Consejo de Estado el demandante Echeverri C., y habiéndose cumplido la ritualidad procedimental establecida en las leyes, va a decidirse del recurso, previas estas consideraciones:

El Tribunal, para pronunciar la sentencia recurrida, tuvo en cuenta:

1º Que el actor trajo extemporáneamente a los autos los documentos a que se refiere el artículo 55 de la Ley 130 de 1913, o sea la copia del acto acusado o el número del periódico oficial en el cual se hubiera publicado; y

2º Que aun en el supuesto de que la presentación de aquellas piezas se hubiera hecho dentro de tiempo, no tienen ellas los requisitos de forma necesarios para fundar su estimación legal.

A propósito del primer punto, la actuación del Tribunal se cumplió en la siguiente forma: la demanda fue presentada en el último día hábil del término señalado en el artículo 8º de la Ley 80 de 1935, sin que a ella hubiera acompañado el actor la copia del acto acusado ni la publicación en el periódico oficial, pero haciendo la solicitud de que el Tribunal la pidiera a la oficina correspondiente, mediante la aplicación del artículo 55, ya citado, de la Ley 130 de 1913.

El Magistrado sustanciador rechazó la demanda por tal motivo, y denegó la apelación interpuesta por el interesado dentro de tiempo, por lo que éste recurrió de hecho para ante el Consejo de Estado. Esta Superioridad, en auto de fecha 26 de agosto del año pasado, se abstuvo de conocer del recurso, pero observó la nulidad por incompetencia de jurisdicción, consistente en que el auto que denegó la admisión debió dictarse por el Tribunal y no por el sustanciador, e indicó el procedimiento adecuado para regularizar el trámite.

Vuelto el negocio al Tribunal, el mismo sustanciador, por proveído del 10 de octubre último, admitió la demanda e impuso la orden de solicitar a la Secretaría de Gobierno "copia autenticada de la proposición número 213, por la cual la Asamblea de Caldas, en su sesión del 28 de junio del corriente año (acta número 44) eligió Contralor del Departamento."

Sin embargo de esto, en la sentencia definitiva expresa el Tribunal, para demostrar la inoportunidad en la presentación del acto acusado, los mismos motivos que fundamentaron su primera providencia de inadmisión de la demanda, providencia que posteriormente fue sustituida por la de fecha 10 de octubre, ya citada, que decidió la admisión, como ya se dijo. Siendo esto así no había ocasión en la sentencia definitiva para entrar a considerar el mismo punto, que por estar contenido en un auto ejecutoriado, era ya ley del proceso.

No quiere el Consejo observar las irregularidades cometidas en el presente juicio, porque a nada conduciría esto, ya que se trata de cuestiones que no podrían ser subsanadas en el estado actual del juicio.

Tampoco es jurídica la segunda de las razones expuestas por el Tribunal para fundamentar su fallo, pues no es exacto que sea al Secretario de Gobierno del Departamento a quien corresponda por modo exclusivo la autenticación de los actos de las Asambleas Departamentales, como en el fallo se afirma. La autenticación de dichos actos cae dentro de las funciones normales del Secretario de la corporación, como es fácil comprender. Por lo demás, el problema suscitado ante el Tribunal se contrae a saber si la autenticación de la publicación oficial denominada *Anales de la Asamblea*, uno de cuyos ejemplares (el número 702, de fecha 15 de julio de 1938), en el cual corre publicada el acta de la sesión en que se hizo la elección que se acusa, y que aparece autenticado por el Jefe del Archivo, debe o no estimarse suficiente para acreditar la existencia de dicho acto. Para el Consejo el asunto no presenta duda alguna, pues prescindiendo del argumento de analogía hecho por el Tribunal, debe aplicarse directamente la norma del artículo 632 del Código Judicial que ordena a los encargados de los archivos expedir y autorizar las copias de los documentos que están bajo su custodia.

El antecedente jurisprudencial que invoca el Tribunal (sentencia del 19 de agosto de 1916) se refiere a un caso distinto, o sea a la autenticación del periódico oficial del Departamento, en el cual se publican las ordenanzas departamentales.

Sobre estas bases, entra el Consejo a examinar el fondo del negocio:

La acusación de la elección fue fundada por el actor en la forma que se lee en el siguiente pasaje del libelo de demanda:

.....El acto verificado por la honorable Asamblea de Caldas, en la elección que hizo para Contralor, principal y suplente, está afectado de nulidad por cuanto que en ella no se observaron las disposiciones legales que rigen la materia, para poder ser declarados electos principales y suplentes.

"Consta en el acta que en el recinto de la Asamblea se encontraban los diez y siete Diputados que la componen, habiéndose procedido a hacer la elección sin contarse con la mayoría absoluta de los que estaban presentes, es decir, la mitad más uno, habiéndose distribuido los votos entre los señores Braulio Botero Londoño, Emilio Latorre, Carlos Vásquez, Everardo Londoño y Roberto Quintero Garrido.

"Esa elección es nula porque de conformidad con lo estatuido en el artículo 99 del Código Político y Municipal se necesita la mayoría absoluta de los votos de los Diputados para que se pueda declarar electo un candidato en elecciones hechas por esas corporaciones, pues la falta

de uno o de dos de ellos hace nugatoria la declaratoria de este acto, pues además de no haberse observado este requisito, el sistema empleado por esa corporación es violatorio de las leyes sobre elecciones.

“Basado en estos hechos, y como estoy en tiempo hábil para ello, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 8º de la Ley 80 de 1935, vengo a pedir a este honorable Tribunal que previa la tramitación legal, y con previa notificación al Agente del Ministerio Público, haga las siguientes declaraciones:

“a) Que es nula, de nulidad absoluta, la elección de Contralor principal, primero y segundo suplentes, recaída en las personas de los señores Emilio Latorre, Carlos Vásquez y Roberto Quintero Garrido el día 28 del mes de junio último, por cuanto que no se reunieron los votos necesarios para tal elección, pues el sistema de elección también peca contra claras disposiciones de nuestra jurisprudencia.

“b) Que en consecuencia de esta declaratoria, es igualmente nula, de nulidad absoluta, la declaratoria de elección recaída en los señores ya mencionados por las anteriores consideraciones, pues además de esto el señor Quintero Garrido es primo hermano del Diputado señor Gustavo Arango Garrido, quien en tal calidad concurrió a esa sesión en el día mencionado, hechos todos verificados por la honorable Asamblea de Caldas en el día ya dicho.

“Para los fines legales consiguientes, pido se dé aviso al señor Gobernador de este Departamento de la admisión de esta demanda, a fin de que se abstenga de dar posesión a los señores nombrados para Contralor principal, Emilio Latorre; primer suplente, don Carlos Vásquez, y segundo suplente, don Roberto Quintero Garrido.

“No me ha sido posible adjuntar a la presente demanda el acta de la sesión a que me refiero, porque aún no ha sido publicada y no he podido conseguirla en la Secretaría de esa corporación, por lo cual solicito muy comedidamente a esta corporación se sirva solicitarla.”

De las pruebas producidas en la primera instancia (acta número 44, de 28 de junio de 1938, y diligencia de inspección ocular practicada por el Tribunal en los libros y otros documentos que reposan en la Asamblea de Caldas) resulta que en la indicada fecha se cumplió la elección de Contralor Departamental, la cual recayó en los señores Emilio Latorre A., Carlos Vásquez L. y Roberto Quintero G., como principal, primero y segundo suplentes, en su orden.

La Ley 4ª de 1913, en su artículo 99 dispone que para que las elecciones que verifiquen las Asambleas sean válidas se requiere que sean hechas por la mayoría absoluta de los miembros presentes en la sesión correspondiente.

Nada hay en la elección demandada que entrañe una violación a esta regla legal. En efecto, aparece de autos que la Asamblea de Caldas, en la designación de Contralor principal, funcionó con un número de 17 miembros, cuyos votos se distribuyeron en la forma siguiente: por Emilio Latorre, 9 votos; Braulio Botero Londoño, 7 votos, y Everardo Londoño, 1 voto. En la elección de primer suplente, el resultado fue el siguiente: por Carlos Vásquez L., 8 votos; Everardo Londoño, 8 votos. Dice el acta que “habiendo aparecido empatada esta votación, se procedió nuevamente a ella, y los escrutadores, honorables Diputados Arango Garrido y Jaramillo Montoya, informaron del siguiente resultado: por el señor don Carlos Vásquez L., 8 votos; por el señor don Everardo Londoño, 8 votos. Conocido este nuevo empate, el señor Presidente, de acuerdo con disposición reglamentaria, dispuso desempatar esta elección por la suerte, para lo cual se escribieron los nombres de los señores Carlos Vásquez y Everardo Londoño en distintas papeletas de igual ta-

maño y color, que fueron depositadas en una urna. El señor Director de Educación Pública, comisionado por la Presidencia para sacar la papeleta con el nombre del favorecido, informó que éste había sido el señor don Carlos Vásquez Latorre, pues previamente se había acordado que el beneficiado sería aquel cuyo nombre apareciera en la papeleta que se sacara primero de dicha urna”.

En cuanto al segundo suplente aparece que el señor Roberto Quintero G. obtuvo 8 votos contra 6 de Everardo Londoño, 1 de José Ocampo Marín y 1 en blanco. Como el voto en blanco debió ser acumulado al candidato que obtuvo la mayoría, la elección de éste es regular.

En esta forma el acto que se acusa, y por los cargos de la demanda, no tiene vicio ninguno de nulidad. Este mismo es el concepto del señor Fiscal de la corporación, contenido en su vista de fondo, el cual se acoge en el presente fallo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto de su Fiscal, confirma la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Ramón Miranda—Gonzalo Gaitán—Elias Abad Mesa—Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas. Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V., Secretario.

Creación de municipios

Consejero ponente, doctor
RAMON MIRANDA

Las Asambleas tienen la competencia necesaria para crear y suprimir Municipios dentro del territorio de su Departamento. Los actos de las corporaciones públicas están amparados por una presunción de legalidad, y sólo procede su suspensión provisional cuando manifiestamente aparecen en contradicción con la norma superior a la cual debió ajustarse su pronunciamiento.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre veinte de mil novecientos treinta y nueve.

La Asamblea Departamental de Bolívar expidió la Ordenanza número 14, de 10 de mayo del corriente año, por medio de la cual se crea el Municipio de San Pedro de Bolívar, formándolo con territorios segregados del Distrito de Sincé.

Contra los artículos 1º a 4º de esta Ordenanza presentó demanda de nulidad ante el Tribunal Administrativo de Cartagena el señor Diógenes Arrieta Arrieta, quien hizo uso de la acción pública; y habiéndose admitido la demanda, se negó la suspensión provisional de las disposiciones acusadas por auto del 28 de junio del presente año, confirmado por el de fecha 29 de junio.

Contra la providencia denegatoria de la suspensión provisional recurrió el actor para ante el Consejo de Estado, entidad que pasa a resolver lo que fuere del caso mediante las consideraciones que siguen:

Se tacha de nulidad la citada Ordenanza número 14, porque en concepto del demandante la Asamblea de Bolívar al expedirla no se ajustó a las prescripciones de la Ley 49 de 1931 que en su artículo 1º señala las condiciones que debe reunir un acto de la naturaleza del de que aquí se trata. Dijo así el señor Arrieta:

“Como estamos en presencia de una violación clara de la ley solicito del honorable Tribunal a que me dirijo la suspensión inmediata del acto demandado en consideración del perjuicio notorio que recibiría el Municipio de Sincé con la creación del nuevo Municipio, pues sufriría la inmediata merma de sus rentas y la mutilación de su territorio por un acto ilegal de la Asamblea. Por disposición del artículo 4º de la Ordenanza demandada, el Municipio de San Pedro comenzará a funcionar desde el 1º de junio venidero. Para evitar el desequilibrio del presupuesto del Distrito desmembrado y la consiguiente desorganización de su servicio público; para que no se altere el orden legal establecido; en suma, para que no funcione ilegalmente el supuesto Municipio de San Pedro, de Bolívar, por no ser viable jurídicamente hablando, la suspensión provisional que solicito se impone por imperativo categórico.”

Estima el Consejo que habiéndose hecho uso de la acción pública, única que compete dada la índole del acto acusado, el perjuicio notoriamente grave que puede aquél acarrear no puede ser otro distinto del de

una perturbación del orden jurídico objetivo. De donde resulta que la invocación del daño que pudiera sufrir el Municipio de Sincé no es procedente en el presente caso, tanto por razón de la acción escogida, cuanto porque quien la ejercita no tiene la representación legal de aquel Distrito.

Sabido se tiene que los actos de las corporaciones públicas están amparados por una presunción de legalidad, y que sólo procede la suspensión provisional cuando manifiestamente aparecen en contradicción con la norma superior a la cual debió ajustarse su pronunciamiento.

Las Asambleas tienen por mandato legal la competencia necesaria para crear y suprimir Municipios dentro del territorio de su Departamento, ciñéndose a las reglas establecidas en la misma Ley. Así, pues, la decisión sobre si se han cumplido o no por parte de la Asamblea los presupuestos legales obligatorios, es materia que corresponde al fondo del negocio, una vez que se hayan hecho valer los elementos de prueba necesarios para destruir la presunción impuesta por la ley en favor de la juridicidad del acto.

Las pruebas acompañadas por el actor con el libelo de demanda, consistentes en certificaciones del Juez Municipal sobre no autenticación de las firmas acompañadas a la solicitud para la creación del Municipio, y la del Tesorero sobre el producido de las rentas, no pueden ser suficientes para que por la jurisdicción competente se decreta la suspensión de la Ordenanza; y el Tribunal, por tanto, hizo bien al no tenerlas en cuenta. Estas pruebas no podrían apreciarse en contra de las que tuvo a la vista la Asamblea para proferir la Ordenanza que se acusa, sino en la oportunidad señalada por la ley para tal efecto. Se desprende de aquí que la orden de suspensión no puede jurídicamente dictarse, tratándose del ejercicio de una acción pública sino cuando del contexto del acto que se acusa resulta una violación clara de un precepto superior.

Estas elementales consideraciones son suficientes para resolver el recurso interpuesto, sin lugar a modificar la providencia del inferior.

En tal virtud, el Consejo de Estado no accede a revocar y por el contrario confirma el auto de fecha 28 de junio del presente año, proferido por el Tribunal Administrativo de Cartagena en el juicio de nulidad de la Ordenanza número 14 del presente año.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Ramón Miranda—Gustavo Hernández Rodríguez—Eliás Abad Mesa—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Gonzalo Gaitán—Luis E. García V., Secretario.

Exoneración de responsabilidad

Consejero ponente, doctor
RAMON MIRANDA

Las disposiciones que rigen la actividad fiscal establecen claramente los casos de responsabilidad de los empleados de manejo y aquellos en que quedan exonerados de responsabilidad cuando efectúan pagos en obediencia a órdenes de autoridad superior. Sobre el particular estatuyen reglas, entre otras disposiciones, la Ley 64 de 1931, en su artículo 43, y el Decreto 911 de 1932, cuyo artículo 27 establece que ningún funcionario quedará relevado de responsabilidad por haber obedecido órdenes de autoridad superior, en lo relativo al pago o manejo de fondos, "salvo el caso de insistencia comprobada".

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos treinta y nueve.

Ha venido en apelación el auto de fenecimiento número 423, de 2 de marzo del corriente año, dictado por la Contraloría General de la República contra el ex-Tesorero General de Rentas Intendenciales del Chocó, señor Juan J. Carrasco.

El negocio ha sido tramitado conforme al procedimiento establecido en el Acuerdo número 1 de 1926, y va a resolverse definitivamente, para lo cual se hace una relación de sus antecedentes.

Por fenecimiento número 423, el señor Juan J. Carrasco fue declarado responsable por la cantidad de \$ 200.00, que se le elevaron a alcance por la Contraloría General de la República en su carácter de Tesorero General de Rentas Intendenciales del Chocó, en las cuentas correspondientes al mes de septiembre de 1937.

Contra esta providencia solicitó reposición el responsable y para el caso de que no se le descargara del alcance, interpuso apelación para ante el Consejo de Estado. La Contraloría, en providencia número 1035, del 6 de junio último, reformó su primera decisión, en el sentido de reducir el alcance deducido a la cantidad de \$ 105.90 que dejó a cargo de Carrasco y le concedió la apelación interpuesta.

El cargo de \$ 200.00 le fue deducido por la Oficina de Control al ex-Tesorero del Chocó porque en las cuentas correspondientes al mes de septiembre de 1937 aparece sin legalizar el avance que por esta cantidad se hizo al ex-Intendente doctor César Arriaga para viáticos y movilización en la visita oficial que practicó este funcionario a la Provincia de San Juan. De la expresada suma de \$ 200.00, encontró la Contraloría que se habían legalizado \$ 94.10, mediante la orden de pago número 5393121; y, por tanto, quedaron pendientes \$ 105.90, que se dejaron a cargo del empleado pagador por falta de legalización.

En las providencias que el Consejo revisa por apelación, reconoce la Contraloría que medió insistencia por parte del Secretario de Hacienda de la Intendencia, pero al mismo tiempo sostiene que esta circunstan-

cia no eximia al Tesorero de reclamar de aquél los comprobantes del gasto, "ni de hacer efectivo el compromiso estipulado por parte del interesado en el comprobante o recibo del avance, de descontárselo de sus sueldos posteriores, en caso de no entregar los comprobantes del gasto oportunamente." Aparece transcrito en el auto número 1035, ya mencionado, el texto del recibo suscrito por el doctor César Arriaga, por la cantidad de \$ 200.00 en el cual se expresa que recibe esta suma como avance y por concepto de viáticos y movilización para la visita oficial de que se habló, y que legalizará el gasto a su regreso, o sea dentro del término de veinte días, autorizando al Tesorero para reintegrar esa suma a la Caja, tomándola de sus sueldos, si no la legalizare oportunamente.

Dice la Oficina de Control a propósito de estos hechos, para fundamentar su auto, lo que en seguida se copia:

"En el mes de octubre de 1937, con fecha 28, entregó también por avances al mismo Intendente; la suma de \$ 250.00 por concepto de viáticos y movilización en la visita a la costa del litoral Pacífico. Cobrados así y entregados por el mismo responsable, viáticos para otra visita, y en mora por tanto de legalizar los anteriores conforme al compromiso que adquirió dicho Intendente con el Tesorero según el documento transcrito, ha debido proceder éste a descontarle de su sueldo de octubre el valor del avance o sea la suma de \$ 200.00 o el saldo que por ese concepto estuviera pendiente de legalizar, pues no se explica cómo se acumulaban los avances pendientes de legalizar, por concepto de viáticos en distintas visitas oficiales, sin que el responsable cumpliera la facultad o compromiso del interesado, de descontarle oportunamente de sus sueldos los valores que no hubiere legalizado. Ese comprobante no fue otra cosa que una garantía para respaldar los intereses del Gobierno, al encargado de manejarlos; luego hubo negligencia por parte de éste, que le acarrea responsabilidad, mientras no demuestre lo contrario, o sea las causas que le impidieron hacer el descuento, o si al interesado doctor Arriaga se le quedan a deber sueldos, que responden de la deuda que contrajo al recibir avances por viáticos que no se causaron.

En relación con los viáticos del citado mes de octubre para la visita del Intendente a la costa del litoral Pacífico, y cuyo valor se elevó a alcance en contra del responsable, también se especificó en el comprobante o recibo del Intendente doctor Arriaga, que el Pagador podía descontárselos de sus sueldos, si al regreso de la visita no presentaba los comprobantes para legalizar el avance; pero como en este caso, el citado Intendente fue destituido del cargo por el Gobierno, cuando se hallaba fuera de la Intendencia practicando la visita, quedó el Tesorero en imposibilidad de hacer dicho descuento, y, como en el egreso por tal avance medió igualmente, la insistencia del Secretario de Hacienda como ordenador, este Despacho relevó al cuentadante de dicho alcance, en la cuenta de octubre de 1937, y dispuso pasar copia de la respectiva providencia al Ministerio de Hacienda a efecto de que por conducto de la Procuraduría General de la Nación, se iniciara el cobro del caso al doctor César Arriaga.

Esta aclaración se hace, para establecer que aunque se trata de dos casos de la misma naturaleza, la conclusión a que se llega en este negocio, dejando en vigor el alcance, se funda en que el responsable omitió descontar del sueldo del Intendente, como se estipuló en el comprobante de egreso, el valor de lo que no legalizara a su llegada a la capital de la Intendencia, el interesado doctor Arriaga."

En la contestación que el responsable dio al aviso de observaciones que le fue formulado en relación con esta glosa, manifestó: que el gasto había sido ordenado por la Secretaria de Hacienda de la Intendencia, que es la oficina ordenadora; que en su carácter de Pagador, había protestado del gasto negándose a hacerlo; y que sólo lo había verificado

mediante la insistencia del Secretario de Hacienda. En el expediente aparecen los oficios cruzados entre las dos oficinas y evidentemente resulta de allí el rechazo de la Tesorería y la insistencia del ordenador. En cuanto a las gestiones que hubiera hecho para obtener la legalización o el reintegro de las sumas dadas en avance, el responsable niega que hubiera procedido con negligencia, pues aunque no estaba obligado a ello hizo todo cuanto estuvo a su alcance para conseguir aquellos fines. A este respecto hace valer un certificado del actual Secretario de Hacienda, con el cual comprueba esta afirmación. Agrega el cuentadante que por haber sido destituido el doctor Arriaga del cargo de Intendente le fue imposible hacerle ningún descuento de su sueldo, para cubrir las sumas suministradas a título de avances y que no alcanzaron a ser legalizadas. Dice sobre el particular:

"... Y hoy os remito el certificado adjunto, del señor Secretario de Hacienda, con el cual compruebo, que si hizo él gestiones, y yo también, aun después de dejar yo el cargo de Tesorero, para obtener la legalización; y pruebo también que el señor Arriaga fue destituido en octubre de 1937, cuando estaba en visita en la Costa del Pacífico, y no volvió más a esta ciudad. Y en tales circunstancias no tenía sueldos para deducirle yo, como dice el señor Contralor. Y si en el mes de septiembre, no reintegró de su sueldo, no fue porque yo no se lo exigiera al señor Arriaga, Intendente. Si se lo exigí, precisamente cuando se me dio la orden para el *avance* del mes de octubre, o sea el 21 de septiembre de 1937; pero esta exigencia mía, fue hecha personalmente a dicho mandatario, quien me manifestó: que no le retirara de esa quincena, porque necesitaba esos valores para sus gastos personales, y porque 'él dejaba todos los documentos del caso,' en la Secretaría de Hacienda para legalizar dicho avance. Y como la Secretaría de Hacienda me confirmó esas aseveraciones del señor Arriaga como Intendente y mi superior, yo no podía dudar de ellas, y *por eso pagué* la última quincena de sueldo de septiembre. Después, no teniendo ya sueldos y habiendo sido destituido, de dónde le podía yo hacer deducción?"

De la anterior relación se desprende claramente:

1º Que el pago de la cantidad de \$ 105.90 se hizo verdaderamente por la Tesorería y que tuvo por objeto un servicio público;

2º Que esta oficina rechazó el pago y que el funcionario autorizado legalmente para ello insistió en el cumplimiento de la orden de pago que había dado.

Ahora bien: las disposiciones que rigen la actividad fiscal establecen claramente los casos de responsabilidad de los empleados de manejo y aquellos en que quedan exonerados de responsabilidad cuando efectúan pagos en obediencia a órdenes de autoridad superior. Sobre el particular estatuyen reglas, entre otras disposiciones, la Ley 64 de 1931, en su artículo 43, y el Decreto 911 de 1932, cuyo artículo 27 establece:

"Ningún funcionario, empleado o agente del Gobierno quedará relevado de la responsabilidad que le incumbe conforme a este Decreto y a las demás disposiciones legales por haber obedecido órdenes de autoridad superior en lo relativo al pago o manejo de fondos u otros bienes de que sea responsable, *salvo en el caso de insistencia comprobada.*"

El argumento que la Contraloría formula de que el ex-Tesorero del Chocó, para ampararse con el mandato legal en cita, provocaba siempre la insistencia del funcionario ordenador, no es suficiente para llevar al ánimo del Consejo la responsabilidad de aquel empleado, porque para ello sería necesario haber demostrado primero que con tal sistema se habían producido descubiertos en una o más cuentas de aquella oficina, lo que no aparece de autos.

De otro lado, la facultad otorgada por el ex-Intendente para que se le descontara de sus sueldos el valor de los avances que no llegaran a comprobarse debidamente, no implica —a juicio del Consejo— el cumplimiento de una formalidad legal cuyo desconocimiento haga responsable al Pagador, sino una exigencia de éste con el objeto de que el empleado que recibe fondos públicos para gastos de la naturaleza de la que aquí se contempla tome el mayor interés en allegar los comprobantes requeridos para la justificación de las cuentas. Además en el presente caso obró la circunstancia especial de que habiéndose suministrado al Intendente los fondos de que se trata a fines del mes de septiembre fue destituido en octubre, lo que en cierta manera explica que no se le hubiera descontado de sus sueldos el valor de la partida que ahora se glosa.

Por todas estas razones el Consejo de Estado se aparta de las conclusiones a que llegó la Contraloría en la providencia objeto del recurso. En consecuencia, el Consejo de Estado administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca el auto apelado y en su lugar fenece sin alcance la cuenta del ex-Tesorero de Rentas Intendenciales del Chocó, correspondiente al mes de septiembre de 1937, de la responsabilidad del señor Juan J. Carrasco.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Tulio Enrique Tascón—Ramón Miranda—Gonzalo Gaitán—Elias Abad Mesa—Gustavo Hernández Rodríguez—Guillermo Peñaranda Arenas—Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V., Secretario.

Agencias de negocios

Consejero ponente, doctor

GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

No basta que una persona ejerza determinada actividad comercial, para que pueda decirse que tiene agencia de negocios. Es necesario que al lado de este elemento exista otro material, que constituya el centro o asiento de las gestiones comerciales. Faltando cualquiera de estos dos elementos, que integran la noción de agencia de negocios, no puede decirse que ella exista, y el gravamen que recaiga sobre uno solo de esos elementos, las actividades de las personas, por ejemplo, es ilegal y por tanto debe anularse.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto veintidós de mil novecientos treinta y nueve.

El señor Roberto Arango A., ejercitando conjuntamente la acción pública y la privada, demandó ante el Tribunal Administrativo de Medellín, la nulidad de los siguientes actos expedidos por el Concejo de dicho Municipio:

Acuerdo número 19 de 1938 y Resolución de 26 de julio del mismo año, en la parte que fija al demandante un impuesto mensual de cincuenta pesos. Igualmente solicitó la suspensión provisional de los actos acusados.

El Tribunal *a quo* en auto de fecha 3 de noviembre último, negó la suspensión solicitada, porque a la demanda sólo se acompañó copia de los artículos 1º y 6º, y además porque no aparecía demostrado el perjuicio que sufría el actor.

Durante el término de prueba se trajo a los autos, debidamente autenticado un ejemplar de la *Crónica Municipal*, órgano especial del Concejo de Medellín, en el cual está publicado el Acuerdo demandado.

Surtida la tramitación de rigor en la primera instancia, el Tribunal falló del modo siguiente, con salvamento de voto del Magistrado Francisco Luis Ortiz:

“1º Son nulos los artículos 1º y 2º del Acuerdo número 19 de 18 de febrero de 1938, expedido por el Concejo Municipal de Medellín;

“2º Es nula el acta número 45 de fecha 26 de junio de 1938, aprobada por el Concejo Municipal de Medellín, pero únicamente en la parte que dice: ‘Roberto Arango \$ 50.00’;

“3º Niéganse las demás peticiones de la demanda.”

Contra esta sentencia, interpuso oportunamente el señor Fiscal 1º del Tribunal Superior, recurso de apelación, motivo por el cual, ha venido el negocio al Consejo, donde se procede a resolverlo definitivamente, previas las siguientes consideraciones:

Como la apelación se entiende interpuesta únicamente en lo desfavorable (artículo 494 del Código Judicial), a esta corporación sólo corresponde estudiar las disposiciones que fueron anuladas por el inferior y que son del tenor siguiente:

“Artículo 1º. Toda persona natural o jurídica o asociación que esté ejerciendo o éntre a ejercer alguna actividad industrial, comercial o ne-

gocio en el Municipio de Medellín, pagará al Fisco municipal un impuesto cuya cuantía será fijada por la Junta de Impuestos Municipales de manera que guarde relación con la clasificación contenida en el artículo 23 del Acuerdo número 236 de 1933.

"Artículo 2º Los establecimientos de pequeña actividad industrial o de comercio que no requieran un capital superior a mil pesos (\$ 1.000.00) moneda legal, no pagarán sino el valor de la inscripción que será de un peso (\$ 1.00).

"Parágrafo. Se exceptúan los establecimientos donde se expendan libros, las prenderías, negocios de compraventa y las casas y unidades de juegos permitidos, que pagarán la inscripción y el gravamen periódico señalado, cualquiera que sea su capital y monto del movimiento."

Como se ve, dos clases de impuestos se crean en los artículos transcritos: uno, que recae directamente sobre las actividades comerciales o industriales de las personas naturales o jurídicas, y otro que grava los establecimientos comerciales o industriales.

Para estudiar la legalidad de estos tributos, es preciso examinar las facultades de los Cabildos en materia impositiva. Al respecto, el artículo 169 del Código Político y Municipal invocado por el Concejo de Medellín para dictar el acuerdo en mención, entre otras atribuciones, confiere a los Cabildos, la de establecer gravámenes dentro de los límites señalados por la ley y las ordenanzas. De manera que el ejercicio de esta facultad no es arbitrario, sino que está sometido a las normas fijadas por el legislador y por las correspondientes Asambleas Departamentales.

Ahora bien: la Ley 97 de 1913, en armonía con la 84 de 1915, faculta a los Municipios para imponer determinadas contribuciones; entre las cuales se encuentra la contenida en el ordinal f) del artículo 1º, que dice:

"Impuesto de patentes sobre carruajes de todas clases y vehículos en general, incluidos los automóviles y velocipedos; sobre establecimientos industriales en que se use máquinas de vapor o de electricidad, gas o gasolina; sobre clubes, teatros, cafés cantantes, cinematógrafos, billares, circo, juegos y diversiones de *cualquiera clase, casas de préstamo y empeño, pesebreras, establos, corrales, depósitos, almacenes y tiendas de expendio de cualquier clase.*"

De modo pues que el artículo 2º del Acuerdo número 19, procede del ejercicio legal de la facultad contenida en el texto citado, ya que en dicha disposición se contempla un gravamen relacionado con establecimientos que se ocupan en negocios de compraventa, etc., establecimientos que como se acaba de ver, están expresamente comprendidos entre aquellos que al tenor de la disposición transcrita, pueden ser materia de un arbitrio fiscal para las Municipalidades. Por ello no se explica la anulación que de dicha disposición hizo el Tribunal de primera instancia, máxime si se tiene en cuenta que en la parte motiva del respectivo fallo, no se hizo un solo argumento que viniera a demostrar la violación que el contenido de dicho artículo hiciera de las normas superiores. Para el Consejo de Estado es clara la legalidad del texto comentado, porque se ciñe estrictamente a las disposiciones legales que regulan la materia.

No sucede lo propio con el artículo 1º, porque los Municipios no están facultados expresa ni implícitamente por la ley, para gravar las actividades comerciales o industriales de las personas naturales o jurídicas. A esta conclusión nos lleva el análisis atento y cuidadoso de los estatutos legales que han autorizado a los Distritos para establecer contribuciones, con las cuales puedan atender a los servicios municipales.

No siendo, pues, en virtud de la ley, que el Acuerdo número 19, en la parte que se estudia fue dictado, precisa estudiar lo que al respecto.

dispongan las ordenanzas expedidas por la Asamblea de Antioquia, para saber si para tomar la medida de que se trata, el Cabildo de Medellín estaba facultado por la Corporación Departamental.

A este respecto, la Ordenanza número 50 de 1919, citada por el Tribunal *a quo* en el fallo que se revisa, dispone en su artículo 52, ordinal a), que además de los impuestos en ella señalados, los Municipios pueden gravar las agencias de negocios.

En presencia de esta disposición, precisa definir el alcance de la expresión empleada por la Ordenanza número 50 para concluir si el impuesto contemplado en el artículo 1º que recae sobre las actividades comerciales o industriales de las personas, está permitido por la Asamblea del Departamento.

No basta que una persona ejerza determinadas actividades comerciales, para que pueda decirse que tiene una "agencia de negocios." Para que ello suceda, es necesario que al lado de este elemento, exista otro, material de suyo, que constituya el centro o asiento de las gestiones comerciales. Faltando cualquiera de estos dos elementos que integran la noción de "agencia de negocios" no puede decirse que ella exista, y en tales condiciones, el gravamen que recaiga solamente sobre uno de ellos, en este caso, las actividades de las personas, es ilegal, y por tanto debe anularse.

Y que en el caso en estudio el gravamen versa únicamente sobre las actividades comerciales del señor Arango, queda establecido con la propia negativa a la exención del impuesto, en la cual se dice textualmente que no se accede a ella, hasta cuando compruebe plenamente que ha terminado en su totalidad las actividades que originaron el impuesto.

Es pertinente al respecto la siguiente doctrina del Consejo:

"Ni la ordenanza departamental que autoriza a un Municipio para crear el impuesto sobre los establecimientos de comercio denominados agencias de negocios, ni el acuerdo municipal que hace uso de tal autorización, pueden gravar las actividades personales o profesionales en sí mismas; el impuesto debe recaer sobre una relación jurídica precisa entre el local o el establecimiento de negocio y la actividad comercial, pero no sobre esta última, considerada aisladamente." (Sentencia de 24 de febrero de 1937. Tomo XXX, *Anales* números 245 a 250, página 403).

Bastan estas razones para llegar a la conclusión forzosa de que el impuesto establecido por el artículo 1º del Acuerdo número 19 de 1938, que grava las actividades comerciales o industriales de las personas naturales o jurídicas, es ilegal y que, por tanto, debe confirmarse en esta parte, la sentencia recurrida.

Aunque el señor Fiscal de la corporación, en su vista de fondo, conceptúa que debe sostenerse la nulidad pronunciada por el Tribunal, ésta debe concretarse únicamente al artículo 1º por lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

En virtud de las consideraciones expuestas, el Consejo de Estado, oído el concepto de su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *falla*: Refórmase la sentencia recurrida en el sentido de declarar que no es nulo el artículo 2º del Acuerdo número 19 de 1938, dictado por el Concejo Municipal de Medellín y se confirma en todo lo demás.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón—Guillermo Peñaranda Arenas—Eliás Abad Mesa—Gonzalo Gaitán—Carlos Rivadeneira G.—Ramón Miranda—Gustavo Hernández Rodríguez—Luis E. García V., Secretario.

Actos aprobatorios de contratos

Consejero ponente, doctor

GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

Escapa a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa todo lo que se relaciona con las estipulaciones de un contrato, debiendo entenderse por tal no sólo el cuerpo que contiene las cláusulas respectivas sino los actos que las aprueban, actos que, considerados aisladamente, no producirían efecto alguno.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto veintitrés de mil novecientos treinta y nueve.

El señor José Antonio Cabrera, en ejercicio de la acción pública, demandó ante el Tribunal Administrativo de Pasto, la nulidad de las Resoluciones número 79 de 1938 dictada por el Concejo Municipal de dicha ciudad, y la proferida por la Gobernación del Departamento, con fecha 20 de septiembre del mismo año, por medio de las cuales se aprobó el contrato celebrado entre el señor Personero Municipal y el señor Pedro Vallejo Peláez, sobre arrendamiento al segundo de un edificio de propiedad del referido Distrito.

El Tribunal *a quo*, en auto de fecha 17 de octubre del año pasado, suspendió provisionalmente los actos acusados, conforme lo había pedido el actor en su libelo. De esta providencia apeló el Personero para ante el Consejo, el cual desató el incidente, revocando la providencia recurrida y declarando en su lugar que no era el caso de decretar la suspensión solicitada.

Agotada la tramitación de rigor en la primera instancia, el Tribunal falló en forma adversa a las pretensiones del actor. Contra esta sentencia, interpuso el demandante, oportunamente, recurso de apelación, por lo cual ha venido el negocio al Consejo, donde se procede a resolverlo, previas las consideraciones siguientes:

Las razones de derecho en las cuales basa su acusación el actor, pueden concretarse así:

1º Los actos demandados son contrarios a la Ley 34 de 1923, sobre formación y fuerza restrictiva del Presupuesto;

2º A la Ordenanza 24 de 1926, en cuanto dispone que los contratos que celebren los Municipios deben someterse previamente, cuando su cuantía exceda de quinientos pesos a la formalidad de la licitación pública; y

3º Al Decreto número 1779 de 1927 que prohíbe que en los locales de las escuelas se verifiquen actos como bailes, diversiones y espectáculos públicos.

Como la materia *sub judice*, la constituyen dos resoluciones que aprueban un contrato, precisa definir ante todo, la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de este asunto.

El Tribunal *a quo*, resolvió el punto en forma afirmativa y abocó el estudio de fondo, con fundamento en la siguiente jurisprudencia del Consejo de Estado:

“En estos Acuerdos aprobatorios de contratos, es preciso distinguir entre lo que significa el Acuerdo en sí mismo, como acto administrativo emanado del Concejo Municipal en ejercicio de sus funciones legales de entidad de derecho público, y lo que hace relación al contrato que se aprueba por medio del Acuerdo y que crea vínculos jurídicos para el Municipio en su calidad de persona de derecho privado.

“Porque de lo que se refiere al Acuerdo en sí mismo, es únicamente donde puede resultar una inexecutable, es decir, la nulidad en derecho público por la disconformidad del acto del Municipio con la Constitución, la ley y las ordenanzas, o como lesivo de los derechos civiles; ya que los Concejos están facultados, en tesis general, para autorizar a sus Personeros en la celebración de contratos o también para rechazar o aprobar los que ellos celebren. Pero los vicios que afecten el contrato no originan inexecutable de la clase anotada en punto al Acuerdo, sino que esos vicios pasan a la categoría de irregularidades u omisiones en los requisitos establecidos por la ley para la celebración de contratos, lo cual es materia de la nulidad relativa al derecho civil en el derecho privado.

“Ahora como aquella inexecutable de derecho público referente a los Acuerdos de los Concejos Municipales corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, según los artículos 38, ordinal a) y 72 de la Ley 130 de 1913, bien está que el Tribunal de Cartagena procediera —porque tenía competencia—, al conocimiento de la acción intentada contra el Acuerdo número 19 de 1926 para declarar una inexecutable de esta especie, en el evento de que la hubiese encontrado.”

Pero es indiscutible anotar que tal doctrina está revaluada por el Consejo en el sentido de que son inaceptables las demandas contra resoluciones de este carácter cualesquiera que sean los vicios de que adolecen máxime cuando, como en el presente caso, se trata de irregularidades que afectan al contrato en sí mismo. En efecto, el libelo versa sobre vicios en su celebración, tal como se desprende del texto de la demanda, en la cual se lee literalmente que, “*la nulidad se funda en la ilegalidad del contrato celebrado.*” Pero tal pronunciamiento a propósito de un contrato compete, de acuerdo con los principios que informan la legislación en vigor, al Órgano Judicial del Poder Público.

Esta corporación en casos semejantes al presente, se ha decidido por la inhibitoria, ya que lo contrario equivaldría a invalidar un contrato, mediante un juicio del cual estaría ausente el contratista, con violación expresa de la excepción consagrada por la ley, que remitió al conocimiento de la justicia ordinaria tales negocios.

A este respecto, el Consejo definió en un caso análogo el punto materia de la controversia, cuando dijo:

“El ordinal g) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913 establece la inhibitoria de los Tribunales Administrativos para conocer de las demandas de revisión de resoluciones de empleados del orden departamental que se originan en contratos celebrados en nombre de una entidad política distinta del Estado, pues las acciones contra esas providencias sólo se ejercitan ante la justicia ordinaria.” (Sentencia de 23 de febrero de 1934. Tomo XXVI, número 218, página 893).

Pero si se observara que no se trata de un recurso interpuesto contra resoluciones que se originan en contratos celebrados en nombre de una entidad pública distinta del Estado, por cuanto las demandas se limitan únicamente a la aprobación de un contrato, se replicaría igualmente con la doctrina del Consejo que ha considerado tal aprobación como inherente al contrato mismo. Dijo: “Los Tribunales de lo Contencioso Administrativo carecen de jurisdicción para conocer de las demandas de nulidad contra las Ordenanzas que aprueban contratos celebrados por los Departamentos y contra los Acuerdos que

aprueban contratos celebrados por los Municipios, por cuanto tales actos forman parte integrante de los respectivos contratos, y la nulidad de éstos corresponde estudiarla a la justicia ordinaria, y no a los Tribunales Administrativos, conforme al inciso g) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913 y a las demás disposiciones legales que señalan la jurisdicción." (Sentencia de 21 de abril de 1933. Tomo XXV, números 205 a 208, página 747).

Dedúcese de todo lo dicho que escapa a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, todo lo que se relacione con las estipulaciones de un contrato, que se estimen contrarias a las normas legales, debiendo entender por tal, no sólo el cuerpo que contiene las cláusulas respectivas, sino los actos que las aprueban, y que considerados aisladamente no producirían efecto alguno.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca el fallo apelado, y en su lugar declara que no corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las resoluciones acusadas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

*Tulio Enrique Tascón—Guillermo Peñaranda Arenas—Gonzalo Gaitán.
Elias Abad Mesa—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V., Secretario.*

Suspensión provisional

Consejero ponente, doctor

GUILLERMO PENARANDA ARENAS

Para decretar la suspensión provisional, no es suficiente que el acto ocasione cualquier daño, sino un daño grave que no proceda de una actividad legal, pues cuando la medida tiene asidero en la ley no puede jurídicamente invocarse el perjuicio.

Cuando un acuerdo municipal contiene disposiciones de policía, que según el actor sólo corresponde dictar a las Asambleas Departamentales, y que para el Tribunal "a quo" si están comprendidas dentro de las atribuciones de los Concejos, la manera de plantearse la controversia, el alcance de las normas contrapuestas, indican al juzgador que no es el caso de pronunciarse por la suspensión, que sólo procede cuando la violación de la Constitución o de la ley no puede remitirse a duda.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto veinticuatro de mil novecientos treinta y nueve.

Ante el Tribunal Administrativo de Bucaramanga, demandó el señor Luis G. Estévez, con fecha 9 de junio del año en curso, la nulidad del Acuerdo número 6 de 1939, expedido por el Concejo Municipal de Barrancabermeja, que es del tenor siguiente:

"ACUERDO NUMERO 6 DE 1939

(marzo 24)

por el cual se excluye una parte de la ciudad para habitaciones de mujeres públicas, se dictan disposiciones sobre moralidad y buenas costumbres, se señalan las penas a los infractores del presente Acuerdo y se derogan unas disposiciones.

"El Concejo de Barrancabermeja,

en uso de sus atribuciones legales y en especial de las conferidas por las leyes 89 y 195 de 1936 y 68 de 1938,

ACUERDA:

"Artículo 1º Prohíbese terminantemente a las mujeres públicas residir en el área de esta ciudad comprendida entre las carreras 1ª o *Matecón* y 10 en todas sus calles y carreras.

"Parágrafo. Es entendido que tampoco podrán residir mujeres de vida pública a una distancia menor de establecimientos públicos o privados de educación y beneficencia, ni podrán existir a distancias menores de la indicada, cantinas, bares, o cualquiera otra clase de coreográficos.

"Artículo 2º Queda igualmente prohibido a los dueños de hoteles, restaurantes, pensiones y expendios de licores dentro de la zona señalada en el artículo primero (carreras 1ª a 10 del plano de la localidad), admitir la concurrencia de mujeres públicas en los establecimientos de su cargo.

"Artículo 3º Asimismo se prohíbe a las mujeres públicas transitar en estado de embriaguez dentro del área debidamente indicada en el artículo 1º

"Artículo 4º A los conductores de vehículos les queda asimismo prohibido conducir a las mencionadas mujeres en estado de embriaguez, o cantando, o ejecutando actos obscenos, o contrarios a la moralidad y buenas costumbres, dentro del área indicada. Concédese plazo de 30 días contados a partir de la promulgación de este Acuerdo, para el cumplimiento de todos y cada uno de los artículos contenidos en él.

"Artículo 6º Los contraventores a las disposiciones del presente Acuerdo serán castigados con penas de \$ 10.00 de multa por primera vez, con la de diez días de arresto inmutable por la segunda, y con la de \$ 50.00 por la tercera.

"Parágrafo. Con iguales penas serán castigados los individuos que den en arrendamiento dentro del área antes determinada, inmuebles para que residan continua o eventualmente en ellos las mujeres a que alude el presente Acuerdo.

"Artículo 7º Si vencidos los treinta días de plazo concedidos por el artículo 5º y las mujeres públicas no hubieren dado cumplimiento a lo mandado, la Alcaldía les impondrá multas sucesivas de dos pesos (\$ 2.00) por cada día corrido desde el vencimiento del lapso fijado.

"Artículo 8º El Alcalde, como Jefe de la Policía en el Municipio queda facultado para vigilar y hacer que se cumplan todas y cada una de las disposiciones contenidas en este Acuerdo.

"Artículo 9º Derógase en todas sus partes el Acuerdo número 14 de fecha 4 de agosto de 1924 y todas las demás disposiciones de este Cabildo que en una u otra forma sean contrarias al presente Acuerdo, el cual rige desde la fecha de su promulgación.

"Expedido en Barrancabermeja a veinticuatro de marzo de mil novecientos treinta y nueve."

El doctor Manuel Barrera Parra como apoderado del demandante y de los coadyuvantes Fidel Ordoñez y Pablo A. Baena insistió en la solicitud de suspensión provisional pedida en la demanda.

El Tribunal se abstuvo de decretar la suspensión y como contra tal providencia interpuso oportunamente el actor, recurso de apelación, procede el Consejo a resolverlo de plano, para lo cual se observa lo siguiente:

El Acuerdo acusado contiene medidas de carácter policivo que se concretan al señalamiento de un sector de la población dentro del cual, no pueden funcionar casas de lenocinio, fijándose igualmente determinadas distancias para la residencia de las mujeres públicas y de los negocios que, como las cantinas, coreográficos, etc., deben estar apartados de los establecimientos públicos o privados de educación o beneficencia. Se dictan también otras medidas de indole análoga.

Como el doctor Barrera llamó la atención del Tribunal sobre los perjuicios que esta medida ocasionaba, el auto recurrido invocó la doctrina de esta corporación, según la cual, para decretar la suspensión provisional, es necesario acreditar los hechos constitutivos de ese perjuicio, no con respecto a uno solo de los individuos a los cuales pueda comprender eventualmente la medida que se acusa, sino a todos aquéllos en cuyo favor se invoca la suspensión. A lo cual es indispensable agregar, que no es suficiente que el acto ocasione cualquier daño, sino un daño grave que, de otra parte, no proceda de una actividad legal, pues ya se sabe que cuando la medida tiene asidero en la ley, no puede jurídicamente invocarse el perjuicio.

Este segundo factor impone, por tanto, el examen sucinto de los puntos legales controvertidos, para saber si el acto que se acusa es ostensiblemente contrario a la Constitución o a la ley.

En el caso en estudio, se objeta por el recurrente que el Acuerdo dictado por el Concejo de Barranca contiene disposiciones sustantivas de policía que sólo corresponde dictar a las respectivas Asambleas, conforme al artículo 186 de la Carta Fundamental. A su turno el Tribunal llama la atención sobre las atribuciones de los Concejos, relacionadas con la policía local, según las cuales si pueden tomarse medidas de la índole de las comprendidas en el Acuerdo en referencia.

La sola manera como se ha planteado esta controversia, las muy valiosas consideraciones del Tribunal, así como el alcance de las normas contrapuestas, indican al juzgador que no es el caso de pronunciarse por el decreto de suspensión, que sólo procede cuando se trata de actos administrativos en que la violación de la Constitución o de la ley sea ostensible o manifiesta, o lo que es lo mismo, que no pueda remitirse a duda. Pero aquí se trata de las facultades de las Asambleas y de las atribuciones de los Concejos para reglamentar la Policía en sus diversos ramos. Y la decisión fundamental de esta tesis corresponde a la sentencia definitiva, donde se habrá de estudiar las atribuciones legales de los Concejos, las facultades de los Alcaldes como Jefes de la Policía y ejecutores de los acuerdos, las prerrogativas concedidas al Municipio de Barrancabermeja por leyes especiales, así como otros temas que en este incidente sólo pueden enunciarse para no comprometer la solución de fondo.

No apareciendo, pues, que el Acuerdo en referencia viole de manera ostensible la Constitución o la ley, es preciso concluir que el auto apelado es jurídico y que por lo tanto, debe confirmarse.

Por lo expuesto, se confirma la providencia del Tribunal Administrativo de Bucaramanga, que negó la suspensión provisional del Acuerdo número 6 de 1939, expedido por el Concejo Municipal de Barrancabermeja.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Ennique Tascón—Guillermo Peñaranda Arenas—Gustavo Hernández Rodríguez—Gonzalo Gaitán—Eliás Abad Mesa—Ramón Miranda—Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V., Secretario.

Servicio postal

Consejero ponente, doctor

GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

No es posible desconocer el fundamento legal del artículo 7º del Decreto número 192 de 1926, que autoriza al Ministro de Correos y Telégrafos para sancionar con multas a quienes contravengan las disposiciones legales sobre la materia, porque de otra manera el Gobierno carecería de los medios necesarios para hacer eficaz el cumplimiento de las medidas que toma, máxime cuando se trata de la reglamentación de un servicio público que corresponde prestar al Estado.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre seis de mil novecientos treinta y nueve.

El señor José María Ribón, por medio de apoderado, y en su carácter de Gerente de la Sociedad Colectiva "Expreso Ribón," demandó ante el Consejo de Estado la nulidad de las Resoluciones números 728 de 18 de abril de 1938 y 685 de 9 de marzo último, emanadas del Ministerio de Correos y Telégrafos.

La primera de tales providencias impone a la empresa demandante una multa de \$ 100.00, por transportar correspondencia ordinaria sin permiso del Gobierno. Y la segunda negó la reconsideración de la anterior, por lo cual basta transcribirla, para determinar el objeto de la litis. Dice así:

"RESOLUCION NUMERO 685 DE 1939

(marzo 9).

por la cual se confirma la Resolución número 728 de 18 de abril del próximo pasado.

"Por medio de la Resolución número 728 fechada el 18 de abril de 1938, este Ministerio impuso multa de \$ 100.00 a cada una de las empresas denominadas 'Expreso Ribón' y 'Expreso Tobón,' por prestar entonces el servicio de correos particulares sin permiso del Gobierno.

"El Gerente del 'Expreso Tobón' se notificó de la providencia y no interpuso recurso alguno, no así el Gerente del 'Expreso Ribón,' quien en tiempo hábil pidió fuera revocada la providencia aludida. Para ello presentó un memorial, en el cual, entre otras razones, expuso la siguiente: ... 'Con el mayor respeto me permito rectificar estos informes de lo sucedido, porque la verdad es que los particulares consignaron en nuestras oficinas como encomiendas paquetes que contenían cartas. Pero por esas encomiendas pagaron los portes que deben cobrarse según nuestros reglamentos, y no los denunciaron como cartas. Para nuestros empleados es del todo imposible poder comprobar la exactitud de los recomendados que reciben, puesto que para ello sería necesario abrirlos, y esto

no sólo no lo permiten los interesados, sino que lo prohíbe la ley. Para tales casos solamente podemos recibir la encomienda como tál, y expedir el correspondiente recibo haciendo constar que contiene lo que los consignantes indican, sin garantizarlo...’ Fuera de esto acompaña una copia de un oficio-circular, fechado el 28 de junio de 1937, en donde se advierte a los empleados que se abstengan de ‘recibir correspondencia desde el 1º de julio próximo...’

“Entre las razones que sustentaron las providencias recurridas se transcribe la siguiente:

‘Las visitas practicadas, con intervención de los Alcaldes, en las oficinas de Armenia, Pereira, Zarzal, Cali y Buenaventura, demostraron en forma fehaciente que las aludidas empresas conducían correspondencia ordinaria, la cual ni siquiera tenía los portes correspondientes. Era un verdadero contrabando. Con motivo de las visitas les fueron decomisadas gran cantidad de cartas, algunas de las cuales todavía se encuentran retenidas por no haberse presentado los interesados a pagar los derechos que los reglamentos postales establecen para estos casos.’

“Las afirmaciones hechas por el recurrente en su memorial no están acordes con la verdad que aparece en las actas de visita, a que se ha hecho referencia, pues la practicada en Pereira es expresa al indicar que más de trece impresos contenían cartas dentro, impresos que únicamente estaban formados por trozos de papel periódico deteriorado, es decir, prueba inequívoca de que únicamente se trataba de simular un impreso y que realmente se pretendía así hacer circular correspondencia ordinaria.

“Si la circular presentada como prueba sirve para indicar que la Gerencia había prohibido recibir correspondencia, no la exime de responsabilidad por los actos de sus dependientes, dado que ellos al aceptar correspondencia ordinaria, violando la referida circular, no podían hacerlo con desconocimiento de la Gerencia, pues de ser ello así, tal proceder revelaba una notable falta de control para con sus subordinados, fuera de que el valor de los portes correspondientes entraba a la Caja respectiva de la Empresa. Además, dentro de la doctrina contenida en los artículos 2072 y 2347 del Código Civil, la empresa está obligada a responder por los actos de sus dependientes. Por tal motivo, este Ministerio estima que la circular no tiene el carácter de prueba conducente para acreditar la irresponsabilidad de la empresa.

“En cuanto a la ignorancia del contenido de los paquetes, sobre todo comentario, dado que las actas de visita indican en forma plena que sí había conocimiento por parte de los empleados del contenido de las encomiendas, pues se recibían protegidas por pequeños trozos de papel periódico, siendo su conformación idéntica a la carta, o mejor dicho, una carta envuelta en un trozo de papel. Y además se exigía un porte de diez centavos, precisamente el indicado, cuando existía el permiso, para la correspondencia. Por otra parte, los Agentes de la Empresa ya eran personas que conocían perfectamente la tramitación, tanto de la correspondencia como de las encomiendas. Fuera de que en el acta extendida en la oficina de Popayán hizo constar lo siguiente:... ‘En la valija procedente del Norte se encontró una carta rotulada a María Muñoz López, cargo del Presbítero Emiliano López, de esta población.’ Dicha carta procedía de Manizales. Es decir, en el presente caso ya ni siquiera se empleó la simulación del impreso.

“Dado que las razones aducidas por el peticionario no han desvirtuado los fundamentos de la providencia recurrida, ya que aun en el Ministerio existen depósitos de las cartas y paquetes que fueron decomisados, el Ministerio estima que no hay fundamento para acceder a la revocatoria solicitada y que, por el contrario, sí existen pruebas plenas para confirmar la Resolución materia del recurso.

“En mérito de lo expuesto, el Ministerio *resuelve*:

“Confirmar en todas sus partes la Resolución número 728, fechada el 18 de abril de 1938, por la cual se impuso una multa a las Empresas de Transportes denominadas ‘Expreso Tobón’ y ‘Expreso Ribón.’”

Como fundamento de derecho, el actor invocó las siguientes disposiciones: artículos 16 y 37 de la Constitución Nacional; artículo 2070 y concordantes del Código Civil; el Título V del Código de Comercio; artículos 2º y 7º del Decreto 192 de 1926; y artículo 234 del Código Judicial.

Agotada la tramitación respectiva y como no se observa ninguna causal que invalide el procedimiento, entra el Consejo a resolver el negocio, para lo cual considera:

La Ley 76 de 1914, por medio de su artículo 17, dispuso que el servicio de correos y telégrafos corresponde prestarlo exclusivamente al Gobierno. Esta Ley fue reglamentada por el Decreto 192 de 1926, que definió lo que debía entenderse por correspondencia, facultó al Ministerio del ramo para conceder permiso a ciertas empresas, corporaciones o individuos para transportarla, y, finalmente, autorizó al Ministro respectivo para sancionar con multas a aquellas personas que contravinieran las disposiciones legales sobre la materia. El artículo 7º que concede tal autorización es del siguiente tenor:

“Cualquier individuo, sociedad o corporación que sin permiso del Gobierno establezca o desempeñe un servicio postal, urbano o interurbano de cualquier naturaleza que sea, será castigado con una multa de \$ 20.00 a \$ 200.00. Si fueren dos o más las personas que como empresarios se asociaren para establecer y desempeñar el referido servicio, incurrirá cada uno de ellos, personalmente, en la mencionada sanción.”

No es posible desconocer el fundamento legal del artículo transcrito, y está bien que ello sea así, porque de otra manera el Gobierno carecería de los medios necesarios para hacer eficaz el cumplimiento de las medidas que toma, máxime cuando se trata de la reglamentación de un servicio público, que corresponde prestar al Estado por voluntad del legislador.

El actor lo ha reconocido así, y en su alegato de conclusión acepta de manera inequívoca que el Gobierno está facultado para imponer las multas de que se trata. No discute tal atribución en abstracto, sino refiriéndola al caso concreto del “Expreso Ribón”, porque considera que en su aplicación no se llenaron las condiciones requeridas.

De este modo, el problema queda reducido a una cuestión de hecho, que consiste en saber si verdaderamente la empresa demandante transportaba correspondencia ordinaria, y si en tal virtud era procedente o no la multa impuesta en la Resolución acusada.

Al efecto se observa: El Ministerio de Correos hizo practicar visitas, con intervención de los Alcaldes respectivos, en las oficinas que tiene el “Expreso Ribón,” en las ciudades de Armenia, Pereira, Zarzal, Cali y Buenaventura, con el objeto de investigar si la mencionada empresa transportaba correspondencia. Como resultado de estas diligencias “le fueron decomisadas gran cantidad de cartas, algunas de las cuales todavía se encuentran retenidas por no haberse presentado los interesados a pagar los derechos que los reglamentos postales establecen para estos casos,” según reza textualmente la Resolución número 728 de 1938.

El interesado dejó correr el término probatorio sin pedir la práctica de aquellas pruebas que vinieran a desvirtuar las aseveraciones contenidas en las actas de las correspondientes visitas, a que se alude en el acto demandado.

Se limitó, pues, a meras afirmaciones, en las cuales sostiene que las cartas iban dentro de impresos y encomiendas, de modo que para los empleados era materialmente imposible saber su verdadero contenido, ya que las personas que los introducían no lo declaraban, y ya que la empresa, por disposiciones constitucionales y legales, no podía abrirlos.

Pero esta afirmación, que constituye el principal argumento de la demanda, carece de todo valor, si se tiene en cuenta el resultado de las actas a que se ha hecho referencia. A este respecto, y refiriéndose a la misma razón alegada ante el Ministerio de Correos en el memorial de reconsideración, dice lo siguiente la providencia marcada con el número 685:

“En cuanto a la ignorancia del contenido de los paquetes, sobra todo comentario, dado que las actas de visita indican en forma plena que sí había conocimiento, por parte de los empleados, del contenido de las encomiendas, pues se recibían protegidas por pequeños trozos de papel periódico, siendo su conformación idéntica a la carta, o mejor dicho una carta envuelta en un trozo de papel. Y además se exigía un porte de diez centavos, precisamente el indicado, cuando existía el permiso para la correspondencia. Por otra parte, los Agentes de la Empresa ya eran personas que conocían perfectamente la tramitación tanto de la correspondencia como de las encomiendas. Fuera de que el acta extendida en la oficina de Popayán hizo constar lo siguiente: . . . ‘En la valija procedente del Norte se encontró una carta rotulada a María Muñoz López, cargo del Presbítero Emiliano López, de esta población. Dicha carta procedía de Manizales.’ Es decir, en el presente caso ya ni siquiera se empleó la simulación del impreso.”

Las providencias dictadas por los funcionarios o empleados del Orden Administrativo producen todos sus efectos, hasta tanto no se declare por la entidad competente que son ilegales o inconstitucionales, ya porque pugnan con normas superiores o se fundan en hechos que resultan desvirtuados dentro del proceso de acusación. En el presente caso, no habiendo demostrado el actor la inexactitud de que pudieran adolecer las afirmaciones contenidas en las actas de visita, en que se fundan las Resoluciones acusadas, éstas no pueden anularse porque tienen como base las disposiciones legales a que atrás se hizo alusión. De este mismo concepto participa el señor Fiscal de la Corporación en su vista de fondo.

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

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Guillermo Peñaranda Arenas—Gonzalo Gaitán—Eliás Abad Mesa—Ramón Miranda—Gustavo Hernández Rodríguez. Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V., Secretario.

Vacaciones remuneradas

Consejero ponente, doctor

GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

Las leyes de contenido social que propugnan medidas en favor de las clases más necesitadas, deben aplicarse con un criterio de equidad, que armonice con la necesidad que se busca satisfacer y con las injusticias que se quiere corregir. Interpretaciones que tiendan a restringir en alguna forma el derecho de los empleados a vacaciones remuneradas, desconociendo la amplitud del texto legal, no corresponderían a la finalidad de aquella medida legislativa.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre ocho de mil novecientos treinta y nueve.

El señor Justo Zambrano, por medio de apoderado, demandó ante el Consejo de Estado, la nulidad de las Resoluciones números 782 de 23 de agosto de 1938 y 1001 de 19 de octubre del mismo año, dictadas por el Ministerio de Gobierno, a propósito de una solicitud sobre concesión de vacaciones remuneradas. Como consecuencia de tal nulidad, pide como restablecimiento del derecho violado, se ordene el pago de lo correspondiente a las referidas vacaciones.

Como fundamento de derecho de su acción, el demandante citó las siguientes disposiciones: ordinal i) del artículo 18 del Código Contencioso Administrativo; el artículo 15 de la Ley 25 de 1928; el artículo 4^o de la Ley 80 de 1935; el artículo 2^o de la Ley 72 de 1931 y su Decreto reglamentario número 1054 de 1938.

Agotada la tramitación de rigor, y como no se observa ninguna causal que invalide el procedimiento, entra el Consejo a resolver en el fondo, para lo cual considera:

Como la Resolución número 1001 se abstuvo de reconsiderar la marcada con el número 782, sin resolver puntos nuevos, el litigio queda concretado al examen de la primera Resolución, que dice:

“El señor Justo Zambrano, ex-Dactilógrafo de la Penitenciaría Central, eleva solicitud para que se le reconozca y pague, en forma acumulativa, el valor de dos años de vacaciones remuneradas por tiempo de servicios.

“Se halla comprobado que el señor Zambrano trabajó continuamente desde el 15 de febrero de 1936, hasta el 11 de junio del presente año en que fue declarado en cesantía por Resolución número 544 de esa fecha, retroactiva al 6 del mismo mes. Pero consta en el expediente que desde la apertura de la Escuela de Especialización Jurídico-Criminal dejó el petionario de asistir a la oficina todos los días desde las 2 p. m., por hallarse adelantando los cursos que a ella corresponden. Esta concesión especial sustituye, en concepto del Director del ramo, el derecho cuyo ejercicio solicita Zambrano, tanto más cuanto que el doctor Bruno se opuso a que éste fuera declarado en cesantía por el Ministro, que quería llevar a término una reorganización de la Penitenciaría, y en esta forma pudo continuar sus estudios.

"El Decreto número 1054 de 1938, que reglamenta el artículo 2º de la Ley 72 de 1931, sobre vacaciones remuneradas de los trabajadores del servicio oficial, viene a regular el sentido de la disposición legal y a llenar en forma equitativa los vacíos que en su interpretación venían presentándose. Así como una ley sobre materia especial viene a derogar expresa o tácitamente una anterior de igual naturaleza, una reglamentación que se establezca para un caso particular sustituye las cláusulas de la anterior sobre materia idéntica. En la forma que en el evento discutido rige la última reglamentación. Pero circunstancias cronológicas anteriores colocan fuera del análisis presunciones que en forma actual serían de aplicabilidad evidente. En la solicitud del señor Zambrano se ve muy a las claras la certidumbre de esta aseveración. En los ordinales a) y b) del artículo 3º del Decreto referido, se dice que cuando se trate de labores técnicas, de confianza o de manejo, para las cuales sea difícil reemplazar por corto tiempo al trabajador y cuando se trate de trabajadores que presten sus servicios en lugares distantes de la residencia de sus familias, la acumulación se verificará hasta por cuatro años; en tanto que el artículo 6º expresa que las personas no comprendidas en los ordinales a) y b) mencionados, a quienes se les niegue o aplase por más de un año el disfrute de sus vacaciones, a partir del día en que hubieren completado el tiempo que la ley demanda para obtener el beneficio, deberán presentar el denuncia al Departamento Nacional del Trabajo a fin de que se imponga la multa que a esta infracción corresponde.

"De manera que si este Despacho, descartando el hecho cumplido de que el señor Zambrano no usó de sus vacaciones durante dos años, sentara la tesis, como en verdad la sienta, de que el cargo desempeñado por él no es por su naturaleza de los comprendidos en los ordinales a) y b) del artículo 3º, quedaría la otra posibilidad, o sea la de que pedidas y no disfrutadas en las condiciones del artículo 6º, el Director de Prisiones incurriría en la sanción allí prescrita. Lo cual no puede aceptarse asimismo, porque un precepto de vigencia reciente como éste, no puede cobijar una situación que en tiempos anteriores hubo de presentarse.

"Situadas en este plano las cosas y excluidas por lógica interpretación las causales que para dos situaciones opuestas que pueden presentarse establece el Decreto, a este Despacho compete mirar a la luz de la equidad lo propuesto por el peticionario. El señor Zambrano formuló su última solicitud antes de entrar el Decreto 1054 en vigencia y cuando ya tenía la calidad de simple particular y no la de empleado público. El Ministerio había establecido que para tener derecho a vacaciones era preciso reclamarlas en oportunidad, cuando se estaba desempeñando un cargo o función. No siendo aplicable el Decreto 1054 para el evento contemplado, queda subsistente la tesis sostenida anteriormente por este Despacho. Y ésta se halla reforzada por el concepto del señor Director General de Prisiones consignado en su respuesta al señor Zambrano, que consta en el expediente y de que se ha hecho mención.

"En vista de las consideraciones expuestas, el Ministerio de Gobierno resuelve:

"No acceder a la solicitud del señor Justo Zambrano en el sentido de que se le reconozca y pague en forma acumulativa, el valor de dos años de vacaciones remuneradas por tiempo de servicio.

"Notifíquese y cúmplase.

"Dada en Bogotá a 23 de agosto de 1938.

"El Ministro de Gobierno, *Carlos Lozano y Lozano*—El Secretario General, *Juan Uribe Durán*."

Como se ve, el Ministerio aduce tres razones para negar la solicitud del señor Zambrano, que pueden sintetizarse así:

- 1º No aplicabilidad del Decreto 1054 de 1938 al caso en estudio;
- 2º Necesidad del carácter de empleado para poder ejercitar el derecho a las vacaciones; y
- 3º Compensación de este derecho por el permiso concedido al demandante para asistir a unas clases.

En primer lugar, precisa determinar las disposiciones legales que deben aplicarse, ya que el actor invocó el artículo 2º de la Ley 72 de 1931 y el Decreto 1054 de 1938 que reglamenta dicha Ley. Al respecto es necesario observar que el Decreto fue dictado el 11 de junio del año próximo pasado y que de acuerdo con lo dispuesto en su artículo undécimo, entró a regir 30 días después de la fecha de su expedición. En consecuencia, su vigencia comenzó el 11 de julio del mismo año. Ahora bien: el señor Zambrano fue retirado del Ministerio el 6 de junio, y el 9 del mismo mes presentó la solicitud correspondiente para que se le reconocieran las vacaciones. De modo, pues, que para decidir sobre el derecho ejercitado, no podían tenerse en cuenta las disposiciones del Decreto 1054, que todavía no había entrado en vigor, como se deja dicho. Descartada la aplicación de este estatuto, en lo cual obró bien el Ministerio, el caso de autos debe estudiarse a la luz del artículo 2º de la Ley 72 de 1931, que es del tenor siguiente:

“Todo empleado u obrero de los establecimientos, oficinas o empresas oficiales que durante un año continuo hubiere prestado sus servicios, tendrá derecho a quince días de vacaciones remuneradas.

“Estas vacaciones se darán por turno, a fin de no interrumpir la buena marcha de las entidades respectivas.”

Esta norma de carácter social, dictada en beneficio de los empleados y trabajadores, debe interpretarse de acuerdo con el espíritu que la informa y con el fin que se propuso el legislador al aprobarla. En ella se consagra un derecho que favorece a las personas que trabajan por cuenta de otras, procurándoles después de un año continuo de labor, un merecido descanso. De manera que la tesis que tienda a restringir en forma alguna este derecho, desconociendo la amplitud del texto legal, o tratando de limitarlo por interpretaciones que lo menoscaben, no correspondería a la finalidad de aquella medida legislativa. Las leyes de contenido social, que propugnan medidas en favor de las clases más necesitadas, deben aplicarse con un criterio de equidad que armonice con la necesidad que se busca satisfacer y con las injusticias que se quiere corregir.

El Ministerio, basándose en el artículo transcrito negó la solicitud del señor Zambrano, por cuanto consideró que no existe, para este caso, autorización para reclamar en forma acumulativa, las vacaciones correspondientes a dos años de trabajo. Pero es indudable que tal apreciación es equivocada, porque si en verdad la ley no lo dijo expresamente, tampoco prohibió que se ejercitara el derecho en tal forma, por lo cual, el mismo Gobierno, en el Decreto 1054, permite la acumulación en determinadas circunstancias. Y aunque este Decreto no cobija, como se ha dicho, el caso en estudio, es obvio que si la ley no diera margen para ella en el texto que se analiza, el Ministerio no la hubiera reconocido al dictar la reglamentación.

El señor Zambrano, a su debido tiempo, solicitó del Director General de Prisiones le concediera las vacaciones que le correspondían por su primer año de trabajo, y el señor Director se las negó, basándose en un permiso que le había concedido. Dice así la respuesta, fechada el 21 de diciembre de 1937:

“En respuesta a su solicitud de vacaciones, me permito conceptuar lo siguiente, en lo cual confío estar de acuerdo con usted. Desde que se abrió la Escuela de Especialización Jurídico-Criminal, de la Universidad Javeriana, usted ingresó a ella, y desde su apertura usted dejó de asistir todos los días desde las 2 p. m. en adelante. Posteriormente el Ministerio de Gobierno, ante la desorganización de la Penitenciaría quiso reemplazar a usted, a Guarín y a Toledo, de acuerdo con el Decreto 1827 de 1930, y ustedes me rogaron los respaldara y ayudara hasta concluir sus estudios, a lo cual accedí gustoso. Creo que esa concesión, en justicia, ha retribuido y sustituido el derecho cuyo ejercicio solicita.”

Esta nota, que constituye uno de los fundamentos de la Resolución demandada, muestra en forma inequívoca que el demandante si ejerció oportunamente el derecho de pedir sus vacaciones, derecho que no puede considerarse extinguido por las meras razones contenidas en la respuesta en que no se accedió a tal petición.

En efecto, el derecho a las vacaciones no admite compensaciones ni sustituciones arbitrarias, de la índole de las enunciadas por el señor Director General de Prisiones.

Además, la continuidad exigida por la ley no se rompe, como lo sostiene el Departamento Nacional del Trabajo, sino por interrupciones apreciablemente largas, o que pasen de quince días, o que no tengan una justificación posible a la luz de las normas positivas pertinentes. Pero en el caso analizado, el empleado permanece bajo la dependencia del patrono, presta normalmente sus servicios, concurre diariamente a la oficina respectiva, sin que las salidas que haga den base para sostener que sus trabajos se interrumpen o que la continuidad del año no se cumple.

De modo, pues, que las Resoluciones acusadas carecen de base legal por este aspecto.

En cuanto a la necesidad del carácter de empleado para que la solicitud de vacaciones pueda prosperar, se observa:

El derecho a las vacaciones está condicionado a un hecho: el de haber trabajado durante un año continuo. Cuando se cumple esta circunstancia nace el derecho y se radica en cabeza del empleado. Así, basta haber servido el tiempo requerido en las condiciones prescritas, para que el respectivo interesado pueda reclamar el derecho que le concede el artículo 2º de la Ley 72 de 1931. De otro modo, si fuera necesaria esta nueva condición no contemplada en la ley y por ello no incluida en el Decreto reglamentario, el derecho en referencia podría resultar ilusorio en la práctica, ya que bastaría despedir al trabajador antes de que intentara su reclamo, para hacerlo improcedente.

De este concepto participa el Departamento Nacional del Trabajo, en la consulta absuelta al demandante, cuando dice:

“La circunstancia de no haberse solicitado la concesión del derecho mientras se poseía el carácter de empleado, no es causal que extingue el derecho creado o adquirido y que por lo tanto imposibilite o prive del ejercicio del mismo. El carácter de empleado se necesita para adquirir el derecho, pero nunca para ejercitarlo. Lo que debe tenerse en cuenta para el efecto de reconocer o conceder el ejercicio de dicho derecho, no es la condición jurídica de quien lo solicita, sino únicamente si esa misma persona tenía, respecto de la entidad a quien reclama el ejercicio del derecho, la condición de empleado que completó el año de servicios.”

Estas razones son suficientes para concluir que las Resoluciones demandadas deben anularse por contrarias a la Ley 72 de 1931, y que por consiguiente el señor Zambrano tiene derecho a un mes del sueldo de que disfrutaba como Jefe de la Oficina de Identificación Científica de la

Penitenciaria Central, por concepto de las vacaciones remuneradas correspondientes a dos años de servicio.

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

1º Son nulas las Resoluciones números 782 de 23 de agosto de 1938 y 1001 de 19 de octubre del mismo año, dictadas por el Ministerio de Gobierno.

2º Por el Ministerio de Gobierno se pagará al señor Justo Zambrano la suma equivalente a un mes del sueldo que devengaba como Jefe de la Oficina de Identificación Científica de la Penitenciaria Central.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese al Ministerio de Gobierno y archívese el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Guillermo Peñaranda Arenas—Gonzalo Gaitán. Gustavo Hernández Rodríguez—Elias Abad Mesa—Ramón Miranda—Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V., Secretario.

Pago de lo no debido

Consejero ponente, doctor

GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

La acción para recabar de la Nación lo que se ha pagado indebidamente, no puede intentarse ante el Ministerio de Hacienda sino ante la justicia ordinaria. Lo contrario equivaldría a que el Ministerio revisara las providencias del Juez de Ejecuciones Fiscales, y a la misma arbitraria conclusión llegaría el Consejo de Estado si anulara una resolución, originada en sentencia del Juzgado de Ejecuciones, por la que el Ministerio se abstuvo de ordenar el reintegro de una suma consignada con destino al cumplimiento de una obligación existente cuando se libró el mandamiento ejecutivo.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre ocho de mil novecientos treinta y nueve.

Con fecha 6 de julio del año en curso, el señor doctor Federico A. Daza, como apoderado del señor General Roberto Leiva M., demandó la nulidad de la Resolución número 135 de marzo 28 de 1939, dictada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por medio de la cual no se ordena la devolución de la suma de \$ 5.612.00, que solicita el apoderado del señor Roberto Leiva.

El negocio fue tramitado en la forma especial que señala la ley, hasta ponerlo en situación de dictar sentencia, a lo cual procede el Consejo, mediante las siguientes consideraciones:

El asunto que se discute queda sintetizado en los siguientes hechos, citados por el actor como fundamento de la demanda:

“Primero. Por auto número 1248, de 1° de octubre de 1924, recaído en el juicio de cuentas del Consulado de Colombia en Nueva York correspondiente a los meses de enero a mayo de 1926, de que era responsable el señor Jorge Moya Vásquez, la Contraloría General de la República había deducido un alcance de \$ 20.364.38 e impuesto una multa por valor de \$ 17.00 en contra del citado responsable, alcance y multa que la misma Contraloría dispuso cobrar ejecutivamente a Moya Vásquez y a sus fiadores, uno de los cuales era el General Roberto Leiva M.

“Segundo. El señor Juez 1° Nacional de Ejecuciones Fiscales, por auto número 36 de fecha 5 de octubre de 1929 ordenó al ejecutado Jorge Moya Vásquez pagar la suma principal del alcance y la multa, y a sus fiadores señores Roberto Leiva y otro, la de \$ 5.000.00 a que montaba limitada-mente la cuantía de su fianza, más los intereses legales de esta suma y las costas procesales.

“Tercero. El señor Roberto Leiva M. consignó en pago de la ejecución que contra él se había decretado como fiador de Jorge Moya Vásquez la suma de \$ 5.612.40 en diciembre de 1929, que ingresó al Tesoro Nacional.

“Cuarto. La Contraloría General de la República, al practicar un nuevo y cuidadoso estudio del juicio de cuentas ya mencionado, revocó el alcance y la multa en su totalidad, lo cual hizo por medio de la providencia 421, de fecha 26 de mayo de 1937, que la misma Contraloría dispuso comunicar al Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, para los efectos legales de su cargo.

“Quinto. Con base en la providencia 421 de 26 de mayo de 1937 citada, el señor Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales, en auto de fecha 28 de los mismos mes y año, declaró terminado el juicio ejecutivo que en el Juzgado se adelantaba contra Moya Vásquez, para el cobro del alcance y de la multa referidas, y se abstuvo de ordenar el desembargo de bienes, ‘porque, —expresa el auto—, los únicos que le fueron embargados al señor Roberto Leiva M., como fiador del señor Moya Vásquez, en dinero efectivo, se ordenó a la Tesorería General de la República pasarlos a rentas definitivas.’

“Sexto. Con posterioridad a la dictación de esos proveídos, el señor Contralor General de la República, doctor Carlos Lleras Restrepo, oficiosamente dictó la providencia número 532 de 22 de junio de 1937, por la cual se declaró nula la providencia 421 de 16 de mayo de ese año y revivió el alcance y la multa cuestionados.

“Séptimo. El honorable Consejo de Estado, en fallo de 12 de julio de 1938, revocó en todas sus partes la mentada providencia 532 y decidió que no había lugar a mantener vigentes el alcance y la multa que habían sido ilegalmente revividos por la providencia 532.

“Octavo. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en la Resolución acusada, negó la devolución de la suma pagada por mi mandante a la Nación, fundándose para ello en el argumento de que las autoridades judiciales no han declarado que ese pago sea indebido. A esto observo desde ahora que no hay disposición legal alguna que imponga como condición previa para que se restituya lo que se pagó de modo indebido, el fallo judicial en que se escuda la resolución en referencia.

“Noveno. Para negar la devolución de la suma de que se trata, la resolución ministerial califica arbitrariamente de crédito litigioso el extinguido por el fiador Leiva, invocando al efecto el texto constitucional relativo a las condiciones que deben reunir las partidas integrantes del pasivo del Presupuesto Nacional. A su debido tiempo demostraré hasta la saciedad al honorable Consejo que la apreciación al respecto no puede hacerse sin estrangular la letra y el espíritu de la norma constitucional que quiso interpretarse.

“Décimo. La resolución que acuso negó la devolución de la suma de que vengo haciendo mérito desfigurando los hechos jurídicos que dieron nacimiento al pago hecho por el fiador Leiva, pues en su sentir debe éste repetir contra el deudor, considerando que la obligación principal está vigente, a pesar de que la misma Resolución acepta que esta obligación fue declarada sin valor ni efecto, por las autoridades competentes, según lo expuesto en los hechos pertinentes de esta demanda.”

Efectivamente, la Resolución ministerial objeto de la acusación negó la devolución pedida por el General Leiva, fundándose principalmente en que la obligación que éste “tenía como fiador se extinguió no por haberse levantado el alcance sino por pago efectivo.” Agrega el Ministerio que como tal pago no se ha declarado de lo no debido por las autoridades judiciales, no procede la devolución mientras por dichas autoridades no se haya hecho tal declaración.

Las razones ministeriales fueron impugnadas por el actor en la demanda como en el alegato de conclusión, pero el Consejo estima que no es del caso el análisis fundamental, en orden al derecho que tenga el General Leiva al reintegro de la cantidad pagada, por las siguientes observaciones:

El auto que dedujo el cargo contra Moya Vásquez lo dedujo también a cargo del señor Aurelio Rueda Acosta.

El Juez de Ejecuciones Fiscales, con fundamento en el alcance primitivo, libró la respectiva ejecución. Y posteriormente en atención a la revocatoria del alcance, devolvió al señor Luis Camacho Matiz, fiador del señor Aurelio Rueda Acosta, la suma por él entregada, según se afirma por el actor en su alegato de conclusión. Si respecto del General Leiva, fiador del señor Moya Vásquez, no se observó el mismo procedimiento, en atención a que el dinero efectivo consignado para el pago se ordenó por el Juzgado pasarlo a rentas definitivas, lo que imposibilitaba el reintegro por parte de dicha oficina, es obvio que el interesado quedó en situación de acreedor de la Nación para recabar de ella lo que sostuvo que había pagado indebidamente.

Pero conforme a la legislación vigente, esta acción no podía intentarse ante el Ministerio de Hacienda, sino ante la justicia ordinaria, ya que es ante ésta y con la plenitud de las formas y recursos que le son propios, donde deben dilucidarse las cuestiones de fondo planteadas en este proceso. Lo contrario, equivaldría a que el Ministerio de Hacienda revisara las providencias del Juez de Ejecuciones Fiscales, y a la misma arbitraria conclusión llegaría el Consejo si anulara la Resolución ministerial, originada en la sentencia del Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales que se abstuvo de ordenar el reintegro de la suma que le fue consignada con destino al cumplimiento de una obligación existente cuando se libró el mandamiento ejecutivo.

Son suficientes, en concepto del Consejo, las breves razones contenidas en el presente fallo, para dictar una sentencia desfavorable a las pretensiones del actor.

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

El papel común será revalidado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 351 del Código Judicial.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente.

*Tulio Enrique Tascón—Guillermo Peñaranda Arenas—Eliás Abad Mesa.
Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Carlos Rivadeneira G.
Gonzalo Gaitán—Luis E. García V., Secretario.*

Jueces de rentas

Consejero ponente, doctor

GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

Para definir si los Jueces de Rentas tienen el carácter de agentes de los Gobernadores, caso en el cual corresponde al Ejecutivo Seccional su nombramiento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 192 de la Constitución y 127, ordinal 2º, del Código Político y Municipal, es preciso tener en cuenta que por lo general todos aquellos empleados vinculados, en una u otra forma, a las labores que la Constitución y las leyes encomiendan al Gobernador, deben depender directamente de él.

La creación de los Juzgados de Rentas obedece al anhelo de combatir el contrabando y castigar a los culpables, finalidades estrechamente relacionadas con el éxito de la política fiscal de los Departamentos. Desde este punto de vista aparece manifiesto el vínculo que existe entre el Gobernador y el Juez de Rentas.

De acuerdo con el numeral 3º del artículo 186 de la Constitución, corresponde a las Asambleas el nombramiento de Contadores, y conforme a la Ley 84 de 1915 el de aquellos empleados que no tengan la calidad de agentes del Gobernador, como sí la tienen los Jueces de Rentas.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto diez de mil novecientos treinta y nueve.

El señor V. M. Gutiérrez Dávila, en ejercicio de la acción pública, demandó ante el Tribunal Administrativo de Barranquilla, la nulidad del artículo 2º, ordinal 2º, de la Ordenanza número 75 de 1917, por cuanto por dicha disposición la Asamblea se reserva el nombramiento de Juez de Rentas del Departamento.

Durante el término de fijación en lista, el señor Pedro M. Reyes solicitó se le tuviera como parte en el juicio, de conformidad con lo dispuesto en el aparte c) del artículo 59 de la Ley 130 de 1913, carácter que le fue reconocido por auto fechado el 28 de mayo de 1938.

El Tribunal *a quo*, en sentencia de fecha 3 de agosto del año pasado, se abstuvo de declarar la nulidad solicitada por el señor Gutiérrez Dávila. Salvó el voto el Magistrado D. C. Stacey Insignares. Del fallo apeló oportunamente el actor, motivo por el cual ha venido el negocio al Consejo.

Dice así la disposición acusada:

“Artículo 2º Los empleados enumerados en los capítulos anteriores, serán nombrados y removidos libremente por el Gobernador del Departamento, con las siguientes excepciones:

Contadores Examinadores del Tribunal de Cuentas, cuyos nombramientos corresponden por ley a la Asamblea, y Juez de Rentas, cuyo nombramiento se reserva la Asamblea, en uso de las atribuciones que le confiere la Ley 84 de 1915."

En la segunda instancia se ha surtido la tramitación propia de estos juicios, agotada la cual, se hacen las siguientes consideraciones para fallar:

La Constitución Nacional (artículo 192) señala entre las facultades de los Gobernadores la de dirigir la acción administrativa en el Departamento, nombrando y separando libremente sus agentes, reformando o revocando los actos de éstos, y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración. Esta misma facultad la establece el artículo 127, ordinal 2º, del Código Político y Municipal, entre las atribuciones de que están investidos los Gobernadores para llevar a buen término la gestión administrativa que se les ha encomendado.

De modo, pues, que el problema planteado en la demanda se reduce a estudiar si un Juez de Rentas debe considerarse como agente del Gobernador, caso en el cual, como es obvio, le corresponde al Ejecutivo Seccional su nombramiento, en virtud de las normas contenidas en los artículos citados.

Para definir esta cuestión, es preciso tener en cuenta, que por lo general todos aquellos empleados que en una u otra forma están vinculados a las labores encomendadas por la Constitución y las leyes al Gobernador, deben depender de él directamente, quien tiene, para el mayor éxito de su obra, la facultad de nombrarlos y removerlos libremente.

Con estos precedentes, se entra al examen del caso concreto del Juez de Rentas Departamentales de Barranquilla, para lo cual se observa:

Este cargo fue creado por la Ordenanza 13 de 1913, sin determinar expresamente a quién correspondía su nombramiento. Respecto de sus facultades, le señaló las de funcionario instructor en los negocios que se originen en fraudes a la renta de licores, y las correspondientes para conocer de dichos asuntos como Juez de primera instancia, debiendo surtir la segunda ante el señor Gobernador. (Artículos 41 y 42).

La Ordenanza número 24 de 1933 lo coloca igualmente entre los funcionarios instructores, en los negocios por fraude a las rentas de licores y de tabaco, estableciendo al propio tiempo que los autos de enjuiciamiento y las sentencias definitivas, cuando no fueren apeladas, deben consultarse con la Gobernación del Departamento.

Como se ve, el Gobernador conoce en segundo grado, por apelación o consulta, de todos los negocios que decida el Juez de Rentas, conservando, frente a tales decisiones, la atribución de confirmarlas o revocarlas, lo que indica que en dichas investigaciones y en los juicios que de ellas proceden, actúa como superior jerárquico de tal empleado. De esta manera, el Gobernador procede como suprema autoridad en los juicios por fraude a las rentas, cuidando de que éstas sean recaudadas con acuciosidad y esmero, como lo preceptúa el artículo 127 del Código Político y Municipal.

La creación del Juzgado de Rentas de Barranquilla obedeció al anhelo de combatir el contrabando y castigar debidamente a los culpables, finalidad que está estrechamente relacionada con el éxito de la política fiscal del Departamento. En efecto, una rápida, segura y eficaz aplicación de las medidas que tienden a restringir los fraudes a las rentas departamentales, es necesariamente un factor preponderante para su aumento, máxime si se tiene en cuenta que los licores y el tabaco constituyen la fuente principal de los Tesoros Seccionales. Y es, considerado desde este punto de vista, que más claro y manifiesto aparece el vínculo

de dependencia que existe entre el Juez de Rentas y el Gobernador; pues si éste nombra un individuo inepto, débil o complaciente, será directamente responsable de tal designación y de los perjuicios que ella acarree a la Sección puesta bajo su cuidado. Pero si otro es el encargado de proveer tal cargo, en el caso de autos, la Asamblea, no podría deducirse tal responsabilidad, ya que el Gobernador estaría obligado a soportar como colaborador un funcionario incompetente.

El carácter de agentes del Gobernador, que tienen los Jueces de Rentas, lo reconoció el Consejo de Estado, cuando dijo en sentencia de 22 de agosto de 1933, lo siguiente:

“En tales circunstancias, siguiendo los razonamientos de las sentencias antes copiadas, en especial la de 12 de julio de 1915, estima hoy el Consejo que si en ninguna ley se encuentra conferida expresamente a las Asambleas la atribución de crear los empleos de que trata la Ordenanza de Santander, número 76 de 1921, señalándoles un período durante el cual careciera el Gobernador de capacidad de deponerlos, forzoso resulta entender que la Asamblea, con el establecimiento de los Juzgados de Rentas, lo que hace es crearle al Gobernador agentes o auxiliares en dicho ramo, a fin de que satisfaga de mejor manera sus deberes de Jefe de la Administración Seccional, responsable en el manejo de los intereses públicos del Departamento.” (*Anales* números 212 a 214).

Y doctrina análoga sentó en el fallo de 27 de julio último, cuando transcribió los siguientes comentarios de los doctores Samper y Tascón:

“Propio es de quien tiene la autoridad de Jefe superior de la administración departamental, el dirigir la acción administrativa en el Departamento, y que, ya obrando según las instrucciones superiores, ya procediendo conforme a las facultades que le den las leyes, ya ejecutando las ordenanzas de la Asamblea Departamental, nombre todos los empleados de su dependencia, separe o remueva a los que no merezcan ser mantenidos en sus empleos, reforme o revoque los actos de tales agentes o empleados, y dicte las providencias necesarias en todos los ramos comprendidos en la esfera de su autoridad administrativa. Sin estas atribuciones, mal podría el Gobernador administrar cumplidamente los intereses del Departamento; y cabe entender ahí, por analogía, con las necesarias limitaciones, las facultades que, como hemos visto, son necesarias en el Jefe del Poder Ejecutivo Nacional.” (Tratado de Derecho Público Interno, de José María Samper, página 429).

“El Gobernador dirige la acción administrativa del Departamento:

1° Nombrando y separando libremente sus agentes, y en consecuencia, son inconstitucionales las leyes u ordenanzas que priven a los Gobernadores de la libertad de nombrar y separar sus agentes, que lo son todos los empleados departamentales: la Ley 85 de 1915, al permitir a las Asambleas reservarse ciertos nombramientos de que hablamos al comentar el ordinal 3° del artículo 76, dijo que esta reserva se refería a los empleados que no tuvieran el carácter de agentes del Gobernador e hizo otras excepciones; pero en ciencia constitucional, *agentes* del Departamento son todos los que no sean *representantes* del mismo, es decir, cuantos no sean Diputados a las Asambleas.” (Tratado de Derecho Constitucional, del doctor Tulio Enrique Tascón).

De acuerdo con el numeral 5° del artículo 186 de la Constitución, corresponde a las Asambleas fijar el número de empleados, sus atribuciones y sueldos; y no puede argüirse que a ellas también les está atribuida la provisión de determinados cargos, pues el numeral 3° del mismo artículo hace referencia solamente al nombramiento de los Contadores o Magistrados de las Contadurías o Tribunales de Cuentas, y los Jueces de Rentas, como es obvio, no pertenecen a tal organización;

además, la Ley 84 de 1915 faculta a las Asambleas para nombrar aquellos empleados que no tengan la calidad de agentes del Gobernador. Ahora bien: no existiendo norma alguna que autorice expresamente a las Asambleas para hacer tal nombramiento, y habiéndose demostrado que el Juez de Rentas tiene el carácter de Agente del Gobernador, se impone la conclusión de que es nula la parte demandada de la Ordenanza número 75 de 1917, y que por lo tanto debe revocarse la sentencia de primera instancia, que se abstuvo de declarar tal nulidad.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

Es nulo el artículo 29 de la Ordenanza número 75 de 1917, en la parte que dice: "y Juez de Rentas, cuyo nombramiento se reserva la Asamblea, en uso de las atribuciones que le confiere la Ley 84 de 1915."

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

*Tulio Enrique Tascón—Guillermo Peñaranda Arenas—Gonzalo Gaitán.
Elias Abad Mesa—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Ricardo Tirado Macías—Luis E. García V., Secretario.*

Liquidación de impuestos

Consejero ponente, doctor

GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

Lo que la ley grava es la utilidad líquida de los contribuyentes, y lo que importa saber es cuál es real y verdaderamente la renta gravable. En procesos de esta índole hay que descartar la idea de parte y parte, de posiciones favorables o desfavorables. Realidad de la renta y legalidad del impuesto: hé aquí el objeto que debe perseguir toda la actuación, y en cuya cabal consecución se armonizan la obligación de los contribuyentes de satisfacer los tributos que el Estado les ha impuesto y el derecho de éste a percibirlos en su integridad.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre trece de mil novecientos treinta y nueve.

Con una copia en inglés del balance general y un cuadro explicativo de la cuenta de pérdidas y ganancias —Profit and Loss Account— la Compañía denominada Frontino Gold Mines Limited, el 27 de mayo de 1935, hizo la declaración de renta correspondiente al año comprendido entre el 1º de julio de 1933 y el 30 de junio de 1934, ante el Administrador de Hacienda Nacional de Medellín, por haberse radicado en este Municipio la liquidación y pago del impuesto, no obstante tener la Compañía el centro de sus operaciones en el de Segovia.

La Administración de Hacienda dictó la Resolución número 91, de 6 de septiembre de 1935, liquidando un impuesto de \$ 49.982,38. Contra esta liquidación reclamó el apoderado de la Compañía, alegando que al computar las libras esterlinas, debió tenerse en cuenta el promedio de cambio durante el año gravable y aceptarse como deducción la cantidad de £ 2.692,4,10, que la Compañía pagó en Londres por intereses de bonos. En Resolución número 121, de 23 de septiembre de 1935, la Administración de Hacienda se negó a acceder a la reclamación.

Contra esta providencia reclamó la Compañía ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales en memorial de 24 de octubre de 1935. Esta oficina, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 15 de la Ley 81 de 1931, procedió a revisar la liquidación hecha por la Administración de Hacienda Nacional de Medellín, y en Resolución número 657, de 9 de julio de 1936, fijó el impuesto en \$ 69.409,30, ordenando en consecuencia un cobro adicional por \$ 19.426,92.

En escrito de 13 de agosto de 1936, el apoderado de la Compañía solicita de la Jefatura "que reconsidere y revoque dicha Resolución, contra la cual interpongo el recurso de reposición." En dicho escrito pidió la Compañía que se dedujera de la renta bruta la cantidad pagada en Inglaterra por intereses sobre bonos; que para la conversión de libras esterlinas a pesos colombianos se tuviera en cuenta el promedio de cambio en el año gravable, y no la cotización de 30 de junio de 1934, y que se aceptara la depreciación para todos los renglones del 14% sobre los saldos al final del año gravable.

La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales resolvió el memorial de reposición en providencia R. 1335 H., de 9 de octubre de 1937, en la cual ordenó que se cobrara a la Compañía una cantidad adicional de \$ 40.690,13, mayor en \$ 21.263,90 a la fijada en la Resolución recurrida.

En demanda presentada personalmente el 3 de marzo de 1938, el doctor Jorge López Sanín, obrando como apoderado general para pleitos de la Compañía inglesa denominada Frontino Gold Mines Limited, solicitó del Tribunal Administrativo de Medellín que se declarara nula la Resolución R. 1335 H., de 9 de octubre de 1937, de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en todo aquello en que hace más grave la situación de la Compañía de lo que era en virtud de la Resolución número 657, de 9 de julio de 1936, proferida por la misma Jefatura, y que hiciera las demás declaraciones principales o subsidiarias expresadas en el libelo. Pasado el expediente al Agente del Ministerio Público, con fecha 21 de mayo de 1938 rindió su concepto en un todo desfavorable a las pretensiones de la demanda. En sentencia de 16 de noviembre del mismo año, que puso fin al negocio, no accedió el Tribunal a declarar la nulidad de la Resolución R. 1335 H.; la reformó en el sentido de deducir de la cantidad fijada en la Resolución como renta líquida gravable la suma de \$ 48.616,47, que la Jefatura no reconoció a la Frontino Gold Mines Limited como gastos, y negó las demás peticiones de la demanda.

De este fallo apelaron tanto el Agente del Ministerio Público como el apoderado de la Compañía y, concedido el recurso en el efecto devolutivo, han venido los autos a esta Corporación para su estudio y decisión definitiva. Cumplidos los trámites de la segunda instancia, ha llegado el momento de dictar fallo de fondo, a lo cual se procede mediante las siguientes consideraciones.

Las peticiones de la demanda las formula así el actor:

"Primera. Que la Resolución número R. 1335 H., de 9 de octubre de 1937, de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales es nula en todo aquello en que hace la situación de la Frontino Gold Mines Limited, con respecto al impuesto sobre la renta que le correspondía pagar por el año comprendido entre el 1º de julio de 1933 y el 30 de junio de 1934, más grave de lo que era en virtud de la Resolución número 657 de 9 de julio de 1936, proferida por la misma Jefatura.

"Segunda. Que en consecuencia la Compañía tiene derecho a que se deduzcan de su renta bruta obtenida en ese año las siguientes cantidades:

a) La de £ 183.232.5.11 por gastos en la mina, que le reconoció la Resolución número 657, citada;

b) La de £ 27.792.2.6, por impuesto pagado en Londres, reconocido en la misma Resolución.

"Tercera. Que la Compañía tiene derecho a que se deduzcan, también, de su renta bruta del año expresado, las siguientes cantidades que la Resolución número R. 1335 H., de 9 de octubre de 1937, reconoció que tenía derecho a deducir:

a) \$ 128.773.90, por depreciación; y

b) £ 2.692.4.10, por intereses pagados sobre bonos.

"Cuarta. Que las libras esterlinas deben liquidarse al cambio de siete pesos con quinientos diez y seis milésimas de peso, cada una.

"Quinta. Que es nula la Resolución número 657, de 9 de julio de 1936, y que procedáis a revisarla y a reformarla en cuanto niega a la Frontino Gold Mines Limited el derecho a deducir de su renta bruta del año comprendido entre el 1º de julio de 1933 y el 30 de junio de 1934, la cantidad de \$ 45.686.03, pagada por gastos en Londres, porque la Compañía tiene derecho a esta deducción.

“Sexta. Que como consecuencia de las declaraciones que preceden, la Administración de Hacienda Nacional de Medellín debe devolver a la Frontino Gold Mines Limited la cantidad de cuarenta y un mil cuatrocientos veintidós pesos con tres centavos (\$ 41.422.03), o la que se fije por el honorable Tribunal previa liquidación del impuesto que haga, teniendo en cuenta la cantidad total pagada por la Compañía.

Subsidiariamente os pido que declaréis; que son nulas las Resoluciones citadas en cuanto el impuesto liquidado por ellas a la Frontino Gold Mines Limited excede de los límites señalados por la ley y que reviséis dichas Resoluciones y las reforméis haciendo la liquidación del impuesto que debe pagar la Compañía por su renta líquida obtenida en el año comprendido entre el 1º de julio de 1933 y el 30 de junio de 1934, y ordenéis que se la reintegre por la Administración de Hacienda Nacional de Medellín, la cantidad que resulte pagada en exceso, expresada en suma líquida.”

En derecho apoyó la demanda “en la Ley 81 de 1931, en los decretos reglamentarios de ésta, en las disposiciones del Código Judicial sobre recursos, especialmente el de reposición, y en la norma universalmente aceptada de que a nadie que intenta un recurso puede la providencia que lo decide imponerle obligaciones que no tenía a virtud del auto o sentencia recurridos.”

Los hechos fundamentales de la acción son los mismos que quedaron sucintamente expuestos en la relación de los antecedentes del negocio, con que se encabeza este fallo.

Refiriéndose en otros apartes del libelo a las consecuencias de la posible declaratoria de nulidad de la Resolución R. 1335 H., el apoderado de la Compañía las precisa así:

“No teniendo valor ninguno la Resolución número R. 1335 H. de 1937, proferida por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, sino en la parte en que sea favorable a la Compañía, resulta lo siguiente:

“a) Que la depreciación debe hacerse al 14% sobre los saldos en 30 de junio de 1934, porque la Jefatura aceptó que se hiciera dicha depreciación, considerando que el Decreto 818 de 1936 no puede tener efecto retroactivo;

“b) Que la Compañía tiene derecho a que se deduzca de su renta bruta la cantidad de £ 2.692.410, porque la Jefatura de Rentas aceptó esta deducción;

“c) Que las libras esterlinas deben computarse al promedio de cambio en el periodo gravable, o sea de \$ 7,516, cada libra esterlina, porque la Jefatura aceptó este promedio;

“d) Que la renta bruta de la Frontino Gold Mines Limited, en el año 1933-1934, fue de \$ 2.439.197-88, cantidad fijada por la Jefatura en la Resolución número R. 1335 H.;

“e) Que de esta renta bruta deben deducirse por gastos en la mina incluyendo pagos a tributarios, hundimiento de pozos y pérdidas de compañías subsidiarias, la cantidad de £ 183.232.5.11, cantidad ésta que fue aceptada por la Resolución número 657 de 1936, y que no podía disminuirse posteriormente por la Jefatura de Rentas, por falta de facultad para revisar y porque al resolver un memorial de reposición no podía agravar la situación de la Compañía;

“f) Que asimismo deben deducirse de la renta bruta £ 27.792.2.6 por impuesto sobre la renta pagado en Inglaterra, cantidad que fue aceptada por la Resolución número 657, y que no puede variarse por las razones expuestas.”

Procede ahora entrar a estudiar los fundamentos de las peticiones de la demanda, analizándolas en el mismo orden que fueron formuladas en el libelo, y propugnadas en los alegatos, que es por lo demás el que mejor responde a las conveniencias lógicas de la exposición.

Nulidad de la Resolución R. 1335 H. de 1937.

Dos son los argumentos con que se impugna la validez de esta providencia: Primero. Que es violatoria del numeral 1º del artículo 15 de la Ley 81 de 1931, porque la Jefatura de Rentas, en la fecha en que la dictó, carecía de facultad para "revisar y para estimar la renta de la Frontino Gold Mines Limited" y "para hacer cambio alguno en la renta tasable de ella". Segundo. "Al conocer del memorial de reposición la Jefatura sólo tenía competencia para resolver en favor de la Compañía."

Primer argumento. El artículo 15 de la Ley 81 de 1931, cuyas disposiciones son las aplicables al caso en estudio, por tratarse de un impuesto exigible en 1934, cuando aún no regían las de la Ley 78 de 1935 y decretos que la reglamentan, dice textualmente:

"A partir del día primero de septiembre de cada año, los Administradores de Hacienda Nacional enviarán una copia del expediente respectivo a cada uno de los contribuyentes cuyas rentas tasables hayan sido determinadas por dichos Administradores, al Director General de Rentas Nacionales, para que sean verificadas por éste o por los empleados a quienes haya delegado sus funciones. Dicho Director General estará autorizado, basándose en el examen del expediente y en todas las demás informaciones plenamente comprobadas que pueda obtener, para revisar las cuantías de rentas gravables fijadas por los Administradores, y para hacer que tales funcionarios hagan las imposiciones adicionales sobre los contribuyentes, o para disponer los reembolsos que hayan de hacerse; según el caso. Cuando se trate de imposiciones adicionales, éstas serán debidas y pagadas tan pronto como los avisos sobre ellas sean dados a los contribuyentes afectados. Con excepción del caso de los contribuyentes mencionados en el numeral 2º de este artículo, no se hará cambio alguno por dicho Director General en la renta tasable o en impuesto de cualquier contribuyente, después del 1º de septiembre del año inmediatamente siguiente a aquel en que se hizo la declaración."

La excepción a que se refiere la parte final del precepto transcrito toca con las personas o entidades que hayan dejado de declarar la renta.

Posteriormente los artículos 106 y 109 del Decreto 818 de 1936 conferieron al Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales la facultad de estimar las rentas y fijar los impuestos en cualquier tiempo, cuando se trate de rentas no declaradas u omitidas en una declaración o declaradas por valor inferior.

Es evidente que la Compañía demandante no se encuentra en ninguno de los casos de excepción que permiten a la Jefatura de Rentas ejercitar la facultad de revisión en cualquier tiempo, puesto que hizo oportunamente la respectiva declaración desde el 27 de mayo de 1935, y por ninguna parte aparece que hubiera habido omisiones en la declaración ni que ésta fuera por valor inferior al hallado en los libros de la Compañía. Además, la Jefatura de Rentas había ejercitado ya la facultad de revisión al dictar la Resolución número 657 de 9 de julio de 1936.

El argumento contra la Resolución R. 1335 H., de 9 de octubre de 1937, sería, pues, valedero si la Oficina de Rentas hubiera dictado esta providencia oficiosamente, y en uso de una facultad cuyo ejercicio le vedaba la ley después del 1º de septiembre de 1936, año inmediatamente siguiente a aquél en que la Frontino Gold Mines Limited hizo la declaración de renta. En tal hipótesis si tendría mérito jurídico la alegación del actor de que, no existiendo facultad para dictarla, la Resolución es nula.

Pero el caso contemplado es otro. La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales no dictó la Resolución R. 1335 H. oficiosamente. Haciendo uso del derecho que consagra el artículo 115 del Decreto 818 de 1936, el apoderado de la Compañía intentó el recurso de reposición contra la Resolución número 657 de 9 de julio de 1936, y precisamente fue el conocimiento y decisión de este recurso, oportuna y legalmente interpuesto por un contribuyente, el que dio competencia a la Jefatura para dictar la providencia posterior. En varios pasajes de la Resolución, la Jefatura insiste en declarar que no tiene ya facultad para revisar la liquidación primitiva, que carece de facultad para revisar. Y al final, sintetiza su pensamiento al respecto, en los siguientes términos:

“El mayor valor del impuesto deducido en esta providencia sobre el liquidado en la Resolución reclamada, no obedece a una revisión propiamente dicha, sino a la necesidad en que la Compañía ha colocado a la Jefatura de atender a las cifras en moneda corriente que aparecen en sus cuentas, ya que se ha comprobado que sí lleva contabilidad en moneda colombiana, a pesar de que la Compañía había venido presentando sus balances en libras esterlinas, dando así lugar a errores en contra del Fisco Nacional.”

No habiéndose dictado la Resolución R. 1335 H. en ejercicio extemporáneo de la facultad legal de revisión, sino en cumplimiento del deber de resolver sobre el recurso de reposición legalmente intentado contra una providencia anterior, no viola por este aspecto la norma del numeral 1º del artículo 15 de la Ley 81 de 1931 ni hay mérito para declararla nula por carencia de facultad en el funcionario que la dictó.

Segundo argumento. Razona así el apoderado de la Compañía demandante:

“El recurso —refiriéndose al de reposición— determina la jurisdicción del Juez, Magistrado o empleado administrativo, y la limita. Si él no se interpone, la providencia queda en firme. Nadie puede variarla. Pero la revocatoria, reforma ó aclaración no pueden pronunciarse sino en favor del recurrente, por la razón de que si se pide una de estas cosas, a resolverla debe limitarse quien pronunció la providencia. El recurso permite al autor de ella una nueva actuación que se concreta a decidir sobre lo pedido por el recurrente. Se accede a la solicitud de éste o se niega, pero se carece de jurisdicción para resolver sobre lo que no es materia del recurso, porque esa parte de la decisión quedó ejecutoriada, inamovible.”

De donde concluye que debe declararse la nulidad de la R. 1335 H. en todo aquello que hace la situación de la Frontino Gold Mines Limited más grave de lo que era en virtud de la Resolución recurrida, que es en este negocio la número 657 de 9 de julio de 1936.

Pero no es necesario profundizar en el carácter tan diverso de los recursos de reposición y apelación para llegar a la conclusión de que es inaceptable la opinión expresada por el apoderado de la Compañía demandante en su alegato de segunda instancia, de que el recurso de reposición “es una especie de apelación interpuesta ante el mismo autor de la resolución”.

Surge con mayor fuerza esta diferencia respecto de un recurso administrativo como el que consagra el artículo 115 del Decreto 818 de 1936, ya que la providencia del Jefe de Rentas que lo decide, deja a los contribuyentes expedita la vía para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa en amplio debate, en el que deberán examinarse y decidirse todas las cuestiones a ella sometidas con el único criterio aceptable en estas cuestiones: el de la realidad y la conformidad con la ley. Es exótico, cuando menos, hablar de situaciones definitivas, de “dere-

chos adquiridos", refiriéndose a las decisiones de las autoridades administrativas en el proceso sobre imposición de impuestos.

En ninguna parte ha definido la ley el alcance y los efectos del recurso de reposición ante el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales. Pero a este respecto, es indicativo del espíritu que informa nuestra legislación, el precepto del artículo 40 de la Ley 63 de 1936, "por la cual se organizan los impuestos sobre la masa global hereditaria, asignaciones y donaciones", que dice textualmente: "El funcionario que conoce de un recurso contra la liquidación, debe revisarla íntegramente, y rehacerla en cuanto fuere deficiente en contra del Fisco, aunque los puntos de la modificación no sean materia del incidente de objeciones". Relacionando esta disposición con la del artículo 115 del Decreto 818 de 1936, sí cabe hablar de analogía, pues ambas versan sobre materias similares. Analogía que no existe, que no puede existir entre dos recursos tan disímiles como lo son el de apelación y el de reposición.

Considera el Consejo de Estado que en negocios como el presente no procede dilucidar a quién se le adjudica la mejor y a quién la peor parte. Lo que la ley grava es la utilidad líquida de los contribuyentes y lo que importa saber, como acertadamente lo expresa el apoderado de la Compañía en memorial de 13 de agosto de 1936, es "cuál es real y verdaderamente la renta gravable". En procesos de esta índole hay que descartar la idea de parte y parte, de posiciones favorables o desfavorables, adquiridas o desconocidas. Realidad de la renta y legalidad del impuesto: he aquí el objeto que debe perseguir toda la actuación, y en cuya cabal consecución se armonizan la obligación de los contribuyentes de satisfacer los tributos que el Estado les ha impuesto y el derecho de éste a percibirlos en su integridad. Nada más, pero tampoco nada menos.

Analizada con este criterio la Resolución R. 1335 H. es inobjetable. ¿Qué fue lo que movió al Jefe de Rentas a ordenar la práctica de un examen en los libros de la Compañía demandante, y a rehacer la liquidación sobre las cifras en moneda colombiana que aparecen en sus cuentas? La solicitud insistente de la Compañía para que en la conversión de libras inglesas a pesos colombianos se adoptara el promedio del cambio durante el año gravable y no el tipo vigente en 30 de junio de 1934. El señor Fiscal de esta Corporación, en su vista de fondo, dilucida este punto con lucidez y acierto, y llega a conclusiones que el Consejo acoge.

"Habiéndose planteado —dice el señor Agente del Ministerio Público— ante la Jefatura el problema del tipo de cambio a que debía liquidarse el balance presentado en libras, le quedaban tres caminos: mantenerse en su decisión consignada en la primera Resolución aplicando el tipo en 30 de junio de 1934, o escoger el propuesto por la Compañía del promedio legal del cambio durante el año que terminó en esa fecha, o investigar realmente cuál fue el tipo a que se hicieron las operaciones por parte de la Compañía. Es indudable que las operaciones de la Compañía tuvieron que ser hechas a todo lo largo del año gravable y a diferentes tipos de cambio, a medida que en la fecha de cada operación variaba la relación entre la libra esterlina y el peso colombiano. Por eso, tanto la primera como la segunda solución no son estrictamente exactas, y al escoger la una o la otra, haría de la renta un cálculo aproximado. En cambio, dada la existencia de la contabilidad en pesos colombianos, la relación entre ésta y el balance en libras esterlinas da justamente el valor del cambio a que se hicieron las operaciones de la Compañía. Por ese motivo considero que la Jefatura de Rentas al escoger para sus datos la contabilidad en pesos colombianos, que debe admitirse como exacta y equivalente a la llevada

en libras esterlinas, no hizo otra cosa que resolver el punto sometido a su estudio en el memorial de reconsideración de su primera resolución y fijar de manera exacta la relación de los dos signos monetarios empleados por la Compañía en su contabilidad. Por lo tanto debe aceptarse como una consecuencia de la solicitud de reposición la escogencia que hizo la Jefatura de los datos que arrojaban los libros de la Compañía llevados en moneda colombiana. En consecuencia, en esa forma queda implícitamente resuelto el problema relacionado con el tipo de cambio."

Siendo la Resolución R. 1335 H., como lo es, una consecuencia de la solicitud de reposición, y el mayor valor del impuesto deducido en esta providencia sobre el liquidado en la resolución reclamada el resultado de una apreciación de las cuentas más ceñida a la realidad y más aproximada a la exactitud de las operaciones, no cabe acceder a la primera de las solicitudes de la demanda.

Negada la primera, se impone el rechazo de las cinco restantes, en cuanto éstas han sido formuladas en la demanda como una consecuencia de la decisión favorable de aquélla. Sin perjuicio de que el Consejo entre a estudiar el fundamento legal de cada una de las deducciones a que cree tener derecho la Compañía. Sería desvirtuar y aun menoscabar la misión de la jurisdicción contencioso-administrativa, reducirla a comprobar, a modo de inventario o de balance, los puntos en que son favorables o desfavorables los actos acusados a las pretensiones del actor. La misión de esa jurisdicción es revisar los actos de las corporaciones y empleados administrativos y ajustarlos, si fuere preciso, a los mandatos de la ley.

Negadas las peticiones principales de la demanda, es llegado el momento de resolver acerca de la subsidiaria, en que se pide por el apoderado de la Compañía la nulidad de las Resoluciones acusadas en cuanto el impuesto liquidado exceda de los límites señalados por la ley y se revisen y reformen dichas providencias, haciendo la liquidación del impuesto que debe pagar la Compañía por su renta líquida obtenida en el año comprendido entre el 1º de julio de 1933 y el 30 de junio de 1934. Hay, pues, que examinar, a la luz de las disposiciones de la Ley 81 de 1931, cuál es el monto real de la renta bruta y cuáles las deducciones legalmente aceptables, para determinar con exactitud la renta líquida.

Renta bruta. El monto de ésta fue fijado por la Jefatura de Rentas y aceptado por la Compañía en la suma de \$ 2.239.197-88, valor recibido en pesos colombianos por razón del oro vendido. Por lo demás esta suma es el equivalente de la de £ 325.030.10.5, que figura en el balance presentado como declaración por la Compañía, al tipo de cambio aproximado de 7.56.

Deducciones. Estas comprenden los siguientes renglones: gastos de la mina, incluyendo pagos a tributarios, gastos de desarrollo, hundimiento de pozos y pérdidas ocurridas a compañías subsidiarias; depreciación de plantas, maquinaria, edificios y muebles; intereses sobre bonos (debenture); impuesto sobre la renta pagado en Inglaterra, y gastos en las oficinas inglesas.

Gastos en la mina. Esta deducción, que autoriza el numeral 1º del artículo 2º de la Ley 81 de 1931, fue fijada por la Jefatura en diversas partidas, que sumadas con otras correspondientes a deducción de índole distinta, arrojan un total de \$ 1.262.979-00, en la Resolución 1335 H., que tuvo a la vista los datos suministrados por los libros de la Compañía en Colombia. El monto de la deducción por gastos, hecha la debida separación de los distintos sumandos, es inferior a la suma de £ 183.232-5-11, que por igual concepto arroja el balance presentado por

la Frontino Gold Mines Ltd., con su declaración y que había sido aceptada en la Resolución número 657 de 1936. Mas para el Consejo es indudable que la que se ajusta a la realidad de los gastos es la fijada en la primera de las providencias a que se alude anteriormente, por cuanto en ella se discriminan los datos, en armonía con la contabilidad de la Compañía en el país.

Depreciación. El numeral 7º del artículo 2º de la Ley 81 autoriza “una razonable deducción por depreciación causada por desgaste o rotura de la propiedad mueble o inmueble, usada en el comercio o negocio”, y el numeral 8º “una deducción razonable por depreciación de mejoras” en el caso de minas. La Compañía presentó como partida deducible por depreciación la resultante de aplicar el 14% sobre los saldos no amortizados de las propiedades depreciables—*Reducing balance method*. La Jefatura, después de haber rechazado este sistema en la Resolución número 657, acabó por aceptarlo en la número R. 1335 H. estimando, con razón, que las normas contenidas a este respecto en los artículos 57 a 66, inclusive, del Decreto 818 de 1936, y que adoptan para la depreciación el conocido con el nombre de método de línea recta o *straight line method*, no eran aplicables al caso por ser posteriores y no tener efecto retroactivo. Y agrega la Jefatura: “Por otra parte, tratándose del caso concreto que se estudia, como la propiedad que se trata de depreciar tiene bastante tiempo de adquirida, aun cuando a primera vista el 14% solicitado sobrepasa el máximo autorizado por el Decreto 818 de 1936, lo cierto es que ese 14% lo deduce la Compañía no del costo inicial sino del saldo pendiente en el año gravable, y de esta suerte puede garantizarse que tal porcentaje equivale a mucho menos del 10% autorizado por los reglamentos colombianos. Por esta razón la Jefatura acepta la mencionada depreciación...”

Intereses sobre bonos (debentures). Como la Frontino Gold Mines Ltd., es una sociedad domiciliada en Inglaterra, y que tiene constituido en Colombia un apoderado o representante con facultades de mandatario al tenor de lo dispuesto en los Decretos legislativos números 2 y 37 de 1906, la disposición aplicable es la del inciso 2º del numeral 1º del artículo 7º de la Ley 81 de 1931, que dice: “El apoderado de una persona natural o jurídica no residente en Colombia, no estará obligado a hacer las deducciones y retenciones de que trata esta disposición, pero en caso de que no las hiciere, se constituirá con su respectivo poderdante, mancomunada y solidariamente, deudor del Fisco por el valor total a que ascienda el correspondiente impuesto sobre la renta, asignado a dicho poderdante, durante el tiempo que dure en el ejercicio del poder, sin perjuicio de que el respectivo Recaudador del impuesto sobre la renta pueda exigir a tales apoderados, cuando lo crea del caso, una fianza adecuada a fin de garantizar convenientemente los intereses del Fisco.” Por lo demás, la Compañía acreditó haber hecho el pago del impuesto correspondiente, en lo relativo a este renglón, con el recibo 039319, de 8 de octubre de 1936, expedido por la Administración de Hacienda Nacional de Medellín, y la deducción le fue aceptada en la Resolución R. 1335 H.

Impuesto sobre la renta pagado en Inglaterra. El fundamento legal de esta deducción se encuentra en el numeral 2º del artículo 3º de la Ley 81 de 1931, que dice: “... Todo residente en Colombia será gravado sobre su renta, cualquiera que sea el origen de ella, ya sea obtenida dentro o fuera del país. Pero en cualquier impuesto asignado de acuerdo con esta Ley a un extranjero residente en el país, se le descontará de su renta líquida gravable la suma de cualesquiera impuestos pagados o debidos, durante el año gravable, al país extraño en donde dicho contribuyente tenga negocios establecidos, si en la legislación de tal

país se hacen descuentos semejantes a los ciudadanos de Colombia residentes en él." La Jefatura, en la Resolución número 657 de 1936, aceptó la deducción por la suma de £ 27.792.26, la misma que figura en el balance presentado por la Compañía, "en virtud de la comprobación legal que se ha hecho por la Compañía de que en la legislación inglesa se aceptan descuentos semejantes a los ciudadanos colombianos residentes en ese país". Posteriormente, en la Resolución número R. 1335 H., la Jefatura varió la cuantía de la deducción aceptando la de \$ 170.799.22 en pesos colombianos, por ser esta suma la que figura en los libros que lleva la Compañía en moneda nacional, con el siguiente pormenor: "Impuesto sobre la renta pagado en Inglaterra, según balance de esta cuenta \$ 170.799.22". Cabría repetir lo dicho anteriormente al tratar de la deducción "*Gastos en la mina*".

Gastos en Inglaterra. De la partida de \$ 45.686-03 que figura en los libros de la Compañía por este concepto, la Jefatura en la Resolución R. 1335 H., sólo reconoció \$ 2.069-56; pero el Tribunal *a quo* reformó en este punto la providencia mencionada. "La Compañía, dice el Tribunal, tiene derecho a la deducción que solicita de \$ 45.686-03. Pero como de esta cantidad la Jefatura reconoció \$ 2.069-56 por útiles de escritorio y cablegramas, sólo tiene derecho a que se le deduzcan \$ 43.616-47, diferencia entre las dos cantidades que corresponde a los otros gastos, ya que por este concepto no estaba obligada a retener el impuesto." El Consejo considera ajustada a la ley la decisión del Tribunal *a quo*, pues se funda en el precepto del inciso 2º del artículo 7º de la Ley 81 de 1931, citado atrás al hablarse de los "*Intereses sobre bonos*".

El señor Fiscal, después de hacer un estudio concienzudo de cada una de las deducciones, sintetiza su concepto global sobre este aspecto del problema en la siguiente forma:

"Sentado esto, se pasa a examinar si las deducciones admitidas en la segunda de las Resoluciones demandadas, corresponden o nó a las que tiene derecho la Compañía que se le admitan. Tales deducciones alcanzan a la suma de \$ 1.262.979-00, y comprenden los gastos de la mina, la depreciación, arrendamientos, sueldos, etc., además de la partida de \$ 170.799-22 por impuesto pagado en Inglaterra, y la de \$ 20.234-88 por intereses sobre bonos. Esta suma es bastante inferior a la de £ 183.232.5.11 agregada al valor de las depreciaciones y demás deducciones admitidas en la segunda Resolución, porque en ella la Jefatura desechó la partida de \$ 325.273-88 correspondiente a pérdida en cambio en la conversión del activo y pasivo, fundándose en que ella no es deducible porque corresponde según explicación del Contador de la Compañía, al reajuste del valor del activo y pasivo, en pesos colombianos en relación con la libra esterlina al tipo en 30 de junio de cada año, fecha de la consolidación del balance general. En la Resolución se argumenta así: 'Además de no figurar este cargo en los libros de Colombia, él no se refiere a un egreso o a una pérdida realizada, sino simplemente a una cuenta nominal. Es una operación de cálculo para fijar los valores de cada balance, y no es gasto, dice el mismo señor Contador de la Compañía. El rechazo de esta partida se justifica como lo más favorable al contribuyente, porque si hubiera de aceptarse so pretexto de estar vencido el término para revisar, habría necesidad de imponer a la Compañía la sanción del 100% por declaración inexacta, para lo cual si está facultada la Jefatura'. Es verdad que la cuenta de cambios es una cuenta nominal que no constituye ganancias o pérdidas por erogaciones en efectivo; pero de esto no se desprende que las fluctuaciones del cambio, que son lo que ella viene a representar en las operaciones de la Compañía, no dan margen a ganancias o pérdidas

al efectuar el balance. Por el contrario, en toda contabilidad esa cuenta tiene precisamente por objeto determinar cuál es la utilidad o pérdida que se obtiene con el juego de los valores monetarios internacionales. Esta razón, unida a la de que la Jefatura no podía rechazar después del 1º de septiembre del año siguiente a la declaración una partida ya aceptada, porque esto implicaría una revisión *extra tempore*, llevan a la Fiscalía a considerar que debe deducirse de la renta bruta la cantidad de \$ 325.273-88 correspondiente a la pérdida en la cuenta de cambios.”

El Consejo lamenta tener que apartarse del respetable concepto de su Fiscal, por las siguientes consideraciones:

Como lo reconoce el mismo señor Agente del Ministerio Público, “la cuenta de cambios es una cuenta nominal que no constituye ganancias o pérdidas por erogaciones en efectivo”. A propósito de la realidad o efectividad de la renta y de las deducciones, en sentencia de 28 de septiembre de 1938, el Consejo ha sentado la siguiente doctrina: “Es absurdo gravar como renta la no devengada, con el solo fundamento de que fue *posible* devengarla en virtud de un derecho abstracto cuya efectividad no sobrevino. Es absurdo también computar, por activa o por pasiva, una deducción a que real y materialmente no hubo lugar”. Por lo demás, la partida de \$ 325.273-88 ni había sido aceptada en la primera resolución de la Jefatura, ni había sido objeto de reclamaciones por parte de la Compañía, y finalmente su deducción no fue solicitada en la demanda.

Como las deducciones que se han venido analizando han sido admitidas todas en las Resoluciones acusadas y en la sentencia de primera instancia, el Consejo conceptúa que ésta debe confirmarse en todas sus partes. Se repite, la diferencia en el monto del impuesto deducido en la Resolución 657 de 1936 respecto del liquidado en la número R. 1335 H., no obedece a otra razón que a la de haberse tomado en la segunda una base de apreciación más ceñida a la realidad y más aproximada a la exactitud, como son las cuentas que la Compañía lleva en Colombia en moneda nacional, pero no por haberse menoscabado, legal o jurídicamente, los derechos de la Compañía, ni rechazado ninguna de las deducciones que la ley concede y que ella solicitó, ni fijado como base para la liquidación una distinta de la aceptada por la misma Compañía, como quedó ampliamente demostrado en las consideraciones, ya extensas, que preceden.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *falla*:

Confirmase en todas sus partes la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Medellín, con fecha diez y seis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho.

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

Tulio Enrique Tascón—Guillermo Peñaranda Arenas—Gonzalo Gaitán.
Elias Abad Mesa—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V., Secretario

Inscripción de listas

Consejero ponente, doctor

GUILLERMO PENARANDA ARENAS

La aceptación de los candidatos vale para la lista original que ellos conocieron, pero no para una distinta, que no aparezca demostrado que hubieran querido prohijar posteriormente. El propósito del legislador, al hacer obligatoria la inscripción de las planchas, fue el de que se notificaran al electorado los nombres por los cuales debe votar. Por eso rodeó la inscripción de ciertas formalidades, para evitar abusos que contraríen la verdadera aspiración de los partidos.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre veintiséis de mil novecientos treinta y nueve.

El doctor Otto Barrios Guzmán, en escrito fechado el 18 de abril de 1939, demandó ante el Tribunal Administrativo de Bogotá “la nulidad de los escrutinios llevados a cabo por el Consejo Electoral de Cundinamarca, correspondientes a las elecciones verificadas el 19 de marzo del corriente año, en la parte que tal corporación escrutó y declaró electo como Diputado por el Círculo Electoral de Zipaquirá al señor Jorge González Trujillo, y que en su lugar se declare elegido al señor Rafael Cárdenas O.”

En apoyo de su demanda citó las siguientes disposiciones: artículo 190 de la Ley 85 de 1916; artículos 2º, 3º y siguientes de la Ley 7ª de 1932; artículo 5º de la Ley 187 de 1936, y artículo 1º de la Ley 67 de 1937.

El Tribunal *a quo*, por auto de fecha 14 de julio último, reconoció al señor Jorge González Trujillo como opositor en este juicio. Y llegado el momento de fallar, desató la litis en la forma siguiente:

“1º No es el caso de declarar la nulidad a que se refiere la demanda con que se inició el presente juicio;

“2º De conformidad con lo dispuesto en los artículos 184 y 185 de la Ley 85 de 1916, ordénase la rectificación de los escrutinios realizados por el Consejo Electoral del Departamento de Cundinamarca, en los días comprendidos del 10 al 14 de abril del presente año, con motivo de las votaciones verificadas el día 19 de marzo último, para Representantes al Congreso y Diputados a las Asambleas Departamentales. La rectificación se hará únicamente en lo relativo a la elección de Diputados a la Asamblea Departamental de Cundinamarca por el Círculo Electoral de Zipaquirá, computando los votos emitidos por la lista encabezada por el señor Rafael Cárdenas O., y en que figura el señor Marcelino Montaña como primer suplente del segundo renglón, lista inscrita bajo el acta correspondiente, marcada con el número 9;

“3º El nuevo escrutinio ordenado en el punto anterior se efectuará por el Tribunal Administrativo de Bogotá, el quinto día útil siguiente a

la ejecutoria de este fallo, y a la hora que principia al dar el reloj las nueve de la mañana, y para ello tendrá en cuenta los documentos que figuran en autos, los registros de escrutinios de los Jurados de Votación y de los Jurados Electorales, como también cualesquiera otros documentos y elementos relacionados con las votaciones verificadas, todo lo cual se pedirá al Consejo Electoral del Departamento o a la Corporación respectiva;

“4º Terminado el nuevo escrutinio a que se refieren los puntos segundo y tercero de esta parte resolutive, el Tribunal declarará electos Diputados a la Asamblea Departamental de Cundinamarca, por el Circulo Electoral de Zipaquirá, a quienes legalmente corresponda, y les expedirá las respectivas credenciales correspondientes de Diputados a la Asamblea referida, por dicho Circulo Electoral de Zipaquirá, expedidas por el Consejo Electoral de Cundinamarca.”

Contra esta providencia interpuso oportunamente el recurso de apelación el señor González Trujillo, motivo por el cual ha venido el negocio al Consejo, donde se procede a resolverlo mediante las siguientes consideraciones:

Los doctores Parmenio Cárdenas, Moisés Prieto y J. Pabón Peláez, en representación del Directorio Liberal de Cundinamarca, firmaron una solicitud a la Alcaldía de Bogotá, para la inscripción de la siguiente lista de candidatos a la Asamblea Departamental, por el Circulo Electoral de Zipaquirá:

Primer renglón:

Principal: Rafael Cárdenas.
Primer suplente: Hernando Alvarado.
Segundo suplente: Luis A. Rodriguez.

Segundo renglón:

Principal: Carlos E. Bernal.
Primer suplente: Marcelino Montaña.
Segundo suplente: Esteban Triana.

La solicitud de inscripción fue modificada en el momento de inscribirla por el doctor Prieto, en el sentido de cambiar el nombre del señor Marcelino Montaña, primer suplente de Carlos E. Bernal, por el del señor Rafael García, y en esta forma fue sentada el acta correspondiente, marcada con el número 9, como consta de autos. Pero esta modificación introducida en la lista original por uno de los inscriptores, fue desautorizada por el Directorio Liberal del Departamento, y el doctor Cárdenas, Presidente de la referida Corporación, pidió al señor Alcalde hiciera figurar como inscrita la plancha que contenía el nombre de Marcelino Montaña.

El señor Alcalde, atendiendo la petición del doctor Cárdenas y con fundamento en la respuesta dada por el Ministerio de Gobierno a una consulta que sobre el particular le formuló, dictó la Resolución número 28 de 16 de marzo último, cuya parte resolutive reza así:

“Primero. Modifíquese el acta de inscripción número 9, sentada en el día 13 de los corrientes, en lo referente a las listas de candidatos a la Asamblea de Cundinamarca por el Circulo Electoral de Zipaquirá, en la parte en que figura el nombre de Rafael M. García, en lugar del nombre del señor Marcelino Montaña, y en consecuencia hágase figurar en el segundo renglón que corresponde al nombre del señor Carlos E. Bernal, como primer suplente de éste, al señor Marcelino Montaña.

“Segundo. Siéntese el acta aclaratoria respectiva”.

En cumplimiento de esta providencia se corrigió el acta número 9 mencionada, y al efecto, en el folio 1º del expediente figura un certificado expedido por el señor Alcalde, en el cual consta, como inscrita, la plancha originalmente suscrita por el Directorio Liberal de Cundinamarca. Igualmente, en la relación de las listas inscritas, que el Alcalde pasó al Consejo Electoral del Departamento, figura por el Círculo Electoral de Zipaquirá la encabezada por el señor Rafael Cárdenas O., tal como quedó después de la modificación ordenada por la Resolución número 28, a que se ha hecho referencia.

Pero la Corporación Electoral, al verificar los escrutinios demandados, se abstuvo de computar los votos emitidos por la lista que encabezaba Cárdenas O., en obediencia a la siguiente proposición, aprobada por tres de sus miembros:

“El Consejo Electoral de Cundinamarca, de acuerdo con la facultad que le otorga el artículo 4º de la Ley 7ª de 1932, resuelve no tener en cuenta los votos emitidos en el Círculo de Zipaquirá por las listas que encabezan Rafael Cárdenas O. y Carlos E. Bernal con suplente en segundo renglón el señor Marcelino Montaña.”

Para resolver la cuestión planteada en la demanda y que se origina en la actuación del Consejo Electoral, precisa estudiar y definir dos puntos: 1º Si éste obró de acuerdo con la facultad que le confiere el texto legal que cita; y 2º Si la lista de que se trata fue válidamente inscrita, y por lo tanto pueden desconocerse los votos que en su favor se emitieron.

En cuanto a lo primero se refiere, basta observar:

El artículo 4º en que se apoyó el Consejo Electoral para abstenerse de computar los sufragios de que se trata, es del tenor siguiente:

“Transcurrido el término señalado en el artículo anterior, no podrán hacerse más inscripciones; y los escrutadores no tomarán en cuenta los votos emitidos a favor de las listas que no se hayan inscrito de conformidad con esta ley.”

Esta norma faculta a las Corporaciones Electorales para no tomar en cuenta los votos emitidos por listas no inscritas conforme a la Ley 7ª, como claramente lo expresa su tenor literal. De modo, pues, que para que el ejercicio de esta facultad encaje precisamente dentro del texto legal, es necesario que quien vaya a hacer el escrutinio, se encuentre ante una situación de hecho, como sería el caso de una lista inscrita fuera del término legal. Porque es preciso hacer una distinción fundamental entre el problema que se presenta al escrutador, cuando ante él se alega que determinada plancha no fue inscrita, y cuando ya no se trata de esto, sino de una tacha de fondo a la respectiva inscripción. En el primer caso, la discusión se elimina, con el examen de las circunstancias de hecho. Y es únicamente en este caso cuando cabe la aplicación del principio contenido en la disposición transcrita. Pero cuando la controversia se refiere a la validez legal de la inscripción de una lista, como es el caso de autos, ya no puede ejercitarse la facultad que se analiza; porque entonces se trata de una cuestión de derecho, cuya dilucidación le está vedada a los Cuerpos Electorales, por el artículo 14 de la misma Ley 7ª de 1932. Y en este sentido es como debe interpretarse el alcance de la autorización conferida por el artículo 4º, armonizándolo con lo dispuesto en el 14 citado, que prohíbe en forma terminante a los escrutadores entrar en apreciaciones de derecho.

La ley ha querido, por razones incontrovertibles, que todos aquellos problemas de derecho que se susciten con motivo de las elecciones, ya sea en la inscripción de las listas o en el acto mismo de ellas, se sus-

traigan de los escrutadores y queden sometidos exclusivamente a la revisión de la justicia contencioso-administrativa. Y cuandoquiera que las Corporaciones Electorales han abusado de sus atribuciones en este campo, el Consejo de Estado ha restablecido el orden jurídico quebrantado por una decisión que excede las atribuciones que la ley les ha concedido.

Por lo que hace, propiamente, al examen relacionado con la validez de la lista, precisa hacer las siguientes consideraciones:

Como consta de autos, y se dejó dicho en la relación sintética de los hechos con que se encabeza esta sentencia, los doctores Parmenio Cárdenas, Moisés Prieto y J. Pabón Peláez, a nombre del Directorio Liberal, firmaron una solicitud de inscripción de una lista, que fue modificada al llevarla a la Alcaldía, por uno solo de los que la suscribieron. Posteriormente, por petición del doctor Cárdenas se corrigió el acta de inscripción respectiva, y se acogió la lista original. Igualmente consta en el expediente, que el Directorio Liberal desautorizó en forma expresa la enmienda introducida por el doctor Prieto.

Como se ve, aparece clara y manifiesta la intención del partido representado por el Directorio Liberal de Cundinamarca, que determinados nombres integraran la plancha de candidatos a la Asamblea del Departamento, por el Círculo Electoral de Zipaquirá.

De modo, pues, que cualquiera manifestación de uno solo de los firmantes, no podía prevalecer sobre la voluntad de los otros dos y la del Directorio que representaban, como lo expresó el Ministerio de Gobierno en la consulta que obra en autos.

No sobra agregar que, en el caso en estudio, los candidatos habían aceptado sobre la base de los nombres escogidos por el Directorio, y en tal virtud no podía disponerse de su firma para hacer, sin su anuencia, cambios en el personal de la lista, contrarios precisamente a la voluntad de la entidad política que los postuló. En suma: la aceptación de los candidatos valía para la lista original que ellos conocieron, pero no para una distinta, que no aparece demostrado que hubieran querido prohibir posteriormente.

Además, el propósito del legislador, al hacer obligatoria la inscripción de la plancha, fue el de notificar al electorado de los nombres por los cuales debería votar, previniendo así las maniobras sorpresivas que tergiversaran o anularan el anhelo de la colectividad concretado en los candidatos escogidos. Por eso rodeó la inscripción de ciertas formalidades, que necesariamente deben cumplirse, para evitar abusos que contraríen la verdadera aspiración de los partidos.

Estas consideraciones llevan a la conclusión de que la Resolución por medio de la cual el Alcalde corrigió el acta de inscripción respectiva, se ajusta a los principios que dominan el espíritu y la letra de la legislación electoral vigente, por lo cual, la lista válidamente inscrita, en los términos que la Alcaldía informó al Consejo Electoral del Departamento, no podía dejar de escrutarse como lo hizo irregularmente aquella entidad.

En consecuencia, es procedente la rectificación de los escrutinios, para computar los votos emitidos en el Círculo Electoral de Zipaquirá, por la lista encabezada por el señor Rafael Cárdenas O., con primer suplente en el segundo renglón, el señor Marcelino Montaña.

Respecto de la nulidad entablada por el actor, el Consejo acoge los conceptos del Tribunal de primera instancia, en el sentido de que aunque en este caso la acción indicada era la de rectificación de los escrutinios, a esto debe procederse de acuerdo con el artículo 185 de la

Ley 85 de 1916, según la cual, si se demanda la nulidad en vez de reclamar contra la irregularidad en el cómputo, deben ordenarse las modificaciones correspondientes.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Tulio Enrique Tascón—Guillermo Peñaranda Arenas—Gustavo Hernández Rodríguez—Carlos Rivadeneira G.—Ramón Miranda—Eliás Abad Mesa—Gonzalo Gaitán—Luis E. García V., Secretario.

Depreciación por desgaste

Consejero ponente, doctor

GUILLERMO PEÑARANDA ARENAS

De conformidad con el numeral 7° del artículo 2° de la Ley 78 de 1935 y con los artículos 57 y siguientes del Decreto 818 de 1936, la deducción por depreciación sólo es admisible respecto de la propiedad que produzca renta gravable. Mal podría pretenderse que de la renta producida por determinadas actividades, se dedujera la depreciación ocasionada por el desuso de una propiedad que en nada ha influido en el éxito económico de esas actividades.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre veintisiete de mil novecientos treinta y nueve.

En escrito presentado el 2 de octubre de 1938, el señor Miguel A. Navas A., obrando en su carácter de representante legal de la sociedad anónima denominada *Colombia Products Company, en liquidación*, y haciendo uso del derecho que consagra el artículo 12 de la Ley 78 de 1935, reglamentado por el 116 del Decreto 818 de 1936, interpuso ante el Tribunal Administrativo de Cartagena “el recurso de revisión contra la Resolución número R. 816 H., de 18 de junio de 1938, del Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, por medio de la cual se decidió la reclamación que la Compañía que represento había intentado contra la liquidación de sus impuestos para el año de 1936, Resolución que en parte ha aceptado la Compañía por serle favorable, limitándose el presente recurso únicamente a lo desfavorable”.

El Tribunal *a quo*, en sentencia de 3 de diciembre del año pasado, puso fin al negocio resolviendo que no era el caso de declarar la nulidad de la Resolución que motivó la demanda.

De este fallo apeló el representante de la Compañía y, concedido el recurso en el efecto devolutivo, han venido los autos a esta Superioridad, donde, después de observarse los trámites propios de la segunda instancia, ha llegado el momento de resolver en el fondo, para lo cual se considera:

A dos puntos se limitó el recurso, por estimar la Compañía que en ellos se violó la ley por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales: 1° En la liquidación del impuesto de patrimonio, en el renglón titulado *Maquinaria y equipo*, la Jefatura desechó la declaración que hizo la Compañía por la suma de \$ 150.000-00, y estimó que debía evaluarse en \$ 596.183-21, o sea su precio comercial, y 2° En la liquidación de la renta rechazó la deducción de \$ 115.566-06, por depreciación de la maquinaria y equipo, fundándose la Jefatura en que la ley y los reglamentos no autorizan esas depreciaciones cuando las maquinarias no se han usado.

Maquinaria y equipo. A este respecto argumenta así el representante de la Compañía:

"En el capítulo titulado *Maquinaria y equipo* que aparece al folio 17 del expediente adjunto, la Jefatura de Rentas desechó la declaración que hizo la Compañía en ese renglón por la suma de \$ 150.000-00, estimando que ese renglón debía evaluarse en \$ 596.183-21, o sea su precio comercial, sin las deducciones por depreciación, desuso, etc., que hizo la Compañía conforme a la ley, creyendo el señor Jefe de Rentas, al hacer su estimación, interpretar rectamente el ordinal g) del artículo 98 del Decreto 818 de 1936, que cita como base de su apreciación.

"Estimo que la citada disposición ha sido mal interpretada, y que debe aceptarse la declaración de la Compañía, porque si bien es cierto que el ordinal g) del artículo 98 antes citado dice que se tomará en cuenta el precio comercial, agrega: 'de acuerdo con el numeral b) de este artículo', y este numeral b) remite a los artículos 33 y siguientes del Decreto, y como entre estos 'siguientes' están los relativos a las deducciones por depreciación, es obvio que no puede entenderse aquel ordinal g) en forma aislada, sino relacionándolo con los otros.

"Ahora bien: es de estricta justicia aceptar las deducciones que autorizan los artículos 57 y siguientes del Decreto, por cuanto se trata de una maquinaria que no se usó jamás y se deterioró consiguientemente, además de que se oxidó con el aire del mar, llegando a constituir un 'lastre' oneroso en los negocios de la Compañía.

"Ni es aceptable el argumento que trae más adelante el Jefe de Rentas, en el capítulo 'Renta' del mismo folio, para no aceptar las deducciones, pues no se desprende de las disposiciones que él cita, que la ley haya querido negar las deducciones cuando las maquinarias hayan estado inútiles y no haya querido negarlas cuando han servido en parte, porque eso es absurdo e ilógico y no puede haber interpretación legal que conduzca al absurdo.

"El mismo funcionario reconoce que en el inciso 2º del artículo 61 del Decreto, se contempla una deducción aún mayor de la usual cuando 'la inversión correspondiente ha perdido completamente su utilidad', y dentro de ese espíritu no es admisible el argumento simplista de la Resolución, de que cuando la maquinaria no se usa no se admiten deducciones.

"Esta interpretación tampoco estaría de acuerdo con el artículo 62 del Decreto, que dice que cuando en virtud de las diferentes deducciones por depreciación haya quedado amortizado el precio total de la inversión, cesarán las deducciones, pues de aquí se deduce lógicamente que puede llegar un momento en que toda la inversión haya quedado amortizada con depreciaciones sucesivas."

Después de definir lo que legalmente se entiende por patrimonio gravable, los artículos 98 y siguientes del Decreto 818 de 1936 fijan las reglas que han de seguirse tanto para la declaración del patrimonio que debe hacer el contribuyente como para la estimación que del mismo debe hacer el empleado liquidador, y entre esas reglas se encuentra la siguiente: "b) *Bienes muebles* en general, por el precio comercial. Para los efectos de esta disposición se entiende por precio comercial el precio de costo o de adquisición, según el caso, fijado de acuerdo con los artículos 33 y siguientes de este Decreto, más el porcentaje de gastos indirectos o generales del negocio que afecte y sea necesario cargar a esta clase de bienes, porcentaje que podrá ser fijado de acuerdo con la costumbre permanente adoptada por el contribuyente en el negocio de que se trata. De acuerdo con esta disposición, los mencionados bienes deberán declararse así: g) *Maquinaria, material, muebles y herramientas, empleados en el comercio, industria o nego-*

cio, por el precio comercial fijado de acuerdo con el numeral b) de este artículo."

Para el Consejo es indudable que, no obstante la referencia que la parte final del numeral b) del artículo transcrito hace a los artículos 33 y siguientes del Decreto, las deducciones que autorizan los artículos 57 y siguientes no son aplicables al caso de la estimación de bienes muebles, para los efectos del impuesto sobre el patrimonio, como lo pretende el representante de la Compañía, porque esas deducciones se refieren a algo muy distinto como es la depreciación por desgaste o rotura de la propiedad, cuyo monto puede deducirse de la renta bruta, no del patrimonio. Además, tanto la ley como el reglamento hablan de depreciación de la propiedad usada en el comercio o negocio, y el numeral 4º del artículo 76 del Decreto 818 establece expresamente que no son deducibles "los deméritos por desuso". Y este último es precisamente el caso de la Compañía: "Por el desuso, las condiciones, climáticas a la orilla del mar, donde el óxido corroe hasta los objetos de manufactura que se garantiza inoxidable, bien mantenidos y en pleno funcionamiento, las maquinarias del Packing han sufrido un deprecio considerable. Desde su fundación, hace más o menos doce años, la empresa ha estado en paro forzoso, sin poder funcionar, lo que motiva el que sus máquinas y equipos hayan experimentado una desvalorización mayor que si hubieran estado en actividad."

En la legislación norteamericana se reconoce la depreciación por desuso o "absolecencia", que no reconoce la ley colombiana. Pero cree el Consejo que el reglamento ha previsto la manera de remediar los inconvenientes o injusticias que en la práctica pudiera acarrear ese desconocimiento, en lo que atañe a la estimación del patrimonio, cuando en el inciso 3º del artículo 99 del Decreto 818 faculta al Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales para que, a solicitud del contribuyente, por motivos plenamente justificados, eleve o rebaje el precio comercial, cuando hubieren mediado causas razonables que hayan determinado un alza o baja de aquel precio.

El señor Fiscal de la Corporación analiza así este punto en conceptos que el Consejo acoge, por estimar que ellos interpretan a cabalidad el espíritu del sistema tributario implantado en nuestra legislación:

"De lo anterior se desprende que el precio fijado a la maquinaria por la Resolución es el precio comercial que debe darse a esta clase de bienes según las disposiciones citadas; que no son de aplicación a la reducción de este precio los artículos 57 y siguientes en que se apoya el demandante y que existe disposición expresa que permite modificar el precio de adquisición para llegar a la fijación de un precio comercial acorde con la realidad mediante dos sistemas:

"El primero por medio de cuotas de amortización acumuladas y calculadas sobre la vida de la propiedad usada en el negocio o industria cuando sea susceptible de depreciaciones por desgaste o rotura. No es el caso de autos porque la misma Compañía manifiesta que no ha usado esa maquinaria, lo que le quita el carácter de depreciable por desgaste o rotura.

"El segundo consiste en el derecho otorgado al contribuyente, de solicitar por motivos plenamente justificados, autorización para bajar o elevar el precio comercial. Este hubiera sido el camino indicado y seguramente si se hubiera empleado habría tenido éxito la pretensión de la Compañía. Pero en autos no aparece dirigida solicitud alguna al respecto que permitiera al Jefe de Rentas bajar el precio comercial, y como según el artículo 98 arriba transcrito, esto no puede hacerse de oficio, habría resultado ilegal una decisión de rebaja sobre el particular."

"Lo único que hay es la pretensión de la demandante de que se le acepte su punto de vista, o sea que la maquinaria y equipo valen actualmente \$ 150.000-00, cosa muy distinta de su acción administrativa de rebaja de precio, y por lo tanto inaceptable."

Renta. La Jefatura rechazó la deducción de \$ 115.566-06 a la renta bruta de la Compañía, propuesta por ésta en el renglón de "Depreciación por desgaste o rotura de la propiedad mueble usada en el negocio y cuya renta se haya declarado". La determinación de la Jefatura a este respecto se ajusta estrictamente a la ley, si se considera, de un lado, que tanto el numeral 7º del artículo 2º de la Ley 78 de 1935 como los artículos 57 y siguientes del Decreto 818 de 1936, se refieren a la depreciación causada por desgaste o rotura de la propiedad usada en el comercio o negocio "siempre que la renta producida por dicha propiedad deba incluirse en la renta bruta", y de otro, que como consta en el expediente la maquinaria de que se trata "hace muchos años está paralizada", es decir, no ha sido usada en el negocio ni ha producido renta alguna. Ni vale argüir, como lo hace el apoderado especial de la Compañía, en memorial dirigido a la Jefatura visible a folios 8 y siguientes del expediente, que "era regla elemental de hermenéutica, y a esa regla faltó el señor Inspector, indagar cuál es, conforme a sus estatutos sociales, la finalidad comercial de la Colombia Products Company. Esto, que parece tan sencillo y tan evidente para saber si la depreciación en la Planta del Packing House de Coveñas es deducible del ramo de ganadería de la Compañía, no fue objeto de meditación alguna por parte del distinguido y celoso funcionario. Pero si él se hubiera detenido a pensar en ello, y mejor aún, si hubiera leído los estatutos o sea la escritura social de la Colombia Products Company, vería que esta Compañía se constituyó y ha funcionado con una sola finalidad comercial e industrial: la explotación de un packing house o sea una planta de conservación de carnes por medio de la refrigeración." Y adelante agrega: "La escritura social de la Compañía, cuyo extracto acompaño, inserto en un ejemplar autenticado de la *Gaceta Departamental de Bolívar*, expresamente establece el objeto del negocio de la Compañía: criar y cebar ganados o comprarlos para su degüello y preparación de las carnes y los demás negocios que ventajosamente puedan efectuarse en conexión con los ya mencionados". De modo que es clarísimo que el negocio del Packing House no sólo no es un negocio diferente, que no tiene ninguna participación ni influencia en el negocio ganadero en donde obtuvo las utilidades, sino que aquella empresa del Packing House es la razón de ser, el negocio primordial de la Colombia Products Company, y si ésta ha estado vendiendo sus ganados, criándolos y cebándolos es por la sencilla razón de que la empresa principal ha fracasado, y no puede degollarlos para prepararlos en conservas."

A lo anteriormente transcrito, que es también uno de los argumentos aducidos, aunque en otros términos, en la demanda, cabe observar:

No importa que el negocio primordial de la Colombia Products Company acordado en sus estatutos, hubiera sido la explotación de una planta de conservación de carnes por medio de la refrigeración, si ese negocio por una u otra razón no se realizó o no pudo realizarse nunca. La verdad es que la renta bruta denunciada por la Compañía proviene de la compra, venta, cria y engorde de ganados, lo cual si teóricamente está conexionado con la explotación de una planta refrigeradora, en realidad no tiene nada que ver con ésta. Por consiguiente, mal podría pretenderse que de la renta bruta producida por aquellas actividades ganaderas a que realmente se ha dedicado la Compañía, se dedujera la depreciación ocasionada por el desuso de una maquinaria que nunca ha funcionado, y nunca ha influido en el éxito económico, bueno o malo

de esas actividades. Queda en pie, pues, el fundamento legal de la Resolución en este particular, o sea, que la deducción por depreciación sólo es admisible respecto de la propiedad que produzca renta gravable.

Las consideraciones que preceden bastan para concluir que las Resoluciones de la Jefatura de Rentas en los puntos que son objeto de la demanda, se ajustan a los preceptos legales y no ameritan la sanción de nulidad, conclusión a que, igualmente, llegó el Tribunal de primera instancia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia del Tribunal Administrativo de Cartagena, de 3 de diciembre de 1938, materia del recurso.

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

Fulio Enrique Tascón—Guillermo Peñaranda Arenas—Gonzalo Gaitán—Eliás Abad Mesa—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Carlos Rivadeneira G.—Luis E. García V., Secretario.

Destitución de maestros

Consejero ponente, doctor

CARLOS RIVADENEIRA G.

Quando los motivos que sirvieron de base a un Gobernador para decretar la destitución de un maestro escalafonado, no son de los que pueden tenerse en cuenta para adoptar esa medida, sino a lo sumo la de traslación, si es que ello se considera conveniente para mejorar la educación pública, es el caso de concluir que el acto no se ajusta a las prescripciones legales y debe anularse.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre seis de mil novecientos treinta y nueve.

Ante el Tribunal Administrativo de Tunja ocurrió la señorita Isabel Galán Medina, mayor de edad, vecina de esa misma ciudad y por escrito que lleva fecha 29 de enero del año en curso formuló las siguientes peticiones:

“a) Que por sentencia definitiva se decrete la nulidad absoluta de la parte pertinente del Decreto número 22 dictado por la Gobernación del Departamento, fechado el 13 de enero del año en curso, en cuanto se me priva de la escuela urbana de niñas denominada ‘Santa Bárbara’, marcada con el número 4 de esta ciudad,

“b) Que como consecuencia de esta nulidad se condene al Departamento de Boyacá, o a quien lo represente, al pago de los perjuicios ocasionados por razón de la destitución de mi cargo, y consistentes en los sueldos desde la fecha en que fui privada de la escuela que venía ejerciendo; y

“c) Que se me restablezca en el cargo de Directora de la escuela de niñas de ‘Santa Bárbara’, al tenor de los fundamentos de mi demanda.”

Tal demanda, admitida el 2 de febrero subsiguiente fue sometida en un todo a la tramitación legal, hasta que, agotada ésta, se falló el 26 de abril último, así:

“Con fundamento en el presente criterio el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *falla:*

“Es nulo el artículo primero del Decreto número 22 de 1939 proveniente de la Gobernación del Departamento en lo relativo al nombramiento de la señorita Blanca Sierra para sustituir a la señorita Isabel Galán Medina en el cargo de Directora de la Escuela Cuarta de Niñas de esta ciudad. De consiguiente se ordena reponer a la señorita Galán al antedicho empleo.”

Esta sentencia, aceptada por la demandante en toda su integridad, de manera expresa, según constancia visible al folio 27, es la que está sometida hoy al estudio de esta Corporación en la parte transcrita, por

las causales determinadas en el artículo anterior y además por incompetencia comprobada."

"Artículo 8º Los maestros que se hallen en los siguientes casos no podrán formar parte del escalafón:

"1º El que haya sido condenado a pena aflictiva o haya perdido los derechos políticos;

"2º El que adolezca de embriaguez consuetudinaria;

"3º El que adolezca de vicio de juego habitual;

"4º El que viva en amancebamiento público;

"5º El que observe conducta moral depravada;

"6º El que adolezca de cualquiera de las enfermedades o defectos siguientes: tuberculosis, lepra, sífilis, demencias, neurosis, psicosis de cualquier índole que ella sea, defectos físicos notorios, voz bitonal o nasal, tartamudez y deficiencias graves de visión o audición, en los términos que el Ministerio de Educación determine."

Vino después el Decreto número 537 de 1937, y por medio del párrafo único del artículo 5º reformó tácitamente el Decreto número 1602, señalando como en realidad señaló causas especiales y únicas para decretar el traslado de un maestro de una escuela a otra, distintas de las señaladas antes con tal fin y que eran las mismas para decretar la suspensión, la remoción o destitución.

Los términos en que está concebido el referido párrafo son éstos:

"Los nombramientos a que se refiere el presente artículo deberán hacerse en propiedad, y un maestro no podrá ser trasladado de una escuela a otra sino:

"a) Por incapacidad física para vivir en el clima para donde ha sido nombrado;

"b) Por acuerdo mutuo entre dos maestros, aprobado por la respectiva Dirección de Educación;

"c) Cuando la Dirección de Educación, previo el estudio del expediente del caso, que deberá ser levantado por el respectivo Inspector Escolar, estime que el traslado es de imprescindible necesidad para la buena marcha de la escuela. Perfeccionado el estudio del expediente, el Director de Educación llamará al maestro a su despacho a fin de que presente sus descargos, para lo cual se le concederá un término prudencial. Si de tal actuación resultare que el traslado es necesario, se procederá a hacer el nombramiento del caso."

Este párrafo fue derogado expresamente por el Decreto número 2255 de 1938, que aumenta las causas por las cuales un maestro puede ser excluido del escalafón, conservando al mismo tiempo la distinción que aquél hizo entre causas de traslación y de destitución, distinción que acentúa más, si así puede decirse, con el empleo del adjetivo "solo", antepuesto a la frase "podrán ser trasladados", para significar que un maestro no puede ser promovido, contra su voluntad, de la escuela que está regentando a otra distinta, sino por las causas allí expresadas y no por otras diferentes.

Dice así el mencionado Decreto:

"Artículo 1º Suprimase el párrafo del artículo 5º del Decreto número 537 y sustitúyase (sic) por el siguiente: los maestros escalafonados que hayan sido nombrados en propiedad, sólo podrán ser trasladados de una escuela a otra cuando a juicio del Director de Educación y del respectivo Inspector de Zona esta medida sea conveniente para la mejor marcha de la educación. De lo determinado al respecto

apelación que en tiempo interpuso contra ella el Fiscal del Tribunal y el abogado que el Departamento nombró para sostener la legalidad del Decreto acusado.

Concluida como está ya la tramitación propia del grado, procede decidir el litigio en el fondo y con ese fin se adelantan las siguientes consideraciones:

De las pruebas acompañadas al libelo de demanda y de las traídas al juicio durante el término probatorio de éste, se desprenden como hechos innegables los que a continuación se expresan, suficientes para decidir la litis en pro de la actora, si es que por otra parte aparece claramente establecido que la Gobernación de Boyacá no se ajustó, en el Decreto acusado, a las leyes y decretos ejecutivos entonces vigentes. Tales hechos son:

1º Que la señorita Isabel Galán Medina, maestra graduada y escalafonada en primera categoría, regentó en la ciudad de Tunja y en propiedad, durante el año de 1938, la Escuela Urbana número 4, de niñas, a virtud de nombramiento que le hizo la Gobernación de Boyacá por medio del Decreto número 82 del año mencionado;

2º Que por medio del Decreto número 22 de 1930 de la misma Gobernación de Boyacá, se nombró, para regentar la citada Escuela número 4, a la señorita Blanca Sierra, en reemplazo de la señorita Galán Medina;

3º Que por virtud de lo dispuesto en este último Decreto, la demandante, que no renunció, ni dio su consentimiento a tal acto, fue privada y destituida del cargo que venía desempeñando desde hacía varios años, con especial competencia.

Los motivos que la Gobernación tuvo en cuenta para destituir a la señorita Galán Medina del cargo en referencia se hallan consignados en el acta de 29 de diciembre de 1938, acompañada por el Fiscal del Tribunal de Tunja a su alegato de conclusión, y pueden sintetizarse así: carácter demasiado enérgico y voluntad en extremo autoritaria, espíritu de no cooperación con el resto de directores urbanos en forma de impedir toda labor conjunta de las escuelas, desobediencia a las órdenes emanadas de los superiores del ramo, predisposición a establecer rencillas entre colegas, escasa simpatía entre las niñas, y por último, no trabajar durante todas las horas indicadas en el pénsum respectivo.

Estos hechos, consignados como aparecen, en una acta oficial auténtica, suscrita por el Director de Educación y el Inspector de la primera Zona, ¿justifican a la luz de las disposiciones legales vigentes la destitución de la señorita Galán Medina?

No lo estima o considera así el Consejo de Estado, por las siguientes razones:

Durante la vigencia del Decreto número 1602 de 1936, expedido por el Órgano Ejecutivo en virtud de las autorizaciones a él conferidas por la Ley 12 de 1934, las únicas causas que autorizaban el cambio o traslado de un maestro de una escuela a otra, la suspensión provisional o definitiva de éste, la remoción o destitución del mismo, eran las determinadas de modo taxativo en los artículos 8 y 9, reformatorios de las disposiciones anteriores sobre la misma materia, concebidos así:

“Artículo 9º Levantado el escalafón nacional del magisterio en la forma prescrita en este Decreto, el Ministerio de Educación procederá según lo ordena la Ley 37 de 1935, a adoptarlo por medio de resolución, y un maestro sólo podrá ser cambiado, removido de su cargo o suspendido en el ejercicio de sus funciones por haber incurrido en alguna de

se dejará constancia en una acta firmada por los mencionados funcionarios.

“Artículo 2º A las causales que determinan la no inclusión de un maestro en el escalafón y el retiro del mismo señaladas en los Decretos 1602 y 1829, agréganse las siguientes:

“a) Por intervención activa en cuestiones de carácter político, tales como conferencias, campañas en pro o en contra de determinado partido, luchas periodísticas y participaciones en comités políticos;

“b) Por malversación, mal manejo y descuido de los bienes materiales de la escuela;

“c) Por falsedad de los documentos oficiales de que sea directamente responsable.”

Las causas a que dice relación el Decreto número 1829 están señaladas en el artículo 1º, que dice: “Las causas contenidas en el artículo 8º del Decreto número 1602 de 1936, por las cuales no puede un maestro ser incluido en el escalafón nacional del magisterio, serán suficientes también para excluirlo del mismo, y además, por oposición del maestro a las normas del Gobierno en materia de educación pública y por renuencia o indiferencia para cumplirlas, todo debidamente comprobado.”

De lo dicho en los preinsertos artículos se deduce que la inclusión y exclusión de un maestro en el escalafón, el retiro o destitución del mismo del cargo que desempeñaba, en la época en que se profirió el Decreto acusado, o sea en enero de 1939, sólo podía hacerse por las causas determinadas en los artículos 8 y 9 del Decreto ejecutivo número 1602, 1º del Decreto 1829 y 2º del Decreto número 2255, y que el traslado de una escuela a otra sólo podía hacerse entonces, como puede hacerse hoy, cuando el Director de Educación y el Inspector de la Zona respectiva, cumplidos todos los requisitos legales, de común acuerdo y de manera fundada, estimaren conveniente esa medida para mejorar la marcha de la educación pública.

Como los motivos apuntados en el acta visible al folio 18 para destituir a la señorita Galán Medina, no son de los que pueden tenerse en cuenta para adoptar esa medida, sino a lo sumo la de traslación, si es que ello se considera conveniente para mejorar la educación pública, y como, por otra parte, no se adoptó esta medida sino la de destitución pura y simple, es del caso concluir, como concluye la sentencia apelada, que el Decreto acusado no se ajusta a las prescripciones legales y debe ser anulado.

A las razones anteriores bien puede agregarse la no menos importante y significativa, de no haberse adoptado por la Dirección de Educación el procedimiento que las leyes y decretos vigentes señalan para destituir un maestro, sino el correspondiente a un simple traslado o promoción y aun éste de modo incompleto.

Y no se diga en contra de lo expuesto que según consta en autos la demandante fue nombrada por Decreto número 115 de 17 de febrero de 1939 profesora del Colegio Departamental Femenino, con una asignación mensual superior a la que antes devengaba, como lo insinúa el Fiscal de Tunja en su alegato de fondo, porque este reconocimiento tardío, hecho cuando la demanda estaba ya incoada y en curso, y que implícitamente reafirma la capacidad y competencia de tal institutora, no cambia en ninguna forma la situación jurídica de la presente litis, por tratarse de un nombramiento que retira a la expresada señorita Galán de la instrucción primaria, haciéndole perder las ventajas de que goza el magisterio en ese ramo.

Por entenderse la apelación interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante (artículo 494 del Código Judicial), y por haber sido aceptada la sentencia en todas sus partes por la actora, nada se resuelve en este fallo en relación con el capítulo 2º de la demanda, no obstante que el Tribunal de primera instancia pasó desapercibido el hecho de que el recurso contencioso administrativo tiene por objeto hoy (Ley 80 de 1935) restablecer en toda su plenitud el derecho violado o conculcado por un acto de autoridad ilegal y, por consiguiente, nulo.

Por las razones anteriormente expuestas, el Consejo de Estado, oído el parecer fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada que lleva fecha 26 de abril último.

Notifíquese, cópiese, publíquese y devuélvase el expediente a su oficina de origen.

Tulio Enrique Tascón—Carlos Rivadeneira G.—Guillermo Peñaranda Arenas—Gonzalo Gaitán—Ramón Miranda—Gustavo Hernández Rodríguez—Elias Abad Mesa—Luis E. García V., Secretario.

Recurso de plena jurisdicción

Consejero ponente, doctor
CARLOS RIVADENEIRA G.

El recurso que crea y reconoce el artículo 4° de la Ley 80 de 1935, procede respecto de actos administrativos que ocasionan en su ejecución el daño efectivo que se les atribuye y cuya reparación solicita el demandante; pero no cuando el perjuicio cuya reparación se solicita no emana del acto cuya anulación persigue el actor, o, mejor dicho, no es ni puede considerarse como consecuencia lógica y natural de tal acto, sino que se deduce de una nulidad decretada anteriormente.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre veintiuno de mil novecientos treinta y nueve.

El diez y nueve de diciembre del año próximo pasado, el Tribunal Administrativo de Cartagena puso fin, en primera instancia, al juicio iniciado y seguido por el doctor Enrique Rodríguez Diago como apoderado de Esteban D. Milano, Roberto Rodríguez Casseres, María L. v. de Trespalacios y otros, con la sentencia cuya parte resolutive textualmente dice:

“Por las razones anteriores, el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *resuelve*:

“Decláranse nulas y por lo mismo sin ningún valor ni efecto las Resoluciones de la Gobernación de Bolívar marcadas con los números 972 bis, de 22 de diciembre de 1937, 251, de 23 de abril de 1938, y 388 de 28 de junio del mismo año.

“En consecuencia el Gobierno del Departamento estará en la obligación de pagar a los poderdantes del doctor Enrique Rodríguez Diago las sumas a que hace referencia este fallo, en dinero efectivo, y no en bonos. Tal suma asciende a un total de veintitrés mil cuatrocientos cuarenta y ocho pesos con diez y ocho centavos.

“En lo que respecta a los perjuicios y lucros demandados, este Tribunal no tiene jurisdicción para decretarlos, por ser asunto privativo de los Jueces ordinarios.”

Del estudio de esta sentencia, aceptada por el Departamento y apelada por el actor, debe ocuparse hoy el Consejo en lo que contiene de desfavorable a éste (artículo 494 del Código Judicial), o sea en lo relativo a la petición tercera del libelo de demanda, cuyo tenor literal es éste:

“3° Que el Departamento de Bolívar está obligado, asimismo, a indemnizar a mis poderdantes y agenciados de los perjuicios sufridos por la mora en el cumplimiento de su obligación, la cual debe contarse desde abril de 1935 en que fue requerido para el pago; perjuicios que com-

prenden el daño emergente y el lucro cesante conforme a la ley sustantiva.”

Para resolver, se considera:

Ni en la Ley 130 de 1913, orgánica de lo Contencioso Administrativo, ni en las que la adicionan y reforman, se encuentra disposición alguna que atribuya a los Tribunales Administrativos facultad para conocer de asuntos litigiosos como el planteado por el actor en el aparte transcrito, o sea de litigios por perjuicios deducidos, con razón o sin ella, de actos que a su debido tiempo fueron anulados y respecto de los cuales en esa oportunidad nada se dijo, por estas o las otras razones, tendiente a restablecer el derecho violado.

El artículo 4º de la Ley 80 de 1935, por medio del cual se establece que tanto los Tribunales Seccionales como el Consejo de Estado, al fallar las demandas que se ejerciten con acción privada, deben determinar con la debida precisión la manera de restablecer el derecho violado, si fuere el caso y se pide, no sirve, en el caso de que se trata, para sustentar la referida petición tercera, entre otras, por las siguientes razones:

1º Porque el recurso que tal artículo crea y reconoce, conocido con el nombre de “recurso de plena jurisdicción” por la analogía que guarda con el francés del mismo nombre, no procede sino respecto de actos administrativos que ocasionan en su ejecución el daño efectivo que se les atribuye y cuya reparación solicita el demandante, y no cuando sólo se trata de actos ilegales, violatorios en sí de derechos civiles y como tales anulables, pero que por no haber tenido cumplida ejecución, ni han ocasionado el daño determinado que se les asigna, ni han violado en concreto el derecho cuyo restablecimiento se pide.

Al respecto son terminantes los siguientes conceptos del expositor Maurice Hauriou:

“2º Le contentieux de la pleine juridiction est celui qui correspond au point de vue de l'opération administrative. C'est-à-dire, qu'il est attaché au fait de l'exécution des opérations. C'est par cette base du service fait, de la gestion accomplie, de l'exécution réalisée qu'il s'oppose au contentieux de l'annulation qui, au contraire, vise l'effect exécutoire des décisions.

“On peut poser les trois règles suivantes:

“a) Il y a contentieux de la pleine juridiction pour les torts causés par l'exécution d'une décision injuste, par exemple, une décision de révocation est prise contre un fonctionnaire et cette décision est exécutée, il y a possibilité de créer un contentieux de la pleine juridiction sur la question de l'indemnité (Cons. d'Et., 31 mars. 1911, trois arrêts, Blanc, Argaing et Bézie, S. 1912.3.129 et la note);

“b) Il y a encore contentieux de la pleine juridiction pour les torts et dommages causés par l'exécution d'une opération administrative déterminée ou bien par l'exécution des services publics, qui constitue une vaste opération administrative innommée; par exemple, la responsabilité encourue par l'administration pour les préjudices causés par ses fautes de service donne lieu à un contentieux de la pleine juridiction;

“c) Enfin, il y a encore contentieux de la pleine juridiction contre certaines décisions exécutoires lorsqu'elles ne sont pas séparables de l'opération, c'est-à-dire lorsqu'elles doivent être envisagées comme des incidents de la procédure d'exécution d'une opération administrative, au lieu d'être envisagées isolément dans leur effect exécutoire. Par exemple, la décision ministérielle liquidant un marché de fournitures n'est qu'un incident de l'opération de fournitures et elle peut être l'objet d'un recours contentieux de pleine juridiction.”

2º Porque el perjuicio cuya reparación se solicita por medio de la aludida petición tercera, no emana del acto cuya anulación persigue el actor, o mejor dicho porque no es, ni puede considerarse como consecuencia lógica y natural de tal acto, acto que no se ejecutó, ni se ha ejecutado todavía, que no tuvo ni ha tenido todavía cumplido efecto. Tal perjuicio se deduce, claros son los términos de la demanda al respecto, de una nulidad decretada anteriormente y que con este juicio nada tiene que ver, o sea de la anulación de una ordenanza que autorizó el cobro ilegal de un impuesto, impuesto percibido por el Departamento de Bolívar con fundamento en ella y que éste pretendía devolver o pagar, sin lograr hacerlo, no en moneda corriente, sino en bonos del Tesoro, pues esto y no otra cosa es lo que dicen y rezan las Resoluciones acusadas hoy y que motivan el presente fallo:

“Resolución número 972-bis de 1937.

Resuelve: Artículo 1º Que no es el caso de ordenar la devolución de los impuestos pagados por los comerciantes señores David H. Martínez, José Elías Lajud, Hijos de Alejandro García, Samuel L. Aduén & Co., P. & Matera, Nelson González, Adán Delgado Franco, José Sucardi, Efraín César Julio, Viuda de Blas de León, Ricardo Angulo, Esteban D. Milano, Roberto Rodríguez Cásseres, Chalela Hermanos y Arango Hermanos, representados en la persona del doctor Enrique Rodríguez Diago, dentro del tiempo comprendido entre la ejecución del auto de suspensión y la sentencia que anuló los ordinales e), f) y g) del Decreto número 77 de 1932;

“Artículo 2º Los representantes del doctor Enrique Rodríguez Diago sólo tienen derecho a que por el Departamento se les devuelvan, en bonos de la deuda interna, emitidos por el Departamento, en marzo de mil novecientos treinta y siete, los impuestos pagados por ellos y recaudados en el término comprendido entre la ejecutoria de la sentencia que declaró nulo el Decreto número 77 de 1932, y la fecha de la promulgación de la Ordenanza número 21 de 1934.”

“Resolución número 251, por la cual se modifica la Resolución número 972 bis, de 22 de diciembre de 1937....

Resuelve: 1º Reformar la Resolución número 972 bis, de 17 de diciembre de 1937, en el sentido de que las sumas que deben devolverse por impuesto sobre tabaco pagado indebidamente, deben ser las comprendidas entre la fecha en que se ejecutorió el auto del Tribunal de lo Contencioso Administrativo que suspendió provisionalmente los efectos del Decreto 77 de 1932 (7 de marzo de 1933), y la fecha de la promulgación de la Ordenanza 21 de 1934 (16 de mayo de 1934). Reconócese a favor del señor doctor Enrique Rodríguez Diago, para ser pagadas en bonos de la deuda interna del Departamento, y en su carácter de apoderado de los señores José Elías Lajud, David H. Martínez, Luciano Gamarra y María L. viuda de Trespalacios, las siguientes sumas correspondientes a impuestos de tabaco pagados por ellos en el tiempo comprendido entre el 17 de marzo de 1933 y el 16 de mayo de 1934, fecha en que se suspendió el Decreto 77 de 1932, y la promulgación de la Ordenanza 21 de 1934:

A David H. Martínez	\$ 4 800 07
A José Elías Lajud	2 502 40
A Luciano Gamarra	259 90
A María L. viuda de Trespalacios ..	579 25
	<hr/>
Suma total.....	\$ 8 141 62

Copia de la presente Resolución será enviada a la Junta de Crédito Público, para lo de su cargo."

"Resolución número 388, por la cual se aclaran, corrigen y reforman las Resoluciones números 972 bis, de 22 de diciembre de 1937, y la 251, de 23 de abril de 1938:

"Resuelve: 1º Reformar las Resoluciones números 251, de 23 de abril de 1938, en el sentido de que los representados por el doctor Rodríguez Diago, a que se refiere la Resolución número 972 bis, de 22 de diciembre de 1937, señores E. M. Milano, Adán Delgado Franco, Roberto Rodríguez C., Chalela Hermanos, Hijos de Alejandro García, Samuel M. Aduén & Co., P. y M. Mátara, Nelson González, José Zuccardi, Viuda de Blas de León, Ricardo Angulo y Arango Hermanos, tienen derecho a que se les reconozca, como en efecto se les reconoce, en bonos de la deuda pública interna, las siguientes sumas, partiendo del 14 de marzo de 1933, fecha en que se ejecutorió el auto de suspensión del Decreto 77 de 13 de junio de 1932, hasta el 16 de mayo de 1934, fecha de la promulgación de la Ordenanza número 21 de 1934, según el siguiente pormenor:

E. M. Milano	\$ 2.555.19
Adán Delgado Franco	4.013.47
Roberto Rodríguez C.	1.427.81
Chalela Hermanos	723.49
Hijos de Alejandro García	1.276.50
Samuel M. Aduén & Cia.	1.035.00
P. y M. Martera	469.20
Nelson González	176.80
José Zuccardi	85.10
Viuda de Blas de León	73.60
Ricardo Angulo	20.70
Arango Hermanos	3.449.70

Suma total.....\$ 15.306.56

"2º Reformar asimismo la Resolución número 251, de 23 de abril de 1938, en el sentido de repetir el reconocimiento hecho a favor de los señores David H. Martínez, José Elías Lajud, Luciano Gamarra y María L. viuda de Trespalcios, a partir del 14 de marzo de 1933, hasta el 16 de mayo de 1934, por las razones que se dijeron en dicha Resolución, y según el siguiente pormenor:

José Elías Lajud	\$ 4.800.07
David H. Martínez	2.502.40
Luciano Gamarra	259.90
María L. viuda de Trespalcios	579.25

Suma total.....\$ 8.141.62

"3º Quedan en estos términos aclaradas, corregidas y reformadas las Resoluciones números 972 bis, de 22 de diciembre de 1937, y 251, de 23 de abril de 1938. Copia de la presente Resolución será enviada a la Junta de Crédito Público, para lo de su cargo."

Cree el Consejo suficiente lo dicho para concluir, como concluyó el Juez *a quo*, que carece de jurisdicción para conocer de la aludida petición tercera, y por eso, sin entrar a estudiar el alcance que tenga o pueda tener en la legislación colombiana el mencionado recurso contencioso de plena jurisdicción, o mejor dicho sin detenerse a estudiar si él va o puede ir hasta decretar una indemnización de perjuicios, lo que reserva para mejor oportunidad por resultar aquí innecesario, re-

suelve adoptar el fallo de primera instancia, cuya legalidad reconoce en contra de la opinión del distinguido Consejero que actuó como sustanciador en este negocio.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada, en la parte que ha sido objeto del presente recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese y devuélvase el expediente.

Tulio Enrique Tascón—Carlos Rivadeneira G.—Elias Abad Mesa—Ramón Miranda—Gustavo Hernández Rodríguez—Con salvamento de voto, Guillermo Peñaranda Arenas—Gonzalo Gaitán—Luis E. García V., Secretario.

Salvamento de voto

Consejero, doctor

GUILLERMO PENARANDA ARENAS

No podría desvirtuarse el alcance del artículo 4º de la Ley 80 de 1935 sosteniendo que, al propio tiempo que hay competencia para decidir de la petición principal, relacionada con el restablecimiento del derecho —devolución de sumas indebidamente pagadas—, procede la inhibitoria para el examen de la demanda accesoria —intereses que correspondieran a las mismas en caso de mora— relacionada con los perjuicios. Si la competencia, no puede remitirse a duda, se impone la devolución del negocio al inferior para que subsane en un nuevo fallo la omisión en pronunciarse respecto de la petición subsidiaria, ya que las partes tienen derecho a dos instancias.

No habiendo aceptado la Sala el proyecto de sentencia presentado por mí como solución de este negocio, considero suficientes las razones en él contenidas para fundamentar mi respetuoso disentimiento del parecer del Consejo, no sin advertir que no me fundo en ouestas consideraciones de fondo, cuyo estudio juzgo prematuro, sino en irregularidad en el procedimiento del Tribunal de primera instancia, que en mi sentir omitió el estudio de una de las cuestiones propuestas, hecho que remediaba el proyecto que tuve el honor de someter al Consejo, y que dice así:

“El doctor Enrique Rodríguez Diago, como apoderado de los señores Esteban D. Milano, Roberto Rodríguez Casseres, Viuda de Blas de León, María L. viuda de Trespalacios, Samuel M. Aduén y Cia., David H. Martínez, José Elías Lajud, Hijos de Alejandro García, Ricardo Angulo V. y Luciano Navarro, demandó ante el Tribunal Administrativo de Cartagena, la nulidad de las Resoluciones números 972 bis, de 22 de diciembre de 1937, 251, de 23 de abril de 1938, y 388, de 28 de julio del mismo año, dictadas por la Gobernación del Departamento. Como consecuencia de tal nulidad pidió que se declarara:

“Que el Departamento de Bolívar está obligado a restablecer el derecho violado, para lo cual sus representantes legales deben dictar tres días después de la ejecutoria del fallo, las providencias que sean indispensables para pagar a mis poderdantes las cantidades que se les deben por concepto de impuesto pagado indebidamente, haciéndose en la sentencia determinación de personas y cantidades.

“Que el Departamento de Bolívar está obligado a indemnizar a mis poderdantes y agenciados de los perjuicios sufridos por la mora en el cumplimiento de su obligación, la cual debe contarse desde abril de 1935, en que fue requerido para el pago, perjuicios que comprenden el daño emergente y el lucro cesante.”

El Tribunal *a quo*, en sentencia de fecha 19 de diciembre último, anuló las Resoluciones acusadas, ordenó el pago de las sumas en dinero efectivo, y en cuanto a perjuicios, dispuso lo siguiente: “En lo que respecta a los perjuicios y lucros cesantes demandados, este Tribunal no tiene jurisdicción para decretarlos, por ser asunto privativo de los Jueces ordinarios.”

El señor apoderado interpuso oportunamente el recurso de apelación contra esta providencia, el cual debe entenderse interpuesto únicamente en lo desfavorable, como lo prescribe el artículo 494 del Código Judicial. De modo, pues, que el estudio de esta Corporación se concreta al examen del punto relacionado con los perjuicios, sobre los cuales el Tribunal se abstuvo de pronunciar decisión alguna de fondo, por considerar que tal pronunciamiento correspondía a la justicia ordinaria. Esta situación no la modifica la circunstancia de que se hubiera dispuesto la consulta de la sentencia recurrida, pues esta corporación, en recientes fallos, ha resuelto que las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos no son consultables.

Para resolver, se considera:

El Tribunal Administrativo de Cartagena se inhibió para resolver lo referente a los perjuicios, por estimar que carecía de jurisdicción para ello. Aunque en la parte motiva del fallo no se encuentra el argumento que hubiera servido de base para tal decisión, se supone que ella se funda en la antigua jurisprudencia del Consejo, sentada antes de la expedición y vigencia de la Ley 80 de 1935, que introdujo una reforma sustancial dentro del ramo de lo Contencioso Administrativo, al establecer el de plena jurisdicción cuandoquiera que se trate del restablecimiento del derecho.

Es, pues, a la luz de las disposiciones de la Ley 80 como debe estudiarse la cuestión planteada en este negocio y decidir a quién compete declarar la indemnización por los perjuicios que causen a los particulares los actos administrativos.

Al efecto, el artículo 4º, de la ley citada, dispone:

“En los asuntos contencioso administrativos, cuando se ejercite la acción privada, tanto los Tribunales Seccionales como el Consejo de Estado, al fallar las demandas determinarán, con la debida precisión, la manera como deba restablecerse el derecho violado, si fuere el caso y siempre que así se haya solicitado.”

Este artículo faculta a los Tribunales Seccionales y al Consejo para determinar de manera precisa cómo debe restablecerse el derecho violado. Se quiso con ello dotar a la justicia administrativa de una virtud reparadora que viniera a restablecer el equilibrio, roto por la medida que se anulaba.

En estas circunstancias no podría desvirtuarse el alcance de la reforma sosteniendo que al propio tiempo que hay competencia para decidir de la petición principal, relacionada con el restablecimiento del derecho, petición que en este caso se refiere a la devolución de las sumas pagadas, procede la inhibitoria para el examen de la demanda accesorio, relacionada con los perjuicios, o sea con los intereses que correspondieran a la misma cantidad en caso de mora. Para que el restablecimiento del derecho se haga con la precisión que la ley ha impuesto, es preciso examinar tal derecho en toda su extensión.

Si, pues, la competencia en el caso en estudio no puede remitirse a duda, concepto del cual participa el señor Fiscal de la Corporación, se impone el estudio a fondo de la segunda petición, hecho que omitió el Tribunal *a quo*, por la razón anotada.

En tal virtud, se impone la devolución del negocio al inferior para que subsane en un nuevo fallo la omisión anotada, ya que, como se ha sostenido por el Consejo en casos análogos, las partes tienen derecho a dos instancias, principio que se rompería si teniendo el Tribunal de primera instancia competencia para desatar todas las cuestiones, sólo lo hiciera respecto de una de ellas.

Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Consejo de Estado—13

Atribuciones fiscales de las Asambleas

Consejero ponente, doctor

CARLOS RIVADENEIRA G.

No se encuentra en la Ley 42 de 1923 disposición alguna que limite, en desarrollo de algún precepto constitucional, la autonomía que los Departamentos tienen para la administración de sus asuntos seccionales, ni siquiera una destinada a señalar de manera general o especial las reglas a que deben someterse estas entidades en el recaudo y fiscalización de sus propias rentas. El cargo de ilegalidad que contra una ordenanza fiscal se formulará con base en la mencionada Ley, resultaría baldío e ineficaz.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos treinta y nueve.

En apelación de la sentencia que lleva fecha 28 de enero de 1938, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Pasto, vino a esta Corporación el juicio de nulidad iniciado por Manuel J. Pantoja, relativo a la Ordenanza número 62 de 1937 de la Asamblea de Nariño, por medio de la cual se crea la Junta de Hacienda Departamental y, se dictan, entre otras, las siguientes disposiciones, que fueron anuladas por el Tribunal de primera instancia y que son las únicas sometidas al estudio del Consejo, por haber sido apelado el fallo sólo por los sostenedores de la legalidad de la Ordenanza:

“Artículo 2º Señálase a la Junta de Hacienda las siguientes funciones:

“a) Conocer de las apelaciones interpuestas contra las decisiones del Contralor General del Departamento y de la Junta de Rentas;

“b) Emitir conceptos obligatorios en los conflictos entre la Gobernación y la Contraloría;

“Artículo 4º Las decisiones de la Contraloría, tanto penales como reglamentarias, son apelables para ante la Junta de Hacienda, dentro del tercero día de notificadas. La apelación se concederá en el efecto suspensivo y será resuelta de plano. El agraviado podrá acompañar, cuando solicite el recurso, los documentos justificativos de la alzada.”

Agotada la sustanciación propia del grado y resueltos los distintos incidentes de que el proceso da cuenta, es llegado el caso de fallar en definitiva, y a ello se procede previas las siguientes consideraciones:

La acusación formulada contra la citada Ordenanza 62 de 1937 tiene como única causa, en concepto tanto del actor Pantoja como del coadyuvante Segundo Acosta López, el ser violatorias de las Leyes 42 de 1923, 77 de 1926, y de la Ordenanza 24 de 1935, y es, por consiguiente, a la luz de estos preceptos que el Consejo debe examinar la legalidad, o ilegalidad de los artículos anulados por el Tribunal de primera instancia, desde luego que sobre el actor pesa la obligación ineludible de determinar en la demanda con claridad y precisión el concepto en que las normas administrativas acusadas violan la ley, y el de señalar el precepto legal infringido.

Así lo ha dicho y sostenido de manera perfectamente uniforme esta Corporación, en repetidos fallos, con base en lo claramente preceptuado en los artículos 52 y 54 de la Ley 130 de 1913, que imponen al actor o demandante tal obligación.

Ley 42 de 1923.

No se encuentra en esta Ley, destinada a reorganizar la contabilidad oficial y a crear la Contraloría General de la República como servicio nacional independiente de los demás departamentos administrativos, disposición alguna que limite en desarrollo de algún precepto constitucional la autonomía que los Departamentos tienen para la administración de sus asuntos seccionales, pero ni siquiera una destinada a señalar de manera general o especial las reglas a que deben someterse estas entidades en el recaudo y fiscalización de sus propias rentas. Una rápida ojeada a esta Ley convence de la verdad expresada. El cargo de ilegalidad que contra la citada Ordenanza 62 se formula con base en la mencionada Ley 42 de 1923 resulta, pues, baldío e ineficaz, por lo cual no es posible que prospere.

Ordenanza 35 de 1934.

No menos improcedente es el cargo que se hace contra la Ordenanza 62 al asegurarse que es violatoria de la Ordenanza 35 de 1934, que crea la Contraloría Departamental de Nariño, pues es sabido que a las Asambleas Departamentales compete organizar, dirigir y fomentar todo lo relativo a la administración seccional, y que en desarrollo de esta atribución pueden esas entidades adoptar hoy una medida y mañana otra distinta por considerar aquella inconveniente o por cualquiera otra causa, en la misma forma en que el Congreso puede dictar hoy una ley y derogarla, modificarla o reformarla posteriormente, de manera expresa o tácita.

Hablar, pues, de ordenanzas ilegales por contrarias a otras, como lo hace el actor, es pueril e ingenuo. Por esto, con sobra de razón el Juez o Tribunal de primera instancia, dice en el fallo recurrido:

“Pero en el supuesto de que este último artículo fuese contrario a lo prescrito en los mentados artículos de la Ordenanza 24 de 1935, es claro que no habría fundamento para considerar —por esa sola circunstancia— nulo el artículo primero demandado, y no la habría, puesto que las Asambleas Departamentales están legalmente facultadas para expedir ordenanzas y para modificarlas o derogarlas total o parcialmente por otras. De tal suerte que si sobre una materia cualquiera una Asamblea dicta una ordenanza, ésta es posteriormente susceptible de modificaciones o alteraciones accidentales o sustanciales, las cuales se imponen naturalmente con la variación de las necesidades que confrontan los Departamentos. Y esas modificaciones o alteraciones a que están sujetas las ordenanzas, si se adoptan por las Asambleas de acuerdo con la Constitución y leyes de la República, no puede sostenerse en buena lógica que violen mandatos de anteriores ordenanzas, por el mero hecho de que se opongan a éstos. Lo dicho permite concluir que no existe ni puede existir nulidad en una ordenanza por el hecho de que ella, accidental o sustancialmente, modifique o altere los términos de otra anterior.....”

Ley 77 de 1926.

No puede decirse lo mismo en cuanto dice relación a la Ley 77 de 1926, cuyo artículo 20, dado en desarrollo del artículo 42 del Acto legislativo número 3 de 1910, preceptúa, en contra de lo dispuesto en la

Ordenanza acusada, que las apelaciones de los autos de fenecimiento definitivo, proferidos por las Contralorías o Contadurías Departamentales, son apelables, no para ante las autoridades o juntas de control que las Asambleas indiquen, sino para ante los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo. Los términos en que está concebido este artículo no dejan al respecto, en el ánimo, la menor duda:

“Los autos de fenecimiento definitivo proferidos por las Contralorías o Contadurías que tengan establecidas o que establezcan los Departamentos, son apelables para ante los Tribunales Seccionales Administrativos.”

La incompatibilidad de las dos disposiciones, la legal y la ordenanza, proviene de los términos generalísimos en que esta última está concebida y que alcanza por su generalidad a comprender no sólo las apelaciones interpuestas contra las glosas provisionales y otras providencias de la Contraloría, respecto de las cuales nada dice la Ley 77 de 1926, dejando en absoluta libertad a los Departamentos para proveer lo conveniente, sino también las que oportunamente se propongan contra autos de fenecimiento definitivo de que sí se ocupa la expresada Ley en su artículo 20. Por este aspecto resulta, pues, ilegal el mencionado ordinal b) del acto acusado, pero sólo en lo referente a las apelaciones de las últimas providencias mencionadas, o sea de los autos de fenecimiento definitivo.

Como la sentencia apelada anula totalmente el mencionado ordinal b), que no es ilegal en toda su integridad, según se deja dicho, tal sentencia debe sufrir la reforma del caso.

Otro tanto puede decirse con respecto al artículo 4º de la Ordenanza 62 acusada, que da competencia a la Junta de Hacienda para conocer de las apelaciones que se interpongan contra providencias de la Contraloría en que se aplique la pena de multa, y cuyo conocimiento compete a los Tribunales Seccionales no sólo en los casos de que habla la Ley 77, sino en todos aquellos en que la sanción impuesta sea una multa, al tenor de lo estatuido en el ordinal c) del artículo 40 de la Ley 130 de 1913, que dice:

“Los Tribunales Administrativos Seccionales conocen en segunda instancia de los asuntos siguientes:

“b) De las apelaciones contra los autos de fenecimiento definitivo dictados por los Tribunales o Cortes de Cuentas de los Departamentos, correspondientes a sus respectivas jurisdicciones; y

“c) De las apelaciones contra los autos de imposición de multas dictados por dichos Tribunales o Cortes de Cuentas.”

Empero, como el mencionado artículo 4º comprende sanciones penales y reglamentarias cuyo conocimiento en segunda instancia no está atribuido por ley a determinada autoridad, la nulidad que afecta esta disposición no es total, sino parcial, por lo cual la sentencia apelada debe sufrir la reforma consiguiente, a fin de que el citado artículo 4º produzca sus efectos en lo que no resulta ilegal.

En cuanto dice relación al ordinal b) del artículo 2º, también anulado por el Tribunal de primera instancia, es de rigor observar que, aun cuando inconveniente a primera vista, no resulta ilegal, porque en ninguna forma viola las disposiciones citadas por el demandante y apenas si puede considerarse como una fórmula destinada a poner término a los conflictos que surjan entre la Contraloría y la Gobernación, en los asuntos en que una y otra deban intervenir por razón de sus funciones.

A la Gobernación no compete conocer de las apelaciones que se interpongan contra autos de fenecimiento definitivo proferidos por la Contraloría, y por esta razón, ni aun dándole al expresado ordinal b)

la interpretación más amplia que pueda dársele, no es posible deducir que viole el artículo 20 de la Ley 77 de 1926, como lo sostiene el Juez *a quo* en la sentencia que se revisa, apoyado en consideraciones generales de grave inconveniencia que no pueden tenerse en cuenta para decidir acerca de su legalidad o ilegalidad, que es el punto controvertido.

En el sentido de declarar que el ordinal b) que se estudia no es nulo, habrá de reformarse también la sentencia apelada.

Para terminar es bueno hacer constar que el Consejo abocó el conocimiento del presente negocio para fallarlo en el fondo, no obstante el concepto fiscal acogido en todas sus partes por el entonces Consejero ponente, doctor Tirado Macías, cuyos puntos de vista rechazó la mayoría, por las siguientes razones:

1ª Porque el ejemplar autenticado del número del periódico oficial en que se publicó el acto acusado, no acompañado a la demanda como en el aludido concepto se afirma, fue presentado por parte legítima dentro del respectivo término probatorio del juicio, hecho suficiente en concepto de la mayoría para que sea apreciado en la sentencia definitiva;

2ª Porque tal documento fue aceptado de manera expresa, como prueba, por auto de 19 de octubre de 1937, auto que sin reclamo alguno causó ejecutoria, que es, por consiguiente, ley del proceso y que obliga.

La parte pertinente de tal auto, textualmente dice: "Agréguese a sus antecedentes el ejemplar auténtico del número 1734 de la *Gaceta Departamental* que se ha presentado como prueba y que se tendrá en cuenta conforme a la ley"; y

3ª Porque el Consejo estima que sería un exagerado e injustificado rigorismo, rechazar la acción y negar lo pedido en la demanda, obrando en los autos, como obra, el documento acusado, traído en oportunidad legal, o sea en el término probatorio, por sólo el hecho de no haberse acompañado a la demanda y no haberse dejado en ésta la constancia de que habla el artículo 55 de la Ley 130 de 1913, como si este precepto legal contuviera o constituyera una limitación al principio probatorio consignado en el artículo 597 del Código Judicial, y no obedeciera principal y primordialmente a la necesidad de que sea tenido en cuenta tal documento al fallarse la suspensión provisional del acto acusado.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma la sentencia apelada, en la parte que ha sido materia del presente recurso, así:

1º Son nulos el ordinal a) del artículo 2º y el artículo 4º de la Ordenanza número 62 de 1937, en cuanto por medio de ellos se confiere a la Junta de Hacienda facultad para conocer de las apelaciones interpuestas contra los autos de fenecimiento definitivo proferidos por la Contraloría Departamental de Nariño y contra decisiones de la misma autoridad impositivas de pena de multa y nada más que por esto. En cuanto se refiere a apelaciones distintas de las expresadas, dichas disposiciones no adolecen de nulidad; y

2º No es nulo el ordinal b) del mencionado artículo 2º.

Notifíquese, cópiese, publíquese y devuélvase el expediente a su oficina de origen.

Tulio Enrique Tascón—Carlos Rivadeneira G.—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Gustavo Hernández Rodríguez—Elias Abad Mesa—Gonzalo Gaitán—Luis E. García V., Secretario.

Cosa juzgada

Consejero ponente, doctor

RICARDO TIRADO MACIAS

Cuando una solicitud de pensión o de recompensa ha sido negada por falta de documentos, por deficiencia en las pruebas aducidas, o porque con posterioridad al fallo ha surgido un nuevo hecho no tenido en cuenta entonces, el Consejo de Estado admite que pueda formularse nueva solicitud en la que se presenten las pruebas echadas de menos o se aleguen los hechos nuevos.

Pero cuando no se trata de hechos, cuando no se presentan nuevas pruebas, cuando las circunstancias no han variado, cuando no se ha modificado el "statu quo", por decirlo así, es injurídico admitir una nueva demanda en que, por actuar las mismas personas y reunirse las mismas características, la cosa juzgada surta sus efectos, según el artículo 474 del Código Judicial.

Consejo de Estado—Bogotá, julio cuatro de mil novecientos treinta y nueve.

En demanda de fecha 13 de abril último, solicita el doctor Otto Barrios Guzmán, como apoderado de la señora Matilde Zuluaga de Borrero, se le reconozca una recompensa de \$ 6.720.00 como viuda del Capitán Hernando Borrero Ayerbe, quien fue retirado del servicio militar por invalidez, y falleció el 31 de mayo de 1930.

Habiendo recibido ya el asunto la tramitación que le corresponde, y agregándosele a solicitud del señor Fiscal los otros dos expedientes ya fallados, relativos al mismo asunto, se pasa a resolver lo pertinente, previas las siguientes consideraciones:

El señor Hernando Borrero Ayerbe solicitó de esta Corporación por medio de apoderado y con fecha 17 de julio de 1927, el reconocimiento de una recompensa por haberse invalidado siendo Capitán en el Ejército Nacional. En el curso del juicio solicitó el señor Fiscal, como prueba para poder acceder a su solicitud, que por una Junta de Profesores de Medicina se le examinara y se dictaminara sobre su estado de salud, si era cierto que estuviera incapacitado para el trabajo, y en caso afirmativo si la enfermedad fue contraída en el servicio militar y a causa de él. Esta prueba fundamental fue decretada, pero el interesado en vez de darle cumplimiento y traerla a los autos, abandonó el juicio, hasta que con fecha 13 de septiembre de 1933, el Consejo en vista de tal hecho, resolvió por sentencia que está ejecutoriada, declarar caducada la acción y archivar el expediente.

Posteriormente —11 de noviembre de 1937— muerto el Capitán Borrero, su viuda solicitó del Consejo de Estado se le reconociera una recompensa de \$ 4.800.00 por los servicios de él en el Ejército, basada

en los artículos 6º y 13 de la Ley 75 de 1925; esta Corporación, de acuerdo con su Fiscal, negó las peticiones de la demanda, por tratarse, no de un derecho que hubieran adquirido los herederos del mencionado Oficial, sino de una gracia personal e intransmisible, a la cual sólo él habría podido acogerse en caso de haber comprobado los hechos en que se apoyó.

A la muerte del Capitán Borrero tal gracia sólo constituía pues, una simple expectativa que no entró a hacer parte de su patrimonio, y que no puede ser por tanto materia de una reclamación administrativa por parte de sus herederos, en uso de las reglas de la sucesión intestada.

Ahora, por lo que hace al artículo 13 de la misma Ley, ya se dijo en el fallo referido, que éste no tiene aplicación al caso en estudio, porque la gracia que él reconoce a la viuda y a los hijos de un Oficial requiere como condición esencial que tal Oficial muera en servicio activo, cosa que no ocurrió en el presente caso, puesto que fue dado de baja con bastante anterioridad a su fallecimiento, según el Decreto de su retiro. Sea, pues, que se invoque el artículo 6º o el 13 de la Ley 75 de 1925, no es posible acceder a las peticiones de la demanda, aun prescindiendo de la tesis de la cosa juzgada, de que adelante se hablará, por más que se califique de novedosa la teoría por parte del apoderado de la demandante.

Son del fallo del Consejo que decidió anteriormente este asunto, los siguientes apartes aplicables al caso, por no haber variado las circunstancias:

“Creyéndose acreedor al beneficio consagrado en el artículo 6º de la Ley 75 de 1925 —el Capitán Hernando Borrero Ayerbe—, demandó ante el Consejo de Estado el pago de la suma correspondiente al sueldo de un Capitán durante cuatro años, y presentó para fundar su solicitud, entre otros documentos, un certificado médico donde consta que padecía entonces de ‘un principio de parálisis general con algunos signos clásicos de ataxia locomotriz’

“Podría alegarse que al quedar inválido un Oficial es inevitable el decreto correspondiente de retiro, por lo cual su muerte tiene que sobrevenir forzosamente cuando ya no pertenece al Ejército, de donde resulta que no podría aplicarse nunca en favor de los militares inhabilitados para permanecer en filas, la gracia señalada en el artículo 13 de la Ley 75 o que al menos se reduciría notablemente el campo de aplicación de este artículo. Y sobre esta base podría también sostenerse que procede interpretar dicho texto en el sentido de que produzca sus efectos con mayor plenitud, o sea reconociendo la gracia a todas las familias de los Oficiales que mueran a causa de una invalidez adquirida durante el servicio, aunque el fallecimiento tenga lugar con posterioridad al retiro absoluto.

“Pero este punto de vista, que es el que parece haber movido a la familia del Capitán Borrero Ayerbe a promover la demanda, no tiene consistencia y procede de una confusión entre dos situaciones diversas entre sí, que han dado lugar a preceptos legales también diversos. Uno es el caso del Oficial que queda inválido por razón del desempeño de funciones militares y a quien el Estado compensa su desventura por medio del sistema previsto en el artículo 6º de la Ley 75. Y otro el del Oficial que muere por cualquier causa y a favor de cuya familia el Estado decreta una recompensa, con motivo de la pérdida del jefe del hogar que proveía a su subsistencia. En este último caso la ley, con criterio razonable exige que la defunción ocurra durante el tiempo del servicio activo, pues una vez que el militar se separa del Ejército para emprender otras actividades, pierde su vínculo con la institución armada y consecuentemente con el Estado.”

“No hay, pues, desigualdad o injusticia en el régimen señalado para el evento de invalidez, y el señalado para la hipótesis de muerte. En ambos casos la Nación atiende generosamente a la suerte del Oficial o a la de sus allegados. Pero desde luego, para gozar de un derecho hay que ejercitarlo dentro de las condiciones legales y llenando los requisitos de tramitación indispensables para obtener un fallo favorable de parte de las autoridades respectivas. No puede la familia de un militar inválido, que para solicitar la recompensa señalada en el artículo 6º de la Ley 75 no adujo las pruebas suficientes, y dejó caducar por inercia la instancia respectiva, quejarse de falta de previsión o de injusticia en las disposiciones del legislador. Ni puede aspirar a que esta inactividad o ineficacia en el ejercicio del derecho, dé lugar a que se aplique a su favor otra norma establecida para satisfacer otra necesidad diferente: la que surge de la muerte de un Oficial en servicio activo.

“Disponer lo contrario sería fundar un sistema inconveniente de acumulación de recompensas, pues si con motivo de la muerte de todo Oficial, aun retirado del Ejército, tuviera el Estado que otorgar un beneficio a sus familiares, de él vendrían a disfrutar también los parientes de los militares que ya hubieran recibido recompensa por causa de invalidez, pues el artículo 13 no excluye del derecho allí establecido sino cuando se ha pagado sueldo de retiro al Oficial difunto.”

Por todo lo dicho, y si hubiera de considerarse el asunto en el fondo, habría que negar la demanda. Pero es el caso que se trata, además, de cosa juzgada, como lo sostiene el señor Fiscal de la Corporación en los siguientes apartes de su vista, que se acogen por ser jurídicos:

“Atendiendo a la naturaleza peculiar de esta clase de juicios, el Consejo de Estado de manera invariable ha sostenido que respecto de pensiones y recompensas no pueden aplicarse estrictamente las reglas del procedimiento común sobre autoridad de la cosa juzgada. Sin embargo, esta doctrina no es ni puede ser en manera alguna absoluta. El mismo Consejo se ha encargado de señalarle límites. Así, por ejemplo, cuando una solicitud de pensión o recompensa ha sido negada por falta de documentos, por deficiencia en las pruebas aducidas, o bien porque con posterioridad al fallo ha surgido un nuevo hecho no tenido en cuenta entonces, el Consejo admite que pueda formularse nueva solicitud en la que se presenten las pruebas echadas de menos o se aleguen los hechos nuevos que no cayeron bajo el estudio de la misma providencia. Pero cuando no se trata de hechos, cuando no se presentan nuevas pruebas, es decir, cuando las circunstancias no han variado lo más mínimo, cuando no se ha modificado el *statu quo*, por decirlo así, entonces es a todas luces injurídico admitir una nueva demanda en que actúan las mismas personas y en la cual se reúnen las mismas características para que la cosa juzgada surta sus efectos según el artículo 474 del Código Judicial.

“En la sentencia anterior a que me he referido, el Consejo de Estado hizo una interpretación de los artículos 6º y 13 de la Ley 75 de 1925, que reglamentan el derecho actualmente invocado, y llegó a conclusiones completamente adversas a las pretensiones de la demanda. En la nueva petición el señor apoderado se dedica a refutar con toda clase de argumentos la doctrina del Consejo y al efecto cita varias jurisprudencias que por las razones aducidas, veo que no es el caso entrar a analizar.

“Por estas razones considero que existe la cosa juzgada, que no es posible acceder a las peticiones de la demanda y que igualmente debe negarse ésta por tratarse de un asunto ya fallado. Piénsese por un momento en lo que se convertiría la jurisdicción de lo contencioso administrativo de prosperar la tesis del demandante: Todas las pensiones

que han sido negadas por interpretación de los textos legales volverían a revivir nuevamente en la esperanza de que con el continuo cambio del personal del Consejo se modificaran puntos de vista ya tenidos en cuenta por el personal anterior."

Y no se diga que entre la demanda anterior y la presente no existe identidad de personas, ni de objeto ni de causas, pues en ambas acciones son unos mismos familiares del Capitán Borrero quienes ejercitan la acción; con el fin de perseguir un mismo objeto: pensión o recompensa por causa de servicios militares del mencionado Oficial; sólo que el fundamento de la primera demanda, como en ella misma se dice, son los artículos 6º y 13 de la Ley 75 de 1925. Y en la presente sólo se fundamenta la acción en la primera de las disposiciones citadas.

Tampoco se diga que el reconocimiento médico que anteriormente se echó de menos, existe ya en el expediente, pues el que aparece —folio 12— es de febrero de 1927, anterior a la sentencia del Consejo de 1938, y se funda exactamente en las mismas razones que allí se tuvieron en cuenta, es decir: que el causante padecía "un principio de parálisis general con algunos signos claros de ataxia locomotriz". Pero esto no quiere decir, como allí se dijo, que se hubiera invalidado en el servicio militar y por causa de él.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, de acuerdo con el concepto de su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, niega las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Tulio Enrique Tascón—Ricardo Tirado Macías—Gonzalo Gaitán—Eliás Abad Mesa—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

Declaración inexacta

Consejero ponente, doctor

RICARDO TIRADO MACIAS

El artículo 11 del Decreto 2244 de 1931 ordena multar al contribuyente con el ciento por ciento del impuesto cuando se demuestre que la renta declarada es inferior a la verdadera. Ese precepto debe aplicarse aun en los casos en que no se compruebe malicia, por ser evidente que él tiende a obtener que los ciudadanos pongan en el cumplimiento de sus obligaciones de tales el mismo cuidado que en el manejo de sus propios intereses.

Consejo de Estado—Bogotá, julio cuatro de mil novecientos treinta y nueve.

En grado de apelación de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de esta ciudad, con fecha 22 de octubre de 1937, ha venido a esta Corporación el expediente sobre nulidad de la Resolución 1984, de 30 de noviembre de 1936, dictada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, por la cual se liquidó el impuesto sobre patrimonio y renta gravable del doctor Ismael López Barbosa.

La referida sentencia llegó a la conclusión de que no es nulo el acto demandado. Toca ahora a esta Superioridad decidir el punto en definitiva, ya que el asunto ha recibido la tramitación que le corresponde en esta segunda instancia.

Sostiene el doctor López en su libelo de demanda que es injusto el recargo del 100 por 100 que el señor Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales le impuso por declaración inexacta.

Al observar la referida declaración aparece en ella que un deudor cubrió al declarante una suma inferior a la que el mismo deudor afirma haberle cubierto; por lo que hace a otro deudor, manifiesta el mismo declarante que incurrió en un error de apreciación; explica igualmente el mismo contribuyente López que es verdad que hubo un descuido en no incluir en su declaración a los señores Edilberto Currea y Antonio Rivera Escobar, otros deudores suyos, pero que eso es explicable por haber tenido dos duelos en los días en que hizo la declaración (junio de 1936). Que lo mismo puede decirse respecto al descuido que también tuvo en no haber incluido en su patrimonio ni en su renta una casita de su propiedad que tiene arrendada en la ciudad de Buga. De estos bienes tuvo conocimiento la Jefatura de Rentas, por las investigaciones que hizo en virtud de las atribuciones que le confiere la ley.

No puede dejarse de transcribir aquí, siquiera una parte de la Resolución de la misma Jefatura, que ha sido acusada, para que se vea la manera como ella juzgó los hechos atrás mencionados. Dice así:

“El señor López Barbosa sugiere en su memorial la posibilidad de que un empleado de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca haya rendido las informaciones referentes al señor Tafur y a la señora Concha de Tovar, sin fundamento alguno, pero la Jefa-

tura hace constar que el sustanciador tuvo a la vista las declaraciones presentadas por estos contribuyentes, en las cuales figuran como pagados al señor López Barbosa los intereses insertados en la liquidación, y sin este requisito no se hubieran tenido en cuenta para decidir la reclamación.

“En relación con los intereses pagados al señor López Barbosa por la señora Clara Sierra, ya en la resolución reclamada se estudió este punto, pero dadas las nuevas explicaciones al respecto, en gracia de discusión se puede admitir que el reclamante incurrió en un error de apreciación en este caso y por tanto hay que obrar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 125 del Decreto 818 de 1936, pero quedan en pie las diferencias relacionadas con los contribuyentes Edilberto Currea y Antonio Rivera Escobar, las cuales confiesa el señor López en el escrito que se estudia en la parte que dice:

‘3º No queda sino el descuido de no haber incluido en la relación de deudores a Edilberto Currea por haberse prolongado el juicio que se seguía contra él hasta el fin del año de 1935, y de Antonio Rivera Escobar, descuido este último que rectifiqué pocos días después de mi declaración.’

“Este Despacho en ningún caso ha creído que el señor López Barbosa haya obrado con malicia y con la intención dolosa de perjudicar al Fisco Nacional, pero siempre debe ceñirse estrictamente a las doctrinas sentadas al respecto por el Ministerio, y entre otras se cita la Resolución número 709 de 1932 cuya parte pertinente dice:

‘El artículo 11 del Decreto 2244 de 1931 ordena multar al contribuyente con el 100 por 100 del impuesto cuando se demuestra que la renta declarada es inferior a la verdadera, y este Despacho ha fijado como norma invariable que ese precepto debe aplicarse aun en los casos en que no se compruebe malicia, por ser evidente que él tiende a obtener que los ciudadanos pongan en el cumplimiento de sus obligaciones de tales el mismo cuidado que en el manejo de sus propios intereses.’

“Posteriormente la Jefatura ha tenido conocimiento que el reclamante también olvidó denunciar en su patrimonio y rentas la casa que posee en la ciudad de Buga, la cual estuvo dada en arrendamiento durante el año gravable de 1935 al señor José María Sanclemente, quien informó al Recaudador de Hacienda Nacional de dicho lugar haber pagado a razón de \$ 10 mensuales, casa que está avaluada catastralmente en \$ 3.000.

“Este nuevo informe de fuente oficial obliga a la Jefatura de Rentas, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 15 de la Ley 81 de 1931, a modificar la liquidación de la Resolución número 1789 de 14 de noviembre de 1936 aumentando las rentas y el patrimonio del señor López Barbosa con las cifras indicadas, y reafirma una vez más la inexactitud de la declaración del señor Ismael López Barbosa, y aunque esta Jefatura está de acuerdo con los conceptos emitidos por éste en su memorial sobre las más altas leyes de conciencia y de hidalguía, no puede separarse de las normas y prácticas legales trazadas por el Ministerio, sin violar la ley, y es por ello que no accede a relevarlo de la sanción impuesta.”

La liquidación hecha al señor López por la Jefatura de Rentas, es la siguiente:

Impuesto sobre la renta de \$ 11.382.49	\$ 327.22
Impuesto sobre patrimonio de \$ 174.122.00	436.49
Recargos del 100 por 100	763.71

Total de impuestos. . . \$ 1 527.42.

Estudiado el asunto en la Fiscalía del Tribunal, tal Oficina fue de concepto que la Resolución acusada estaba ajustada a la ley; la sentencia de primera instancia así lo resolvió igualmente; venido el asunto al Consejo, la Fiscalía de esta Corporación conceptuó también sobre la legalidad de la misma Resolución, y esta corporación, acogiendo los conceptos transcritos de la Jefatura de Rentas, y en guarda de las disposiciones legales sobre la materia, especialmente las del Decreto 2244 de 1931, debe confirmar la providencia de que se viene tratando, por hallarla con perfecto fundamento legal.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia del Tribunal Administrativo de esta ciudad, de fecha 22 de octubre de 1937, de que se ha venido tratando.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Gonzalo Gaitán—Ricardo Tirado Macías—El Conjuéz, Juan de Dios Carrasquilla—Eliás Abad Mesa—Gustavo Hernández Rodríguez—Ramón Miranda—Guillermo Peñaranda Arenas—Luis E. García V., Secretario.

JURISPRUDENCIA

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

Páginas.

Ibagué.—Demanda de nulidad de los artículos 1º, 3º, 5º, 6º, 8º y 9º del Acuerdo número 1º de 1939, expedido por el Concejo Municipal. Recurso de hecho contra el auto del Tribunal Administrativo de Ibagué, que negó la apelación de la sentencia en el efecto suspensivo. Auto de 12 de septiembre de 1939, por el cual se niega el recurso de hecho. Recurrente, doctor Estanislao Pardo Galvis. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán	516
Salvamento de voto del Consejero doctor Gustavo Hernández Rodríguez al auto anterior	519
Manizales.—Demanda de nulidad de los artículos 1º y 2º del Acuerdo número 16, de fecha 23 de abril de 1937; de la Resolución de 28 de febrero de 1938, expedida por la Junta del Impuesto Predial, por la cual se aprueban las listas de catastro urbano, y de la marcada con el número 481, de 9 de abril de 1938, del Concejo Municipal, que aprueba dichas listas. Sentencia de 21 de agosto de 1939, por la cual se confirma la del Tribunal Administrativo de Manizales, de 11 de marzo de 1939, que declaró no haber lugar a hacer ninguna de las declaraciones pedidas. Actores, Braulio, Mercedes y Gilma Murillo. Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón	454
Medellín.—Demanda de nulidad del Acuerdo número 19 de 1938 y de la Resolución de 26 de julio del mismo año, actos expedidos por el Concejo. Sentencia de 22 de agosto de 1939, por la cual se reforma el fallo recurrido del Tribunal Administrativo de Medellín, en el sentido de declarar que no es nulo el artículo 2º del Acuerdo número 19, y se confirma en todo lo demás. Actor, Roberto Arango A. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas	583
Pasto.—Demanda de nulidad de las Resoluciones números 79 de 1938, dictada por el Concejo Municipal, y de la proferida por la Gobernación del Departamento el 20 de septiembre del mismo año, aprobatorias de un contrato. Sentencia de 23 de agosto de 1939, por la cual se revoca el fallo apelado del Tribunal Administrativo de Pasto, y en su lugar se declara que no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las resoluciones acusadas. Actor, José Antonio Cabreza. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas....	586
Santa Marta.—Demanda de nulidad del artículo 5º del Acuerdo municipal número 8, de 28 de abril de 1938. Sentencia de 21 de agosto de 1939, por la cual se confirma el fallo apelado de primera instancia del Tribunal Administrativo de Santa Marta. Actor, doctor Carlos Gámez. Consejero ponente, doctor Gustavo Hernández Rodríguez	552

Contratos.

Ministerio de Educación Nacional.—Contrato celebrado con el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, sobre nacionalización del Colegio Académico de Cartago. Dictamen de 26 de septiembre de 1939, por el cual se le declara ajustado a las autorizaciones legales, una vez que se llenen dos observaciones hechas por el Consejo. Consejero ponente, doctor Elías Abad Mesa.....	496
---	-----

Cuentas.

Contraloría General de la República.—Sentencia de 31 de julio de 1939, por la cual se revoca la número 2, de 2 de marzo de 1938, y en su lugar se exonera al señor Rafael Camargo Guerrero, ex-Almacenista General de Especies Venales de Bogotá, de un alcance proveniente de la pérdida o hurto de tales especies. Actor, doctor Ignacio Mariño Ariza. Consejero ponente, doctor Gustavo Hernández Rodríguez	540
Contraloría General de la República.—Sentencia de 29 de septiembre de 1939, por la cual se revoca el auto número 423, de	

2 de marzo de 1939, y en su lugar se fenece sin alcance la cuenta del ex-Tesorero de Rentas Intendenciales del Chocó, correspondiente al mes de septiembre de 1937. Responsable, Juan J. Carrasco. Consejero ponente, doctor Ramón Miranda

579

Electorales.

Caldas.—Demanda de nulidad de la elección de Contralor Departamental y de sus suplentes, verificada por la Asamblea el 28 de junio de 1938. Sentencia de 20 de agosto de 1939, por la cual se confirma el fallo de primera instancia, proferido por el Tribunal Administrativo de Manizales con fecha 7 de marzo de 1939. Actor, Camilo A. Echeverri C. Consejero ponente, doctor Ramón Miranda.....

573

Cundinamarca.—Demanda de nulidad de los escrutinios llevados a cabo por el Consejo Electoral, correspondientes a las elecciones verificadas el 19 de marzo de 1939, en lo tocante a la elección de un Diputado por el Círculo Electoral de Zipaquirá. Sentencia de 26 de septiembre de 1939, por la cual se confirma el fallo recurrido del Tribunal Administrativo de Bogotá. Actor, doctor Otto Barrios Guzmán. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas

618

Entidades autónomas.

Demanda de nulidad de la Resolución de 20 de diciembre de 1938, por la cual la Comisión de Sueldos de Retiro, presidida por el Ministro de Guerra, no accedió a reponer una anterior que negaba la devolución de unas cuotas. Sentencia de 22 de agosto de 1939, por la cual el Consejo de Estado se declara inhibido para conocer del negocio. Actor, Luis Peláez B. Consejero ponente, doctor Elías Abad Mesa

492

Impuestos.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público.—Demanda de nulidad de las Resoluciones R-437-E, de 21 de abril de 1937; R-1250-E, de 30 de septiembre de 1938, y R-1317-E, de 19 de octubre de 1938. Sentencia de 13 de julio de 1939, por la cual se declaran nulas dichas Resoluciones. Actor, Compañía Fosforera, S. A. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán

503

Ministerio de Hacienda y Crédito Público.—Demanda de nulidad de la Resolución número 396, de 30 de diciembre de 1938, por la cual el Ministerio aprobó las Resoluciones números 1350, de 25 de octubre de 1938, y 1587, de 7 de diciembre del mismo año, firmadas por el Secretario General del Ministerio, por las que dicho Despacho confirmó las Resoluciones números 22, 23, 24 y 25 de 1937, dictadas por el Inspector Seccional de Rentas de Cartagena, sobre impuesto de sucesiones y donaciones. Sentencia de 12 de septiembre de 1939, por la cual se declaran nulos dichos actos. Actor, doctor Alberto Aguilera Camacho. Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón.....

464

Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.—Demanda de nulidad de la Resolución número 1984, de 30 de noviembre de 1936. Sentencia de 4 de julio de 1939, por la cual se confirma el fallo del Tribunal Administrativo de Bogotá, de 22 de octubre de 1937. Actor, doctor Ismael López Barbosa. Consejero ponente, doctor Ricardo Tirado Macías....

648

Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.—Demanda de nulidad de la Resolución R-1335-H, de 9 de octubre de 1937. Sentencia de 13 de septiembre de 1939, por la cual se confirma en todas sus partes la apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Medellín con fecha 16 de noviembre de 1938. Actor, Frontino Gold Mines, Limited. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas

608

Páginas.

Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.—Demanda de nulidad de la Resolución número R-816-H, de 18 de junio de 1938. Sentencia de 27 de septiembre de 1939, por la cual se confirma el fallo apelado, de 3 de diciembre de 1938, del Tribunal Administrativo de Cartagena. Actor, Colombia Products Company. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas	623
Cundinamarca.—Demanda de nulidad y suspensión provisional de los artículos 3º y 4º del Decreto número 133, de 11 de febrero de 1939, sobre impuesto de tabaco, dictado por el Gobernador. Auto de 26 de septiembre de 1939, por el cual no se accede a reponer el de fecha 30 de agosto anterior, que confirmó los autos de 6, 8 y 10 de mayo de 1939, por los cuales el Tribunal Administrativo de Bogotá suspendió provisionalmente los artículos demandados. Actor, doctor Jorge López Posada. Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón	431
Magdalena.—Demanda de nulidad del artículo 6º de la Ordenanza número 96, y de los artículos 28 y 29 de la Ordenanza número 121, ambas de 1938, sobre impuesto de vehículos. Sentencia de 25 de agosto de 1939, por la cual se confirma en los dos primeros puntos de su parte resolutive y se revoca en el punto tercero, el fallo apelado del Tribunal Administrativo de Santa Marta, de fecha 17 de marzo de 1939. Actor, Personero Municipal de Santa Marta. Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón	459
Cartagena.—Demanda de nulidad del artículo 6º del Acuerdo número 3, de 5 de febrero de 1938, expedido por el Concejo. Sentencia de 22 de septiembre de 1939, por la cual se confirma el fallo de 31 de mayo de 1938, del Tribunal Administrativo de Cartagena, en cuanto por él se pronunció la nulidad del gravamen a los agentes de loterías, y se revoca en cuanto a los demás tributos de que trata el artículo acusado. Actor, Víctor Céspedes. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitan	522
Cúcuta.—Demanda de nulidad parcial del Acuerdo número 14 de 1937, expedido por el Concejo Municipal. Sentencia de 13 de julio de 1939, por la cual se reforma el fallo apelado proferido por el Tribunal Administrativo de Cúcuta, con fecha 30 de marzo de 1938, en el sentido de declarar que no es nulo el artículo 3º del Acuerdo, y se confirma en todo lo demás. Actor, Luis Unda Pérez. Consejero ponente, doctor Ramón Miranda	563
Manizales.—Demanda de nulidad de los artículos 1º y 2º del Acuerdo número 16, de fecha 23 de abril de 1937; de la Resolución de 28 de febrero de 1938, expedida por la Junta del Impuesto Predial, por la cual se aprueban las listas de catastro urbano, y de la marcada con el número 481, de 9 de abril de 1938, del Concejo Municipal, que aprueba dichas listas. Sentencia de 21 de agosto de 1939, por la cual se confirma la del Tribunal Administrativo de Manizales, de 11 de marzo de 1939, que declaró no haber lugar a hacer ninguna de las declaraciones pedidas. Actores, Braulio, Mercedes y Gilma Murillo. Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón	454
Medellín.—Demanda de nulidad del Acuerdo número 19 de 1938 y de la Resolución de 26 de julio del mismo año, actos expedidos por el Concejo. Sentencia de 22 de agosto de 1939, por la cual se reforma el fallo recurrido del Tribunal Administrativo de Medellín, en el sentido de declarar que no es nulo el artículo 2º del Acuerdo número 19, y se confirma en todo lo demás. Actor, Roberto Arango A. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas	583
Santa Marta.—Demanda de nulidad del artículo 5º del Acuerdo municipal número 8, de 28 de abril de 1938. Sentencia de 21 de agosto de 1939, por la cual se confirma el fallo apelado de primera instancia, del Tribunal Administrativo de Santa Marta. Actor, doctor Carlos Gámez. Consejero ponente, doctor Gustavo Hernández Rodríguez....	552

Ordenanzas.

Páginas.

Atlántico.—Demanda de nulidad del artículo 2º, ordinal 2º, de la Ordenanza número 75 de 1917, en cuanto se reserva a la Asamblea el nombramiento de Juez de Rentas. Sentencia de 10 de agosto de 1939, por la cual se revoca el fallo recurrido del Tribunal Administrativo de Barranquilla, de 3 de agosto de 1938, y en su lugar se declara la nulidad pedida. Actor, V. M. Gutiérrez Dávila. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas....	604
Bolívar.—Demanda de nulidad y suspensión provisional de los artículos 1º a 4º de la Ordenanza número 14, de 10 de mayo de 1939. Auto de 20 de septiembre de 1939, por el cual se confirma el de 28 de junio de 1939, del Tribunal Administrativo de Cartagena, que negó la suspensión provisional. Actor, Diógenes Arrieta Arrieta. Consejero ponente, doctor Ramón Miranda	577
Magdalena.—Demanda de nulidad del artículo 6º de la Ordenanza número 96 y los artículos 28 y 29 de la Ordenanza número 121, ambas de 1938, sobre impuesto de vehículos. Sentencia de 25 de agosto de 1939, por la cual se confirma en los dos primeros puntos de su parte resolutive y se revoca en el punto tercero el fallo apelado del Tribunal Administrativo de Santa Marta, de fecha 17 de marzo de 1939. Actor, Personero Municipal de Santa Marta. Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón.....	459
Nariño.—Demanda de nulidad de algunos artículos de la Ordenanza número 62 de 1937. Sentencia de 29 de septiembre de 1939, por la cual se reforma el fallo apelado del Tribunal Administrativo de Pasto, de 28 de enero de 1938. Actor, Manuel J. Pantoja. Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G.	640
Tolima.—Demanda de nulidad de los artículos 27 y 28 de la Ordenanza número 44 de 1938, y en subsidio del Decreto número 483 del mismo año, dictado por el Gobernador. Sentencia de 26 de septiembre de 1939, por la cual se revoca el punto segundo del fallo de 11 de mayo de 1939, pronunciado por el Tribunal Administrativo de Ibagué, y en su lugar se declara que no es nulo el mencionado Decreto número 483. Actor, doctor Juan E. Arbeláez. Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón	476
Valle.—Demanda de nulidad de los artículos 3º y 4º de la Ordenanza número 30 de 1937. Sentencia de 31 de julio de 1939, por la cual se confirma el fallo apelado del Tribunal Administrativo de Cali. Actor, Jaime Cruz Roldán. Consejero ponente, doctor Gustavo Hernández Rodríguez..	548

Pensiones.

Solicitud del señor Sebastián Antolínez para que se le reconozca una pensión de jubilación. Sentencia de 1º de julio de 1939, por la cual se reconoce la gracia solicitada. Consejero ponente, doctor Gustavo Hernández Rodríguez.....	527
Solicitud de la señorita María del Carmen Aldana para que se le reconozca la pensión vitalicia de que trata el artículo 4º de la Ley 220 de 1938. Sentencia de 10 de agosto de 1939, por la cual se decreta la gracia solicitada. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán	506
Solicitud del doctor Luis María Arcila P. para que se decrete a su favor una pensión de jubilación vitalicia, por sus servicios como Magistrado. Sentencia de 29 de septiembre de 1939, por la cual se niegan las peticiones de la demanda. Consejero ponente, doctor Elías Abad Mesa	501

Recompensas.

Solicitud de la señora Matilde Zuluaga de Borrero para que se le reconozca una recompensa como viuda del Capitán Hernando Borrero Ayerve. Sentencia de 4 de julio de 1939, por la cual se niegan las peticiones de la demanda. Consejero ponente, doctor Ricardo Tirado Macías.....	644
---	-----

Recursos de hecho.

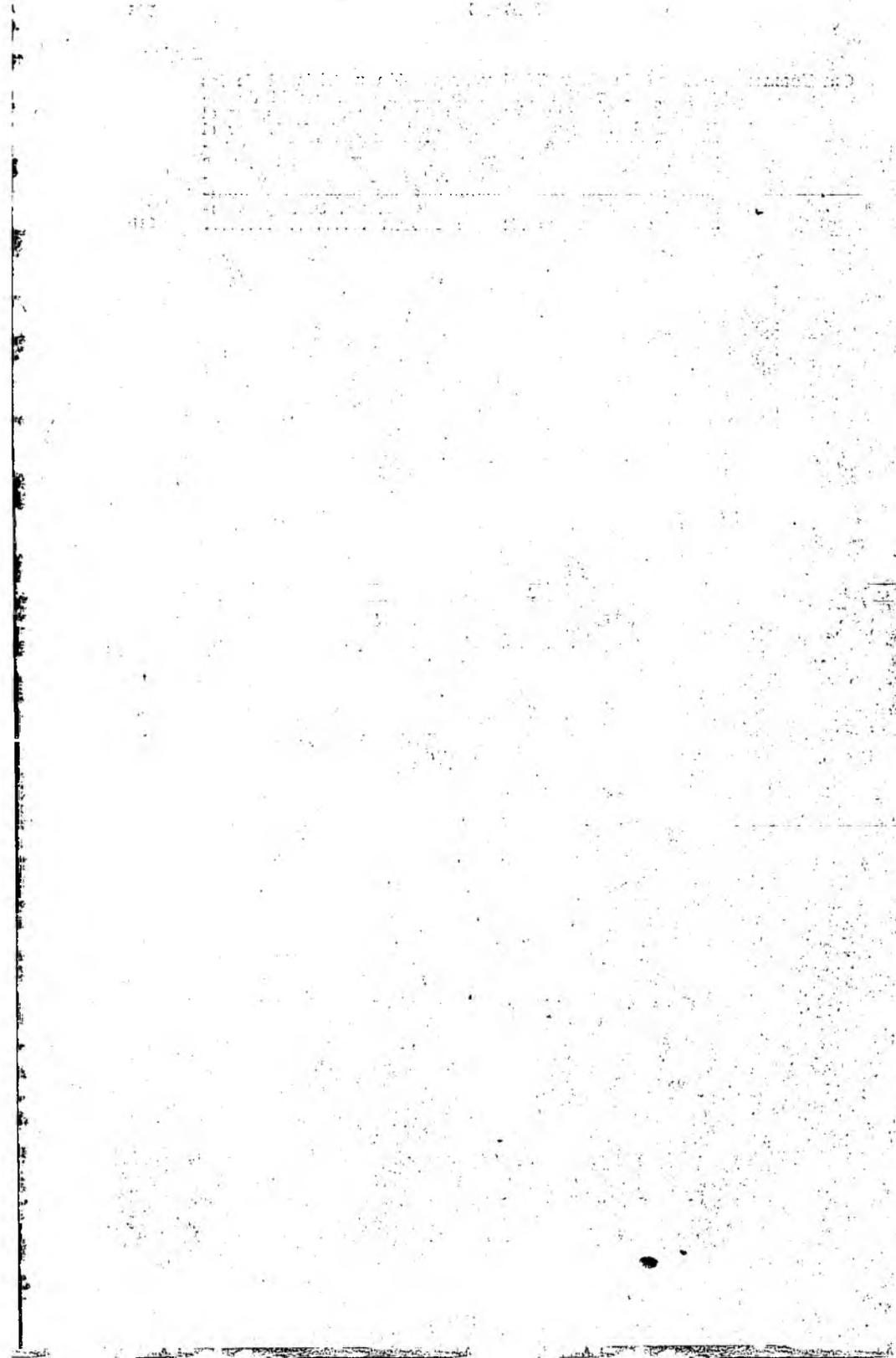
Páginas.

Ibagué.—Demanda de nulidad de los artículos 1º, 3º, 5º, 6º, 8º y 9º del Acuerdo número 1º de 1939, expedido por el Concejo Municipal. Recurso de hecho contra el auto del Tribunal Administrativo de Ibagué, que negó la apelación de la sentencia en el efecto suspensivo. Auto de 12 de septiembre de 1939, por el cual se niega el recurso de hecho. Recurrente, doctor Estanislao Pardo Galvis. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán	516
Salvamento de voto del Consejero doctor Gustavo Hernández Rodríguez al auto anterior	519
Resoluciones ministeriales.	
Ministerio de Agricultura y Comercio.—Demanda de nulidad de la Resolución número 2, de 22 de abril de 1938, originaria del Departamento de Tierras y Aguas, Sección de Colonización. Sentencia de 31 de agosto de 1939, por la cual se falla que no es nula dicha Resolución y se niegan las peticiones de la demanda. Actor, doctor Federico A. Daza. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán.....	508
Ministerio de Correos y Telégrafos.—Demanda de nulidad de las Resoluciones números 728, de 16 de abril de 1938, y 685, de 9 de marzo de 1939. Sentencia de 6 de septiembre de 1939, por la cual se niegan las peticiones de la demanda. Actor, Expreso Ribón. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas	592
Ministerio de Gobierno.—Demanda de nulidad de las Resoluciones números 782, de 23 de agosto, y 1001, de 19 de octubre, ambas de 1938. Sentencia de 8 de septiembre de 1939, por la cual se declaran nulas dichas Resoluciones y se ordena pagar al demandante un mes de sueldo. Actor, Justo Zambrano. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas	595
Ministerio de Guerra.—Demanda de nulidad de la Resolución número 1038, de 2 de diciembre de 1938. Sentencia de 14 de julio de 1939, por la cual se niegan las peticiones de la demanda. Actor, Teniente Rodolfo Leal Alvarado. Consejero ponente, doctor Gustavo Hernández Rodríguez....	533
Ministerio de Guerra.—Demanda de nulidad de las Resoluciones números 118 y 224, de 11 de febrero y 7 de marzo, respectivamente, de 1939. Sentencia de 26 de agosto de 1939, por la cual se niegan las peticiones de la demanda. Actor, doctor Miguel Gómez Archila. Consejero ponente, doctor Elías Abad Mesa	489
Ministerio de Hacienda y Crédito Público.—Demanda de nulidad de las Resoluciones R-437-E, de 21 de abril de 1938; R-1250-E, de 30 de septiembre de 1938, y R-1317-E, de 19 de octubre de 1938. Sentencia de 13 de julio de 1939, por la cual se declaran nulas dichas Resoluciones. Actor, Compañía Fosforera, S. A. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán	503
Ministerio de Hacienda y Crédito Público.—Demanda de nulidad de la Resolución número 345, de 29 de noviembre de 1938. Sentencia de 27 de julio de 1939, por la cual se declara nula dicha Resolución y se ordena el pago a favor del demandante de una cantidad reconocida en resolución anterior del mismo Ministerio. Actor, Juan C. Lara. Consejero ponente, doctor Ramón Miranda	566
Salvamento de voto del Consejero doctor Gustavo Hernández Rodríguez al fallo anterior	571
Ministerio de Hacienda y Crédito Público.—Demanda de nulidad de la Resolución número 135, de 23 de marzo de 1939. Sentencia de 8 de septiembre de 1939, por la cual se niegan las peticiones de la demanda. Actor, doctor Federico A.	

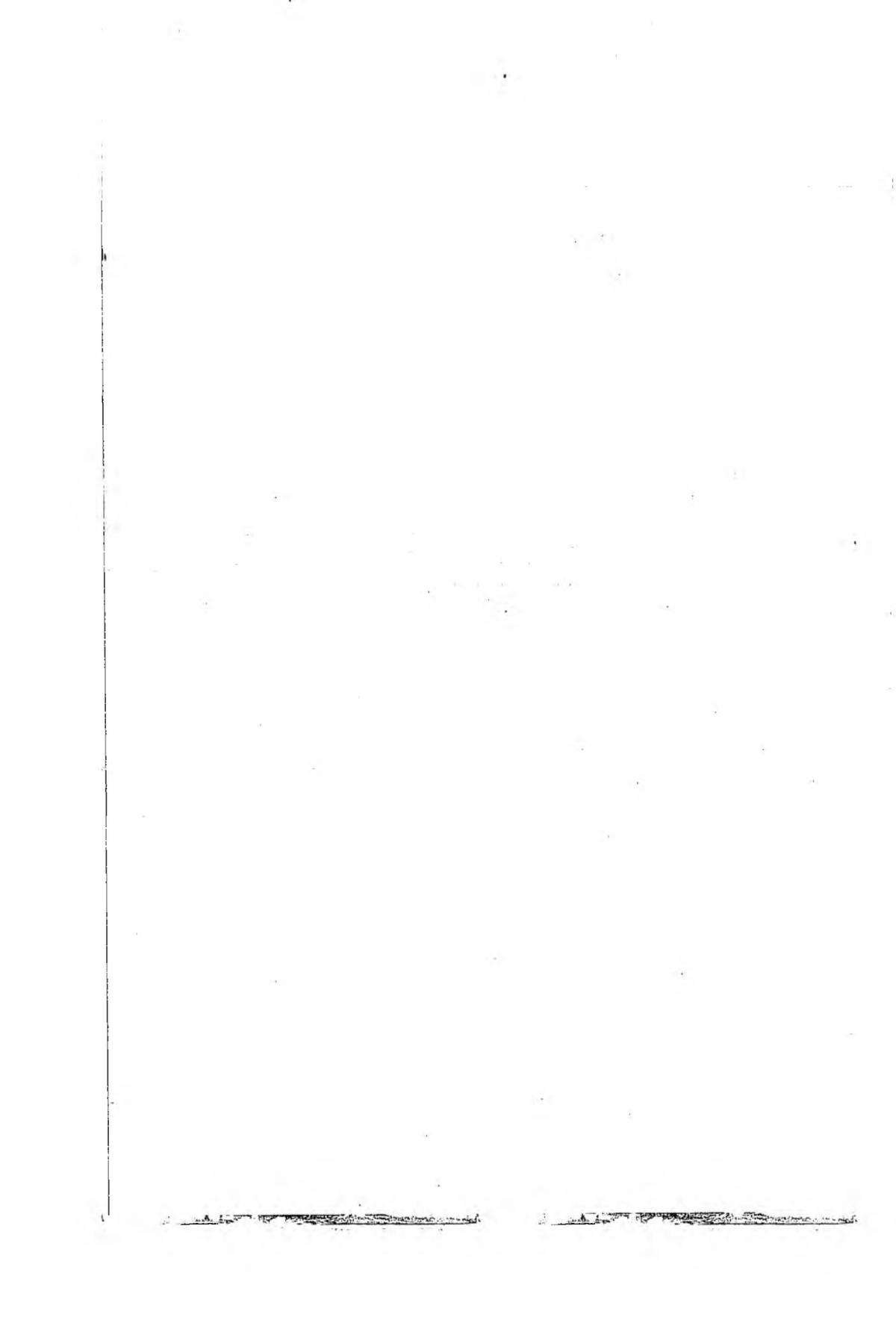
	Daza. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas	601
Ministerio de	Hacienda y Crédito Público.—Demanda de nulidad de la Resolución número 396, de 30 de diciembre de 1938, por la cual el Ministerio aprobó las Resoluciones números 1350, de 25 de octubre de 1938, y 1587, de 7 de diciembre del mismo año, firmadas por el Secretario General del Ministerio, por las que dicho Despacho confirmó las Resoluciones números 22, 23, 24 y 25 de 1937, dictadas por el Inspector Seccional de Rentas Nacionales de Cartagena, sobre impuesto de sucesiones y donaciones. Sentencia de 12 de septiembre de 1939, por la cual se declaran nulos dichos actos. Actor, doctor Alberto Aguilera Camacho. Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón	464
Ministerio de	Hacienda y Crédito Público.—Demanda de nulidad de la Resolución número 1937, de 15 de diciembre de 1936. Auto de la Sala de Decisión, de fecha 13 de septiembre de 1939, que confirma el del Consejero sustanciador, doctor Gonzalo Gaitán, de 5 de mayo de 1939, por el cual se admitió la demanda únicamente en cuanto se refiere a la acción pública y no se accedió a decretar la suspensión provisional. Actor, doctor Víctor Cock. Consejero ponente, doctor Gustavo Hernández Rodríguez	559
Ministerio de	Obras Públicas.—Demanda de nulidad de la Resolución de 9 de febrero de 1939, que negó el pago de medio sueldo durante tres meses. Sentencia de 13 de julio de 1939, por la cual se niegan las peticiones de la demanda. Actor, Guillermo Rey Chacón. Consejero ponente, doctor Elías Abad Mesa	485
Suspensión provisional.		
Ministerio de	Hacienda y Crédito Público.—Demanda de nulidad de la Resolución número 1937, de 15 de diciembre de 1936. Auto de la Sala de Decisión, de fecha 13 de septiembre de 1939, que confirma el del Consejero sustanciador doctor Gonzalo Gaitán, de 5 de mayo de 1939, por el cual se admitió la demanda únicamente en cuanto se refiere a la acción pública y no se accedió a decretar la suspensión provisional. Actor, doctor Víctor Cock. Consejero ponente, doctor Gustavo Hernández Rodríguez.	559
Farrancabermeja.	—Demanda de nulidad y suspensión provisional del Acuerdo número 6, de 24 de marzo de 1939. Auto de 24 de agosto de 1939, por el cual se confirma la providencia del Tribunal Administrativo de Bucaramanga, que negó la suspensión provisional. Actor, Luis G. Estévez. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas	589
Barranquilla.	—Demanda de nulidad y suspensión provisional de los artículos 1º, 3º, 4º, 5º y 6º del Acuerdo número 10 de 1939. Auto de 5 de septiembre de 1939, por el cual se revoca el apelado del Tribunal Administrativo de Barranquilla y en su lugar se suspenden provisionalmente los actos acusados. Actor, Joaquín Sourdis. Consejero ponente, doctor Gustavo Hernández Rodríguez.	555
Bolívar.	—Demanda de nulidad y suspensión provisional de los artículos 1º a 4º de la Ordenanza número 14, de 10 de mayo de 1939. Auto de 20 de septiembre de 1939, por el cual se confirma el de 28 de junio de 1939, del Tribunal Administrativo de Cartagena, que negó la suspensión provisional. Actor, Diógenes Arrieta Arrieta. Consejero ponente, doctor Ramón Miranda	577
Cartagena.	—Demanda de nulidad y suspensión provisional del artículo 2º del Acuerdo número 6, de 22 de mayo de 1939, expedido por el Concejo. Auto de 29 de septiembre de 1939, por el cual se confirma el de 5 de julio de 1939, del Tribunal Administrativo de Cartagena, que decretó la suspensión provisional. Actor, Wilfrido Castro A. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán	525

Páginas.

Cundinamarca.—Demanda de nulidad y suspensión provisional de los artículos 3º y 4º del Decreto número 133, de 11 de febrero de 1939, sobre impuesto de tabaco, dictado por el Gobernador. Auto de 26 de septiembre de 1939, por el cual no se accede a reponer el de fecha 30 de agosto anterior, que confirmó los autos de 6, 8 y 10 de mayo de 1939, por los cuales el Tribunal Administrativo de Bogotá suspendió provisionalmente los artículos demandados. Actor, doctor Jorge López Posada. Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón	481
--	-----



INDICE



Actos de las Asambleas.

Páginas.

<p>Caldas.—Demanda de nulidad de la elección de Contralor Departamental y de sus suplentes, verificada por la Asamblea el 28 de junio de 1938. Sentencia de 20 de agosto de 1939, por la cual se confirma el fallo de primera instancia, proferido por el Tribunal Administrativo de Manizales con fecha 7 de marzo de 1939. Actor, Camilo A. Echeverri C. Consejero ponente, doctor Ramón Miranda</p>	573
---	-----

Actos de los Gobernadores.

<p>Bolívar.—Demanda de nulidad de las Resoluciones números 972 bis de 22 de diciembre de 1937; 251, de 23 de abril de 1938 y 388, de 28 de junio de 1938, expedidas por la Gobernación. Sentencia de 21 de septiembre de 1939, por la cual se confirma el fallo apelado del Tribunal Administrativo de Cartagena, de 19 de diciembre de 1938. Actor, doctor Enrique Rodríguez Diago. Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G.</p>	633
<p> Salvamento de voto del Consejero doctor Guillermo Peñaranda Arenas al fallo anterior</p>	638
<p>Boyacá.—Demanda de nulidad parcial del Decreto número 22, de 13 de enero de 1939. Sentencia de 6 de septiembre de 1939, por la cual se confirma el fallo del Tribunal Administrativo de Tunja, de 26 de abril de 1939. Actor, señorita Isabel Galán Medina. Consejero ponente, doctor Carlos Rivadeneira G.</p>	628
<p>Cundinamarca.—Demanda de nulidad del Decreto número 146, de 9 de febrero de 1937. Sentencia de 14 de julio de 1939, por la cual se confirma la de primera instancia del Tribunal Administrativo de Bogotá. Actor, doctor Manuel J. Hernández. Consejero ponente, doctor Gustavo Hernández Rodríguez</p>	530
<p>Cundinamarca.—Demanda de nulidad y suspensión provisional de los artículos 3º y 4º del Decreto número 133, de 11 de febrero de 1939, sobre impuesto de tabaco, dictado por el Gobernador. Auto de 26 de septiembre de 1939, por el cual no se accede a reponer el de fecha 30 de agosto anterior, que confirmó los autos de 6, 8 y 10 de mayo de 1939, por los cuales el Tribunal Administrativo de Bogotá suspendió provisionalmente los artículos demandados. Actor, doctor Jorge López Posada. Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón</p>	481
<p>Nariño.—Demanda de nulidad del Decreto número 604 de 1938, en lo que respecta al nombramiento de Subdirectora de la Escuela número 2 para niñas, de Tumaco. Sentencia de 15 de julio de 1939, por la cual se revoca el fallo apelado del Tribunal Administrativo de Pasto, de 11 de marzo de 1939, y en su lugar se declara nulo el acto acusado y se ordena que del Tesoro Departamental de Nariño le sean pagados unos sueldos a la demandante. Actor, señorita Laura Mercedes Rosero. Consejero ponente, doctor Gustavo Hernández Rodríguez</p>	535
<p>Nariño.—Demanda de nulidad del Decreto número 604, de 27 de octubre de 1938. Sentencia de 5 de septiembre de 1939, por la cual se confirma la apelada del Tribunal Administrativo de Pasto, de 3 de febrero de 1939. Actor, señorita Marina Chamorro Reinel. Consejero ponente, doctor Elías Abad Mesa</p>	494
<p>Tolima.—Demanda de nulidad de los artículos 27 y 28 de la Ordenanza número 44 de 1938 y en subsidio del Decreto número 483 del mismo año, dictado por el Gobernador. Sentencia</p>	

cia de 26 de septiembre de 1939, por la cual se revoca el punto segundo del fallo de 11 de mayo de 1939, pronunciado por el Tribunal Administrativo de Ibagué, y en su lugar se declara que no es nulo el mencionado Decreto número 483. Actor, doctor Juan E. Arbeláez. Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón 476

Asuntos municipales.

- Llarrancabermeja.—Demanda de nulidad y suspensión provisional del Acuerdo número 6, de 24 de marzo de 1939. Auto de 24 de agosto de 1939, por el cual se confirma la providencia del Tribunal Administrativo de Bucaramanga que negó la suspensión provisional. Actor, Luis G. Estévez. Consejero ponente, doctor Guillermo Peñaranda Arenas 589
- Barranquilla.—Demanda de nulidad del artículo 13 del Acuerdo número 51 de 1930. Sentencia de 12 de julio de 1939, por la cual se confirma el fallo de primera instancia, de 8 de octubre de 1938, del Tribunal Administrativo de Barranquilla. Actor, José del Rosario Valbuena Ramos. Consejero ponente, doctor Tulio Enrique Tascón..... 451
- Parranquilla.—Demanda de nulidad y suspensión provisional de los artículos 1º, 3º, 4º, 5º y 6º del Acuerdo número 10 de 1939. Auto de 5 de septiembre de 1939, por el cual se revoca el apelado del Tribunal Administrativo de Barranquilla, y en su lugar se suspenden provisionalmente los artículos acusados. Actor, Joaquín Sourdis. Consejero ponente, doctor Gustavo Hernández Rodríguez 555
- Bogotá.—Demanda de nulidad de la Resolución de fecha 20 de septiembre de 1935, dictada por la Junta Asesora de la Administración Municipal. Sentencia de 28 de julio de 1939, por la cual se confirma la apelada del Tribunal Administrativo de Bogotá, y el Consejo se declara inhbido para resolver por falta de jurisdicción. Actores, doctores José Manuel Manjarrés y Eduardo Laverde M. Consejero ponente, doctor Gustavo Hernández Rodríguez.. 537
- Cartagena.—Demanda de nulidad del artículo 6º del Acuerdo número 8, de 3 de julio de 1937, expedido por el Concejo. Sentencia de 19 de septiembre de 1939, por la cual se confirma el fallo apelado del Tribunal Administrativo de Cartagena, de 14 de febrero de 1938, que declaró la nulidad demandada. Actor, Rafael Arenas. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán 520
- Cartagena.—Demanda de nulidad del artículo 6º del Acuerdo número 3, de 5 de febrero de 1938, expedido por el Concejo. Sentencia de 22 de septiembre de 1939, por la cual se confirma el fallo de 31 de mayo de 1938, del Tribunal Administrativo de Cartagena, en cuanto por él se pronunció la nulidad del gravamen a los agentes de loterías, y se revoca en cuanto a los demás tributos de que trata el artículo acusado. Actor, Víctor Céspedes. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán 522
- Cartagena.—Demanda de nulidad y suspensión provisional del artículo 2º del Acuerdo número 6, de 22 de mayo de 1939, expedido por el Concejo. Auto de 29 de septiembre de 1939, por el cual se confirma el de 5 de julio de 1939, del Tribunal Administrativo de Cartagena, que decretó la suspensión provisional. Actor, Wilfrido Castro A. Consejero ponente, doctor Gonzalo Gaitán 525
- Cúcuta.—Demanda de nulidad parcial del Acuerdo número 14 de 1937, expedido por el Concejo Municipal. Sentencia de 13 de julio de 1939, por la cual se reforma el fallo apelado proferido por el Tribunal Administrativo de Cúcuta, con fecha 30 de marzo de 1938, en el sentido de declarar que no es nulo el artículo 3º del Acuerdo, y se confirma en todo lo demás. Actor, Luis Unda Pérez. Consejero ponente, doctor Ramón Miranda 563

- Acción contencioso-administrativa (materia).—**En repetidas ocasiones ha dicho el Consejo de Estado que cuando para ponerle fin a una actuación administrativa, recaen dos providencias sobre un mismo asunto, confirmatoria la segunda de la primera, y ambas adversas a la solicitud del respectivo interesado, contra ambas debe dirigirse el recurso contencioso-administrativo. Si no fuera así, el encargado de acatar la respectiva decisión jurisdiccional se encontraría en presencia de dos soluciones distintas, de idéntico valor jurídico y de igual obligatoriedad. (Sentencia de 22 de agosto de 1939) 492
- Acción privada (procedencia).—**Conforme al artículo 15 de la Ley 25 de 1928, la acción privada no la tiene sino el que acredite que está interesado directamente en que se anule o en que se mantenga el acto o providencia materia del juicio o del recurso. El interés directo a que se refiere la ley es aquel que guarda relación con el perjuicio individual que la existencia o nulidad del acto pueda causar. El artículo 80 de la Ley 130 de 1913, al hablar de la revisión de los actos del Gobierno, dice que para la revisión de dichos actos, en el concepto de ser lesivos de derechos civiles, no puede procederse sino a petición de quienes tengan interés en ello por creerse agraviados. El perjuicio directo personal tiene una consecuencia, que es la de restablecer el derecho violado. Cuando esto es imposible, necesariamente debe pensarse que no hay agravio individual. Bien puede suceder que una resolución de carácter general sea causa remota para que más tarde, por aplicación a determinado caso, se cause agravio por la providencia que se fundó en aquélla, y es ésta entonces, y no la anterior, la que puede acusarse en acción privada. No puede restablecerse el derecho individual cuando no se ha modificado, sino que apenas está en posibilidad de serlo. (Auto de 13 de septiembre de 1939) 559
- Acción pública (procedencia).—**Cuando un acuerdo municipal establece un gravamen para todos los agentes de loterías, establecidos o que se establezcan en el Municipio, conforme a la clasificación hecha por el mismo acuerdo, no se contempla una situación personal, determinada. Dado el interés que todo ciudadano debe tener por el man-

tenimiento del orden jurídico existente, por que no se violen normas de superior obligatoriedad, la acción pública es la pertinente en ese caso. (Sentencia de 22 de septiembre de 1939).....

522

Apelaciones (en los juicios contencioso-administrativos).—En los juicios que se ventilan ante la justicia ordinaria, la apelación es la regla general, y en los que se ventilan ante la justicia administrativa, es la excepción. En el Código de lo Contencioso Administrativo y en las leyes que lo adicionan y reforman, se encuentran diseminadas múltiples disposiciones que de manera expresa y especial otorgan el recurso de apelación contra ciertos autos. Quiere decir esto que el recurso sólo se concede en casos especiales. En lo tocante al procedimiento administrativo contencioso, la apelación sólo se concede contra las sentencias definitivas. Así lo dice expresamente el artículo 19, ordinal a), de la Ley 130 de 1913, y cuando ha concedido esta Ley apelación contra autos interlocutorios, lo ha dicho de modo expreso. Para el auto de suspensión provisional —típicamente interlocutorio— fue menester que la Ley 80 de 1935, en su artículo 2º, otorgara de modo expreso este recurso. En tratándose de asuntos municipales, la Ley 70 de 1930, en su artículo 5º, otorgó el recurso de apelación para demandas referentes a los de las capitales de Departamento, y como según los principios generales, la primera instancia finaliza con la sentencia definitiva dictada por el inferior, lo apelable, conforme a dicho artículo 5º, es la sentencia y no los autos interlocutorios que se profieren en el juicio. En conclusión, en los juicios contencioso-administrativos solamente son susceptibles del recurso de apelación las sentencias definitivas, los autos interlocutorios que por disposición expresa de la ley tienen este recurso, y aquellos autos interlocutorios que tienen fuerza de sentencia definitiva por finalizar la actuación. Por lo que toca al carácter del recurso, al paso que según el Código Judicial —artículo 490— es regla general que todas las apelaciones se conceden en el efecto suspensivo, en el Código Administrativo la regla general es la inversa, aun tratándose de apelaciones contra sentencias definitivas. (Auto de 12 de septiembre de 1939)

516

Apelaciones (providencias de las Contralorías Departamentales).—El artículo 20 de la Ley 77 de 1926, en desarrollo del artículo 42 del Acto legislativo número 3 de 1910, preceptúa que las apelaciones de los autos de fenecimiento definitivo proferidos por las Contralorías o Contadurías Departamentales, se surten para ante los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo; es, pues, incompatible con esta norma la disposi-

ción ordenanzal que en términos generalísimos atribuya a otra entidad el conocimiento de las apelaciones interpuestas no sólo contra las glosas provisionales y otras providencias de la Contraloría Departamental, respecto de las cuales nada dice la Ley 77 de 1926, dejando en absoluta libertad a los Departamentos para proveer lo conveniente, sino también las que se propongan contra autos de fenecimiento definitivo, en lo referente a las apelaciones de las últimas providencias mencionadas. (Sentencia de 29 de septiembre de 1939)

640

✓ **Apelaciones (providencias de las Contralorías Departamentales).**—La disposición ordenanzal que da competencia a una Junta de Hacienda para conocer de las apelaciones que se interpongan contra providencias de la Contraloría Departamental, en que se aplique la pena de multa, resulta ilegal, pues el conocimiento de ellas compete a los Tribunales Administrativos, al tenor de lo estatuido en el ordinal c) del artículo 40 de la Ley 130 de 1913 .(Sentencia de 29 de septiembre de 1939)

640

✓ **Asambleas Departamentales (atribuciones fiscales).**—No se encuentra en la Ley 42 de 1923 disposición alguna que limite, en desarrollo de algún precepto constitucional, la autonomía que los Departamentos tienen para la administración de sus asuntos seccionales, ni siquiera una destinada a señalar de manera general o especial las reglas a que deben someterse estas entidades en el recaudo y fiscalización de sus propias rentas. El cargo de ilegalidad que contra una ordenanza fiscal se formulara con base en la mencionada Ley, resultaría baldío e ineficaz. No menos impropcedente sería el cargo que se formulara contra una ordenanza en materias fiscales, como violatoria de otra ordenanza anterior, por la cual se crea la Contaduría Departamental, pues las Asambleas pueden adoptar hoy una medida y mañana otra distinta, en la misma forma en que el Congreso puede dictar hoy una ley y derogarla, modificarla o reformarla posteriormente. (Sentencia de 29 de septiembre de 1939)

640

✱ **Autenticación (de los actos de las Asambleas).**—No es al Secretario de Gobierno del Departamento a quien corresponde por modo exclusivo la autenticación de los actos de las Asambleas Departamentales. La autenticación de dichos actos cae dentro de las funciones normales del Secretario de la corporación. Por lo demás, el problema suscitado ante el Tribunal a quo se contrae a saber si la autenticación de la publicación oficial de-

nominada **Anales de la Asamblea**, uno de cuyos ejemplares, en el cual corre publicado el acto que se acusa, aparece autenticado por el Jefe del Archivo, debe o no estimarse suficiente para acreditar la existencia de dicho acto. Para el Consejo de Estado el asunto no presenta duda alguna, pues debe aplicarse directamente la norma del artículo 632 del Código Judicial, que ordena a los encargados de los archivos expedir y autorizar las copias de los documentos que están bajo su custodia. (Sentencia de 20 de agosto de 1939)

573

B

Baldíos (competencia administrativa).—Nuestra legislación sobre baldíos se gobierna por un estatuto especial, que escapa al radio del derecho privado. El carácter típico de los terrenos baldíos, el papel que juegan en la economía nacional, la obligación a cargo del Estado de fomentar la riqueza pública y privada mediante el impulso de la agricultura y la ganadería, con el cómodo aprovechamiento de los terrenos, determinaron la expedición de leyes especiales sobre baldíos, que hicieran más rápida y fácil su explotación en beneficio general. Cuando la adjudicación se hace a cultivadores, el Estado se desprende gratuitamente de parte de sus bienes, pero se reserva ciertos derechos que el adjudicatario, por ministerio de la ley y por el mero hecho de aceptar la adjudicación, está obligado a respetar. Así vemos que el Estado, a diferencia de los vendedores particulares, no está sujeto al saneamiento en caso de evicción (artículo 47 del Código Fiscal); se reserva la propiedad de aguas minerales o termominerales que existan dentro de los terrenos adjudicados (artículo 1º de la Ley 71 de 1938); de toda adjudicación quedan exceptuados expresamente los depósitos y minas de carbón, hierro, azufre, petróleo, asfalto (artículo 111 del Código Fiscal); ciertas adjudicaciones de baldíos quedan sometidas a la condición resolutoria del dominio si el adjudicatario deja de cumplir determinadas obligaciones que le impone la ley, y en estos casos el dominio vuelve a la Nación **ipso facto** y por ministerio de la ley (artículo 4º de la Ley 34 de 1936), y, finalmente, el artículo 54 del Código Fiscal dispone que los terrenos baldíos de cuyo dominio se desprende el Estado, a cualquier título, **quedan sujetos** a las servidumbres pasivas necesarias para el desarrollo de los terrenos **adyacentes**, y recíprocamente, los que continúan siendo del dominio del Estado quedan sujetos a las servidumbres indispensables para el cómodo beneficio de los terrenos adjudicados.

Páginas.

El artículo 75 de la Ley 74 de 1926 reconoce servidumbre de tránsito a favor de los terrenos baldíos mejorados por particulares. Se deduce del espíritu y de la letra de estas disposiciones que el legislador quiso sustraer de la justicia ordinaria cuestiones como la referente al reconocimiento de servidumbres a cargo de un predio adjudicado y a favor de un terreno baldío. Cuando permite la ingerencia del Organó Judicial lo ha dicho en norma expresa, como la del artículo 79 del Código Fiscal, que ordenaba que las controversias entre colonos y adjudicatarios, o con terceros, sobre dominio, se resolvieran **judicialmente**. Si la competencia judicial fuera la regla general, sobraba la disposición del citado artículo 79, y conforme a un conocido principio de hermenéutica no se puede suponer que el legislador dé reglas inútiles. Es conclusión de lo dicho que en materias relacionadas con baldíos, tienen competencia las autoridades administrativas. Esta la razón del artículo 7º de la Ley 72 de 1931, que señala atribuciones al Consejo de Estado en cuestiones de baldíos. (Sentencia de 31 de agosto de 1939)

508

C

Competencia (actos aprobatorios de contratos).—Son inaceptables las demandas contra los acuerdos municipales u otros actos aprobatorios de contratos, cualesquiera que sean los vicios de que aquéllos adolezcan, máxime cuando se trata de irregularidades que afectan al contrato en sí mismo, como cuando el libelo de demanda versa sobre vicios en la celebración del contrato. Tal pronunciamiento a propósito de un contrato compete al Organó Judicial del Poder Público. En casos semejantes, el Consejo de Estado se ha declarado por la inhibitoria, ya que lo contrario equivaldría a invalidar un contrato, mediante un juicio del cual estaría ausente el contratista, con violación expresa de la excepción consagrada en el ordinal g) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913, que remitió al conocimiento de la justicia ordinaria tales negocios. Y si se observara que, cuando el acto demandado se limita a la aprobación de un contrato, no se trata de un recurso interpuesto contra resoluciones que se originen en contratos celebrados en nombre de una entidad pública distinta del Estado, se replicaría que tal aprobación es inherente al contrato mismo. Escapa a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa todo lo que se relaciona con las estipulaciones de un contrato, debiéndose entender por tal no sólo el cuerpo que contiene las cláusulas respectivas sino los actos que las aprueban y que, conside-

rados aisladamente, no producirían efecto alguno. (Sentencia de 23 de agosto de 1939) ...

586

Competencia (actos de corporaciones autónomas).—Según disposiciones vigentes, la Caja de Sueldos de Retiro del Ejército, constituida con fondos propios, provenientes de cuotas de quienes de ella pueden beneficiarse, y de diversos aportes del Tesoro Público, actúa independientemente y se maneja por la llamada Comisión de Sueldos de Retiro, integrada por cinco miembros, uno de ellos el Ministro de Guerra, quien la preside y a quien sustituye en sus faltas accidentales el Secretario del Ministerio. Las decisiones de la Comisión se adoptan por mayoría, pudiendo cualquiera de los miembros salvar su voto. En estas condiciones, el Ministerio de Guerra, en cuanto no está facultado para obrar separadamente, no profiere providencias a las cuales pueda atribuirse aptitud para el recurso contencioso-administrativo, sólo posible contra actos del Gobierno o resoluciones que pongan fin a una actuación administrativa ministerial. Al Consejo de Estado no se le ha dado competencia para conocer de actos de corporaciones o entidades que cooperen en la Administración Pública Nacional con autonomía absoluta o relativa, sino de las emanadas de determinados funcionarios, expresión esta última que en la terminología jurídica no es aplicable a aquellas corporaciones. De ahí que las decisiones de la Comisión de Sueldos de Retiro deban considerarse sustraídas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. (Sentencia de 22 de agosto de 1939)

492

Cosa juzgada (pensiones y recompensas).—Atendiendo a la naturaleza peculiar de esta clase de juicios, el Consejo de Estado, de manera invariable, ha sostenido que respecto de pensiones y recompensas, no pueden aplicarse estrictamente las reglas del procedimiento común sobre autoridad de la cosa juzgada. Esta doctrina no es ni puede ser absoluta. El mismo Consejo se ha encargado de señalarle límites. Cuando una solicitud de pensión o recompensa ha sido negada por falta de documentos, por deficiencia en las pruebas aducidas, o porque con posterioridad al fallo ha surgido un nuevo hecho, no tenido en cuenta entonces, el Consejo admite que pueda formularse nueva solicitud en la que se presenten las pruebas echadas de menos o se aleguen los hechos nuevos que no cayeron bajo el estudio de la misma providencia. Pero cuando no se trata de hechos, cuando no se presentan nuevas pruebas, cuando las circunstancias no han variado, cuando no se ha modificado el **statu quo**, por decirlo así, entonces es a todas luces

injurídico admitir una nueva demanda en que actúan las mismas personas y se reúnen las mismas características para que la cosa juzgada surta sus efectos según el artículo 474 del Código Judicial. Si en sentencia anterior el Consejo de Estado hizo una interpretación de los preceptos legales que reglamentan el derecho invocado, y llegó a conclusiones completamente adversas a las pretensiones de la demanda, y si la nueva petición se limita a refutar con toda clase de argumentos la doctrina del Consejo, existe la cosa juzgada, no es posible acceder a las peticiones de la nueva demanda, y debe negarse ésta por tratarse de un asunto ya fallado. Piénsese en lo que se convertiría la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, de prosperar la tesis de que todas las pensiones que han sido negadas por interpretación de los textos legales, volvieran a revivir en la esperanza de que, con el cambio del personal del Consejo, se modificaran puntos de vista ya tenidos en cuenta. (Sentencia de 4 de julio de 1939)..

644

△ **Cuentas (diligencia en el manejo).**—La Contraloría admite que en lo general está comprobado el cuidado de un almacenista de especies venales en la custodia del almacén; pero en concreto, sobre los paquetes de que se dice fueron sustraídas estampillas, nó. Disociación es ésta difícil de aceptar. Si en lo general hubo cuidado, ¿cuál es el hecho que permite destruir ese cuidado para un caso concreto? Es verdad que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, de conformidad con el artículo 1604, inciso 3°, del Código Civil. Pero en el caso que se estudia la prueba del cuidado ha sido aceptada, y sin embargo se exige probarlo para unas cajas que nadie sabe si realmente contenían determinada cantidad de estampillas. Cuidado y diligencia sobre cosas que no se sabe si existían, porque no se ha podido probar que existieran, tampoco se puede probar. (Sentencia de 31 de julio de 1939)

540

△ **Cuentas (exoneración de responsabilidad).**—La exoneración de responsabilidad en las cuentas —artículo 43 de la Ley 42 de 1923— fue implantada en favor de los empleados nacionales de manejo, cuando se les haya declarado responsables, en los casos especiales de pérdida, merma, hurto o depreciación de bienes o valores de la Nación. La Contraloría General de la República, por medio de la Resolución número 75 de 1937, reglamentó la materia, y prescribió las pruebas que es necesario allegar para que la exoneración se decrete. Son ellas “todos los documentos comprobatorios de los hechos que originaron la pérdida” —artículo 2º—, y “copia del auto de sobresei-

miento o una relación del estado en que se habla la respectiva actuación”, en el caso de que la justicia ordinaria haya intervenido en la investigación del delito, a fin de establecer si el funcionario de manejo está exento o nó de imputación delictual. Si nos atenemos a estas normas, puede colegirse que, para que la exoneración alivie a un funcionario de manejo de su responsabilidad fiscal, especialmente en el caso de hurto, basta que éste esté libre de toda complicidad, culpa grave o sospecha en la comisión del delito, o que no haya una omisión sobre la cual se pueda destacar la culpa grave. Esta conclusión guarda estrecha armonía con el concepto genérico, tanto gramatical como jurídico, sobre exoneración. Persigue ella aliviar a cierta persona de cierta carga que puede considerarse como obligatoria. No se trata de destruir, de exterminar la **obligación** respectiva: ésta no se discute siquiera; se da por existente. Pero, por consideraciones especiales de justicia y de equidad, la exoneración, como su mismo nombre lo dice, **descarga de responder**. (Sentencia de 31 de julio de 1939)

540

↳ **Cuentas (imputabilidad civil por delitos ajenos).**—La Contraloría General de la República, del texto del artículo 2º de la Ley 35 de 1935, deduce que quien rinde las cuentas debe pagar el valor de los bienes sustraídos fraudulentamente por terceros. Esta interpretación no está en armonía con la norma citada, que se refiere al hecho de que la acción civil y la criminal no están ligadas, de modo que cada una puede adelantarse por separado, cuando se trata de la responsabilidad en el manejo de la hacienda pública. Pero dicha Ley no dice que los empleados de manejo responden de los hechos delictuosos cometidos por terceros sin la complicidad o culpa grave de aquéllos, sentido que es contrario a la equidad. El artículo 282 del Código Fiscal establecía que “la unidad de responsabilidad consiste en que ésta recaiga sobre el empleado de manejo a cuyo cargo está la oficina, respecto de cualquiera falta que en ella se note....” Pero esta disposición fue incluida entre las expresamente derogadas por el artículo 81 de la Ley 42 de 1923, y aunque en la exposición de motivos de la Misión Financiera se dijo que las disposiciones se derogaban para que el Contralor General pudiera reglamentar la materia, la imputabilidad civil por delitos ajenos no es punto de simple reglamentación y escapa a las facultades de que el Contralor está investido. (Sentencia de 31 de julio de 1939)

540

↳ **Cuentas (presunción de responsabilidad).**—A juicio del Consejo de Estado, no puede sostenerse que un Al-

macenista de especies venales no cumplió con los deberes de diligencia y cuidado respecto de los paquetes y cajas que contenían estampillas, que se dice fueron sustraídas; ni que a él corresponda probar el cumplimiento de tales deberes, ni que sea suya la culpa por los hechos delictuosos que ocasionaron la pérdida de las especies, cuando, de las pruebas que obran en los autos, aparece que la entrega a dicho Almacénista de los millares de estampillas existentes en los depósitos del Almacén, se hizo en forma simbólica, esto es, sin que se hubieran contado una a una. Falta así el hecho primordial, la base indispensable para que sobre ella pueda sostenerse la responsabilidad administrativa y edificarse presunciones: la prueba de la entrega de cajas cerradas no implica la existencia en ellas de determinada cantidad de estampillas, y para que jurídicamente haya responsabilidad, en desarrollo del artículo 40 de la Ley 42 de 1923, es condición *sine qua non* que estén plenamente probados los antecedentes en que debe apoyarse una presunción legal. Presumir que a un Almacénista se le entregaron las estampillas para presumir que hubo negligencia, no es procedimiento permitido, ni por la doctrina, ni por la ley, pues ésta manda que los antecedentes estén plenamente probados, cuando dice en el artículo 661 del Código Judicial que "los antecedentes en que se apoya una presunción legal se deben establecer plenamente". (Sentencia de 31 de julio de 1939)

540

D

Demanda (admisión de la).—Habiendo el Magistrado sustanciador admitido la demanda y ordenado solicitar del funcionario competente copia autenticada del acto acusado, no había ocasión en la sentencia definitiva para entrar a considerar el mismo punto, que, por estar contenido en un auto ejecutoriado, era ya ley del proceso. (Sentencia de 20 de agosto de 1939)

573

Derecho violado (su restablecimiento).—Aunque el artículo 4º de la Ley 80 de 1935 faculta al Consejo de Estado para determinar, con la debida precisión, la manera como debe restablecerse el derecho violado, ello no puede entenderse hasta el punto de permitirle intervenir en procesos que se siguen ante otra jurisdicción, para hacerlos cesar, como lo pretende el demandante al pedir que si alguna acción ejecutiva está iniciada contra todos o alguno de sus poderdantes, en el momento de fallarse la demanda, debe cesar, a fin de evitar los perjuicios consiguientes, así como también el que sus representantes tengan que presentarse al respectivo jui-

cio a solicitar la inexecutable del impuesto. La misma sentencia del Consejo de Estado, si es favorable a las pretensiones del actor, es elemento suficiente para que éste la aduzca como prueba dentro de los trámites propios de la ejecución para que en ella produzca sus efectos, sin necesidad de una orden que no tiene fundamento legal para ser expedida. (Sentencia de 12 de septiembre de 1939)

464

Derecho violado (su restablecimiento).—El artículo 4º de la Ley 80 de 1935 faculta a los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo y al Consejo de Estado, cuando se ejercite la acción privada, para determinar la manera como debe restablecerse el derecho violado, siempre que así se haya solicitado. En el caso de una demanda instaurada por el Personero de un Municipio, en la cual no aparece en ninguna parte que se haya ejercido la acción privada que compete al Municipio, antes bien consta que el Consejo sólo autorizó al Personero para pedir la nulidad de varios artículos de algunas ordenanzas, estima el Consejo de Estado que no es el caso de ordenar el reintegro a favor del Municipio demandante de las sumas cobradas por el Departamento durante la vigencia de las disposiciones anuladas. Si el cobro de los impuestos a que se refieren las ordenanzas acusadas, fue ilegal, los que tendrían acción para reclamar el reintegro de las sumas indebidamente cobradas por el Departamento serían los contribuyentes. No hay ninguna disposición legal que autorice a los Departamentos para recaudar impuestos municipales ni fijar su tasa; de modo que un Municipio no puede tener derecho para pedir el reintegro de contribuciones que no han sido recaudadas como impuesto municipal sino a título de impuesto departamental. (Sentencia de 25 de agosto de 1939)

459

Descanso dominical (su alcance).—Según los principios generales consagrados en la Ley 57 de 1926, en la 72 de 1931 y en el Decreto 1278 del mismo año, los empleados u obreros de establecimientos industriales, cualquiera que sea la índole del establecimiento, tienen derecho a un día de descanso después de seis días de trabajo, o cada seis días, el cual debe ser dado el día domingo. El personal exceptuado del descanso dominical tiene derecho a un descanso compensatorio equivalente, y los empleados y obreros que, ocasionalmente, por alguna de las causales enumeradas en los artículos 6º y 7º del Decreto 1278, trabajaren en día domingo o en el día de descanso compensatorio, podrán elegir entre una remuneración en dinero no menor del doble del salario ordinario o un descanso compensatorio

del trabajo realizado extraordinariamente. Estas normas, que se refieren a los empleados y obreros de empresas particulares, comprenden solamente el día domingo y no los festivos distintos de éste, para los cuales no hay ni prohibición de trabajar ni derecho a doble remuneración por el trabajo que llegue a prestarse. En cuanto a las personas que presten sus servicios en trabajos públicos de la Nación, los Departamentos o Municipios, dispone el artículo 7° de la Ley 57 de 1926 que el día de descanso deberá ser remunerado. El artículo 1° del Decreto 222 de 1932 establece el mismo principio, y el artículo 3° estatuye que los que trabajaren en domingo o día de fiesta nacional o religiosa, "tendrán derecho, a su elección, a que se les conceda el descanso compensatorio o a una indemnización igual a la treintava parte de su sueldo". Las anteriores disposiciones se refieren todas a los obreros y empleados de empresas y trabajos públicos, y no a los empleados oficiales en general. Para éstos, según los estatutos del servicio, no hay obligación de trabajar en los días festivos, ni puede exigirseles trabajo en dichos días. Los choferes de los Ministerios no están destinados a prestar sus servicios en empresas u obras públicas, y, por tanto, su situación no es la contemplada en las disposiciones que acaban de citarse. De otro lado, no está fuera de lugar hacer notar que aun en el caso de que pudiera asimilárseles a los empleados de empresas o trabajos públicos, la sobrerremuneración correspondiente por sus servicios extra, sería la de la treintava parte del sueldo que devenguen. (Sentencia de 27 de julio de 1939)..

566

Donaciones (presunción legal).—Ni el artículo 18 de la Ley 14 de 1907, ni el 34 del Decreto 667 de 1932, establecieron la presunción legal de ser donaciones las ventas entre parientes: ellos contemplaron los casos de actos de enajenación tendientes a distribuir por causa o a título de herencia los bienes de una persona con el objeto de defraudar el impuesto de lazareto, tratárase o nó de operaciones entre parientes, dejando en todo caso al Fisco la carga de la prueba del fraude a la ley. Dicha presunción no vino a ser establecida sino por la Ley 63 de 1936, sin que tengan exacta aplicación al caso las teorías acerca de la retroactividad de las leyes que amplían los medios de prueba, porque las presunciones legales no son, en realidad, medios de prueba, sino dispensación de la prueba para el efecto de descargar sobre la parte contraria la obligación de producirla. (Sentencia de 12 de septiembre de 1939)

464

E

Páginas.

ElectORALES (facultades de las corporaciones escrutadoras).
 El artículo 4º de la Ley 7ª de 1932 faculta a las corporaciones electorales para no tomar en cuenta los votos emitidos por listas no inscritas conforme a la misma Ley. Para que el ejercicio de esta facultad encaje dentro del texto legal, es necesario que quien vaya a hacer el escrutinio se encuentre ante una situación de hecho, como sería el caso de una lista inscrita fuera del término legal. Es preciso hacer una distinción fundamental entre el problema que se presenta al escrutador, cuando ante él se alega que determinada plancha no fue inscrita, y cuando ya no se trata de esto, sino de una tachada de fondo a la respectiva inscripción. En el primer caso, la discusión se elimina con el examen de las circunstancias de hecho. Y es únicamente en este caso cuando cabe la aplicación del principio contenido en el artículo 4º de la Ley 7ª de 1932. Pero cuando la controversia se refiere a la validez legal de la inscripción de una lista, ya no puede ejercitarse la facultad que se analiza, porque entonces se trata de una cuestión de derecho, cuya dilucidación le está vedada a los cuerpos electorales por el artículo 14 de la misma Ley 4ª de 1932. En este sentido debe interpretarse el alcance de la autorización conferida por el artículo 4º, armonizándolo con lo dispuesto en el 14, que prohíbe en forma terminante a los escrutadores entrar en apreciaciones de derecho. La ley ha querido, por razones incontrovertibles, que todos aquellos problemas de derecho que se susciten con motivo de las elecciones, ya sea en la inscripción de las listas o en el acto mismo de aquéllas, se sustraigan de los escrutadores y queden sometidos exclusivamente a la revisión de la justicia contencioso-administrativa. (Sentencia de 26 de septiembre de 1939)

618

ElectORALES (inscripción de listas).—Cuando aparece clara y manifiesta la intención de un partido político, representado por el Directorio del Departamento, de que determinados nombres integren una plancha de candidatos a la Asamblea por determinado Círculo Electoral, cualquiera manifestación de modificarla hecha por uno solo de los firmantes de la respectiva solicitud de inscripción de la lista, no puede prevalecer sobre la voluntad de los otros y sobre la del Directorio que representan. Como los candidatos habían aceptado sobre la base de los nombres escogidos por el Directorio, no podía disponerse de su firma para hacer, sin su anuencia, cambios en el personal de la lista, contrarios a la voluntad de la entidad política que los postuló. La acepta-

ción de los candidatos valia para la lista original que ellos conocieron, pero no para una distinta, que no aparece demostrado que ellos hubieran querido prohiar posteriormente. El propósito del legislador, al hacer obligatoria la inscripción de las planchas, fue el de notificar al electorado los nombres por los cuales debería votar, previniendo así las maniobras sorpresivas que tergiversaran o anularan el anhelo de la colectividad concretado en los candidatos escogidos. Por eso rodeó la inscripción de ciertas formalidades, que necesariamente deben cumplirse, para evitar abusos que contraríen la verdadera aspiración de los partidos. (Sentencia de 26 de septiembre de 1939)

618

← **Emplea los municipales (su nombramiento).**—Es regla general que los nombramientos de empleados municipales corresponden al Alcalde, cuando por disposición expresa no están atribuidos a otro funcionario o entidad. Así lo disponen los artículos 184 y 250 del Código Político y Municipal. La Ley 72 de 1926 dispuso que correspondiese al Alcalde de Bogotá nombrar y separar libremente sus agentes. Esta Ley se hizo extensiva a otros Municipios del país, entre los cuales están las capitales de Departamento, según la Ley 89 de 1936. El Decreto número 47 de 1937, reglamentario de la Ley 72 de 1926, dijo que se entiende por **agentes** “todos los empleados que constituyen el tren municipal”, con excepción del Personero, Tesorero y Jueces Municipales. La excepción consagrada en el inciso b) del artículo 1º de la Ley 84 de 1915, según el cual los Concejos pueden reservarse el nombramiento de los empleados creados por ellos mismos, en lo que se refiere a los ramos de vías de comunicación, fomento e higiene, quedó modificada para las capitales de Departamento por las leyes posteriores atrás aludidas, fuera de que la excepción no se roza con empleados que puedan considerarse como **agentes** de la Administración. (Sentencia de 19 de septiembre de 1939)

520

← **Empleados municipales (su período).**—De conformidad con el artículo 278 del Código Político y Municipal, los períodos de los empleados creados por ordenanzas y acuerdos serán fijados en **los mismos acuerdos u ordenanzas**, y en su defecto, por las reglas generales que contiene la Ley 4ª de 1913. En el caso de que un Concejo en el mismo acuerdo en que hace la creación de un cargo municipal y le fija la duración del período, omita expresar la fecha en que éste debe empezar, el Código Político y Municipal, en su artículo 279, señala la regla que debe observarse, al disponer que la fecha inicial de todo período municipal

es desde el primero de enero de cada año, y el Concejo, en acuerdo posterior, no puede cambiar la fecha legal de la iniciación del período, máxime cuando el empleado está ya en ejercicio de sus funciones. (Auto de 29 de septiembre de 1939)

525

Empleados nacionales (licencias por enfermedad).—Los Decretos reglamentarios números 1682 de 1932 y 830 de 1934, que subordinan la concesión del medio sueldo a la de una licencia y a los demás requisitos que enumera el reglamento, se ajustan a las disposiciones legales pertinentes, o sea al artículo 3º de la Ley 86 de 1923 y a las demás que señalan la esfera de acción del Gobierno en el particular. Dichos Decretos fijan el procedimiento que debe seguirse para la efectividad del auxilio de medio sueldo a los empleados públicos nacionales por causa de enfermedad contraída en el servicio o agravada por causa de éste, procedimiento que podía determinar el Ejecutivo al tenor de lo dispuesto en los artículos 334 y 335 del Código Político y Municipal. Al dictar esos Decretos, fuera del ejercicio de la potestad reglamentaria, según la Constitución, el Gobierno hizo uso de la segunda de las atribuciones legales antedichas, acatando también otros preceptos del mencionado Código. El artículo 292 del Código Político y Municipal establece que el que obtenga licencia para separarse de un destino lucrativo de voluntaria aceptación, debe encargarse de él al terminar su licencia, a más tardar, y que si así no lo verifica, queda de hecho vacante el destino y se provee por quien corresponda, sin perjuicio de la responsabilidad por abandono del destino. Es claro que si concurre justa causa, la licencia puede prorrogarse por el término que la causa dure; pero para obtener la licencia, por el tiempo ordinario o por uno extraordinario y hasta el límite máximo permitido, se requiere solicitud previa del interesado, debidamente fundada cuando se pretende por más de sesenta días. En realidad, la norma del artículo 3º de la Ley 86 de 1923 vino a sustituir, para el evento de enfermedad, la consignada al final del artículo 293 del Código Político y Municipal, que dice que el que obtenga licencia para separarse de un destino lucrativo no tiene derecho a parte alguna del sueldo en ningún caso. En lo demás, subsisten las reglas generales sobre licencias. (Sentencia de 13 de julio de 1939)

485

Empleados nacionales (licencias por enfermedad).—Si se aceptara que el artículo 3º de la Ley 86 de 1923 es eficaz por sí mismo, o sea que su aplicación no depende de la obtención de la licencia o de la prórroga de ésta, sería lícito, por enfermedad,

el abandono del puesto sin aviso alguno, lo que pugna con el principio de la continuidad del servicio público. La atención médica oficial prestada a un empleado con posterioridad al vencimiento de la licencia que obtuvo, no indica prórroga automática ni presupone solicitud, puesto que dentro de nuestro régimen legal esos hechos no se demuestran con simples inferencias, sino con documentos que con toda claridad los expresen, provenientes de constancias que existan en los libros respectivos y que se hallen revestidas de las formalidades legales que les son propias, como la de haberse accedido a determinada solicitud de prórroga o de nueva licencia por el funcionario competente. (Sentencia de 13 de julio de 1939)

485

Exégesis (de los textos legales).—La Ordenanza número 44 de 1938, expedida por la Asamblea del Tolima, estableció, en su artículo 27, que “cuando un maestro jubilado por el Departamento obtenga pensión nacional, el valor de la jubilación departamental de que estaba gozando quedará reducido al cincuenta por ciento (50%)”. Y el artículo 28 agregó que corresponde al Gobernador decretar la reducción del valor del derecho de jubilación, por el motivo mencionado. Se discute si la rebaja del cincuenta por ciento de la jubilación departamental se aplica a los maestros que gozaban ya de pensión nacional a tiempo de entrar en vigor la Ordenanza 44, o si sólo se refiere a los maestros jubilados por el Departamento que obtuvieron pensión nacional con posterioridad a la vigencia de tal Ordenanza. El Tribunal de primera instancia admitió la tesis del demandante acerca de que el artículo 27 únicamente se refiere a los que obtengan pensión nacional con posterioridad a la vigencia de la Ordenanza, fundándose en que la Asamblea usó el verbo **obtenga**, presente de subjuntivo que expresa un presente o futuro del verbo, puesto que si hubiera querido referirse a un tiempo pasado hubiera empleado el antepresente **haya obtenido**. El Consejo de Estado disiente de la interpretación que se le ha dado al significado del presente de subjuntivo empleado por el artículo 27 de la Ordenanza. Se lee en las notas puestas por don Rufino José Cuervo a la Gramática de la Lengua Castellana de don Andrés Bello: “Es falsísima la idea que han dado de nuestro subjuntivo casi todas las gramáticas castellanas llamando a **cante**, presente; a **cantare**, futuro, y considerando, por tanto, la forma compuesta **haya cantado** como un pretérito perfecto, es decir, como un puro pretérito, y la forma **hubiere cantado**, como un futuro perfecto, esto es, como un mero antefuturo. **Cante** y **cantare** son presente y futuro; **haya cantado**

y **hubiere cantado**, antepresente y antefuturo: en el subjuntivo, sea común o hipotético, no se hace diferencia entre la relación de coexistencia y la de posterioridad, por lo que toca a su expresión gramatical, y éste es un principio en que conviene el castellano con el latín y con los otros dialectos romances, y aun con lenguas de un diverso tipo, como es la inglesa." Se ha hecho esta exégesis gramatical porque es únicamente en este terreno en el que se han situado el demandante y el Tribunal de primera instancia para llegar a la conclusión de que la reducción del cincuenta por ciento del valor de las jubilaciones ya reconocidas por el Departamento, no se ajusta a la Ordenanza; pues con un criterio de interpretación científica de ésta, el Consejo de Estado encuentra que la intención de la Asamblea fue que los maestros que gocen de jubilación nacional no gocen sino de la mitad de la jubilación departamental concedida. (Sentencia de 26 de septiembre de 1939)

476

↳ **Exoneración (de responsabilidad en las cuentas).**—El trámite para decretar la exoneración de responsabilidad en las cuentas se aparta casi siempre del juicio de cuentas, en tratándose de funcionarios de manejo. Uno es el fundamento para decretar la responsabilidad fiscal o el alcance líquido, y otro, para decretar la exoneración. En el primer caso, se aplican las normas positivas relacionadas con los deberes de los empleados encargados de recibir, desembolsar o administrar fondos o bienes nacionales, en lo que respecta a su responsabilidad por la infracción de las leyes o reglamentos administrativos y de contabilidad. En el segundo, por el contrario, no se investiga la responsabilidad: ésta se ha declarado en el juicio de cuentas respectivo. Aún más: es condición *sine qua non* para que se decrete la exoneración, que exista la responsabilidad fiscal claramente definida. Por ella se liberta al funcionario de su obligación de responder, cuando en casos especiales —solamente en los enumerados en el artículo 43 de la Ley 42 de 1923— es de justicia y de equidad que el funcionario no sufra las consecuencias de hechos ajenos a su voluntad, en los cuales su intervención ha sido ninguna. (Sentencia de 31 de julio de 1939)

540

I

↳ **Impuestos municipales (acueductos privados).**—Por el artículo 1º de la Ley 97 de 1913, aplicable a todos los Concejos Municipales por haberlo dispuesto así el artículo 1º de la Ley 84 de 1915, están hoy los Concejos facultados para establecer, sin previa autorización de las Asambleas, las contribu-

ciones que la misma Ley enumera. Mas entre éstas no se encuentra la contribución por acueductos particulares. El gravamen de los acueductos de esta clase repugna con la orientación actual, según la cual el Estado está en la obligación de prestar determinados servicios públicos, como el de agua en las habitaciones. Podría argüirse que no debe dejarse establecer la competencia, ya que ella redundaría en perjuicio del mismo servicio prestado por el Estado. Indudablemente esta razón es justa, y nadie pretendería oponerse al gravamen si el acueducto particular ocupara las calles públicas. Pero el caso es diferente cuando la obra está ubicada en su totalidad dentro de los límites de una propiedad privada, y se sirve de agua que nace y muere en la misma. No es posible establecer contribución alguna sobre un servicio que tiene una órbita de movimiento limitada por el derecho de dominio. Los Concejos Municipales no pueden ordenar el cobro de contribuciones, si no están autorizados por la ley; los Concejos no pueden hacer sino lo que les está permitido por las leyes, y el artículo 1º de la 97 de 1913 no autoriza el cobro de contribución sobre acueductos privados. Sobre pozos artesianos existe la Ley 94 de 1914, por cuyo artículo 2º quedan facultados los Departamentos y Municipios para cobrar un impuesto proporcional por el servicio de agua procedente de los pozos que lleguen a pertenecerles, y ni en ésta ni en ninguna otra podría existir constitucionalmente la norma que permitiera que la propiedad de un pozo abierto por un particular en su terreno, fuera del Municipio o del Estado, pues esto no solamente significaría la violación de determinadas normas escritas, sino la del mismo espíritu que ha animado toda la legislación del país. (Sentencia de 21 de agosto de 1939)

552

Impuestos municipales (agencias de negocios).—No basta que una persona ejerza determinadas actividades comerciales, para que pueda decirse que tiene una “agencia de negocios”. Es necesario que al lado de este elemento exista otro, material de suyo, que constituya el centro o asiento de las gestiones comerciales. Faltando cualquiera de estos dos elementos, que integran la noción de “agencia de negocios”, no puede decirse que ella exista, y en tales condiciones el gravamen que recaiga sobre uno solo de esos elementos, las actividades de las personas, por ejemplo, es ilegal, y, por tanto, debe anularse. (Sentencia de 22 de agosto de 1939)

583

Impuestos municipales (agencias de negocios).—Conforme a los artículos 195 de la Codificación Constitucional; 169, numeral 2º, del Código Político y Mu-

nicipal; 1º, inciso f), de la Ley 97 de 1913, especial para el de Bogotá, pero ampliada más tarde a otros Municipios por la 84 de 1915, y 6º de la Ley 72 de 1926, también expedida especialmente para el de Bogotá, y que hoy rige para las capitales de Departamento por virtud de la 89 de 1936, dentro de las atribuciones del Cabildo de una capital de Departamento está la de gravar las agencias o expendios de loterías. Empero entre agencia y agente hay diferencia sustancial. El Consejo de Estado, en repetidos fallos, ha dicho que las actividades personales no pueden gravarse con tributos. Un acuerdo municipal, en cuanto grave a los agentes, es ilegal, y debe anularse. Mientras el agente no tenga un local o establecimiento abierto al público para ejercer sus funciones comerciales, no puede ser gravado, porque el gravamen recaería, no sobre el establecimiento y por razón de su industria y comercio, sino sobre una actividad netamente personal, individual, que escapa a la tributación que pueden establecer los Municipios. (Sentencia de 22 de septiembre de 1939)..

522

↳ **Impuestos municipales (casas de préstamo).**—El artículo 169 del Código Político y Municipal confiere a los Cabildos, entre otras atribuciones, la de establecer gravámenes dentro de los límites señalados por la ley y las ordenanzas. El ejercicio de esta facultad no es arbitrario, sino que está sometido a las normas fijadas por el legislador y las Asambleas Departamentales. La Ley 97 de 1913, en armonía con la 84 de 1915, faculta a los Municipios para imponer determinadas contribuciones, y entre las que enumera el ordinal f) del artículo 1º, se encuentra el impuesto sobre **diversiones de cualquier clase y casas de préstamo y empeño**. De modo que un acuerdo municipal procede dentro del ejercicio legal de esa facultad, al establecer un gravamen a los establecimientos que se ocupan en negocios de compraventa, prenderías y casas de juegos permitidos, establecimientos expresamente comprendidos entre aquellos que pueden ser objeto de arbitrio fiscal para las Municipalidades. (Sentencia de 22 de agosto de 1939)

523

↳ **Impuestos municipales (de fomento urbano).**—No se quiso, por medio del acuerdo **sub judice**, elevar la tasa del impuesto predial sobre los predios urbanos no edificados, sino establecer un impuesto nuevo que se denominó de fomento urbano, al que se le dieron características especiales que lo diferencian del impuesto predial, tales como que la imposición no se verifica sobre la base del avalúo catastral, sino que se señala una cuota mensual por cada metro lineal de frente sobre las calles o carreras de la ciudad, cuota cuyo mon-

Páginas.

to varia según las categorías fijadas en el acuerdo, y que dicho impuesto, así señalado, excede en mucho a la rata del ocho por mil anualmente, permitida por las Leyes 94 de 1931, artículo 17, y 195 de 1936. Si el impuesto de que se trata es distinto del predial, no está autorizado por la ley, y el acuerdo que lo estableció está viciado de nulidad; y si se trata de un aumento del impuesto predial, las cuotas de imposición no se ajustan a las señaladas en las disposiciones legales que autorizan el establecimiento del impuesto, y, por tal aspecto, son también viciosas las prescripciones del referido acuerdo. (Sentencia de 13 de julio de 1939)

563

Impuestos municipales (de vehículos).—Bajo el imperio de las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915, el Municipio de Bogotá podía crear impuestos sobre vehículos sin necesidad de previa autorización de la Asamblea de Cundinamarca, y los demás Municipios de la República, siempre que las Asambleas Departamentales los autorizaran para ello. Este estado de cosas ha cambiado hoy: ya los Concejos Municipales de las capitales de Departamento no necesitan de previa autorización de la Asamblea Departamental respectiva para crear el impuesto de patentes sobre vehículos, porque el artículo 2º de la Ley 89 de 1936 extendió a los Municipios que sean capitales de Departamento, o cuyo presupuesto anual no sea inferior a trescientos mil pesos, las disposiciones de la Ley 72 de 1926, con excepción de las contenidas en los artículos 3º y 5º de dicha Ley, y entre esas disposiciones se encuentra la del artículo 6º, que autoriza al Concejo Municipal de Bogotá para organizar libremente sus rentas, percepción y cobro, crear los impuestos y contribuciones que estime necesarios, dentro de la Constitución y las leyes, sin necesidad de previa autorización de la Asamblea. No hay, por consiguiente, necesidad de invocar la ordenanza que autorizó a un Municipio capital de Departamento para establecer el impuesto sobre patentes de vehículos, para llegar a la conclusión de que ese Municipio está legalmente autorizado para crear y organizar dicho impuesto. En cambio, ninguna ley ha autorizado a las Asambleas para crearlo a favor de los Departamentos. Ya el Consejo de Estado, en sentencia de 15 de mayo de 1935, refiriéndose al impuesto de que tratan el artículo 1º de la Ley 97 de 1913 y el 1º de la 84 de 1915, había expresado lo siguiente: "Con esta disposición, el legislador, de manera clara, hizo municipal esta clase de gravámenes, y al autorizar a los Concejos para establecerlos, implícitamente prohibió a los Departamentos que

los crearan para sí, ya que no es permitido gravar doblemente cualquier objeto, industria o actividad humana." (Sentencia de 25 de agosto de 1939)

459

Impuestos municipales (predial).—El artículo 1º de la Ley 34 de 1920 dice que la tasa del impuesto con que los Departamentos o los Municipios pueden gravar la propiedad raiz, según el numeral 39 del artículo 97 de la Ley 4ª de 1913, no podrá pasar del dos por mil; pero los Municipios que son capitales de Departamento, están autorizados para cobrar una tasa mayor, conforme a disposiciones posteriores. La Ley 72 de 1926 autorizó al Concejo de Bogotá para organizar libremente sus rentas, sin necesidad de previa autorización de la Asamblea, y para crear, sin esa autorización, los impuestos y contribuciones que estimara necesarios, dentro de la Constitución y las leyes. El artículo 17 de la Ley 94 de 1931 autorizó al mismo Concejo para gravar la propiedad raiz urbana hasta con un cinco por mil sobre el avalúo catastral. La Ley 89 de 1936, por su artículo 1º, extendió las facultades concedidas al de Bogotá en la 72 de 1926, a los Municipios que tengan un presupuesto anual que no sea menor de un millón de pesos, y por su artículo 2º a los demás Municipios que sean capitales de Departamento, o cuyo presupuesto anual no sea inferior a trescientos mil pesos. La Ley 195 del mismo año de 1936, en los ordinales b) y c) del artículo 1º, confirió al Concejo Municipal de Bogotá la facultad de dictar las medidas conducentes para determinar el perímetro urbano de la ciudad y señalar las obligaciones tanto de los propietarios particulares de inmuebles como de las empresas urbanizadoras, y la de aumentar hasta el ocho por mil la tasa del impuesto predial, fijada por el artículo 17 de la Ley 94 de 1931, sobre los predios no edificados que queden dentro del perímetro urbano, teniendo en cuenta para el aumento del impuesto la importancia comercial del predio, las exigencias del desarrollo urbano y las circunstancias económicas del propietario; y en el artículo 2º hizo extensivas esas facultades a los Municipios que se encuentren en las condiciones exigidas por los artículos 1º y 2º de la Ley 89 de 1936. Si, pues, el artículo 2º de la Ley 195 de 1936 extendió a las capitales de Departamento la facultad de aumentar hasta el ocho por mil la tasa del impuesto predial, teniendo en cuenta para el aumento las circunstancias allí anotadas, siguese que los artículos de un acuerdo municipal de capital de Departamento que gravan con el ocho por mil predios urbanos no edificados, no son violatorios de la Ley 34 de 1920, porque ésta ha sido posteriormente modificada, ni vio-

latorios de ordenanzas del mismo Departamento dictadas con anterioridad a la expedición de la Ley 195 de 1936. (Sentencia de 21 de agosto de 1939) 454

✕ **Impuestos municipales (su generalidad).**—Se acusan los artículos de un acuerdo municipal de capital de Departamento, que gravan con el ocho por mil predios urbanos no edificados, por el concepto de no establecer una contribución de carácter general sino particularizada para los lotes no edificados, comprendidos dentro de determinadas calles y carreras de la ciudad. Pero el artículo 2º de la Ley 195 de 1936 hizo extensiva a los Municipios capitales de Departamento la facultad de aumentar hasta el ocho por mil el impuesto sobre los predios no edificados, que queden dentro del perímetro urbano, teniendo para ello en cuenta la importancia comercial del predio y las exigencias del desarrollo urbano, lo que es muy razonable, porque si hay motivos que justifiquen la obligación de edificar en el centro de las poblaciones, no sucede lo mismo respecto de los barrios no centrales. El principio de que la ley debe ser de carácter general no impide el que el legislador pueda limitar el gravamen a las propiedades que se encuentran en el mismo caso, cuando el objeto del impuesto es no sólo buscar una fuente de ingresos para el Erario sino también atender a las necesidades del progreso urbano. Esas leyes se inspiran en el mismo propósito del principio constitucional que ha dado a la propiedad una función social, pues una de las consecuencias de la declaración de esta función social de la propiedad es precisamente la de poder obligar a edificar a los dueños de lotes situados en las áreas urbanas. (Sentencia de 21 de agosto de 1939) 454

↳ **Impuestos nacionales (consumo de fósforos).**—Apoyándose en la distinción entre consumo legal y consumo económico, estima el Ministerio de Hacienda y Crédito Público que desde el momento en que un contribuyente sufragó el impuesto de consumo de fósforos y se adhirieron a las cajetillas las correspondientes especies, como comprobación del pago, se operó el consumo legal, que es el que debe tenerse en cuenta, haciéndose caso omiso de si los artículos así gravados se consumieron económicamente o no. Para el Consejo de Estado el impuesto de consumo pertenece a la categoría de los llamados indirectos, que pesan inmediatamente sobre el consumidor, pero cuyo pago se exige del productor o fabricante, para hacer más sencilla y menos costosa la recaudación del tributo. Este debiera exigirse cuando los artículos son efectivamente

consumidos, como lo indica su mismo nombre; pero de procederse así, se llegaría al caso de que los gastos de recaudación podrían superar al monto del impuesto, perdiéndose de tal suerte la finalidad que se persigue con este arbitrio rentístico. No en todo caso en que los artículos dejen de consumirse económicamente, bien por mala calidad, por falta de propaganda o de aceptación en el público, por deterioro, etc., el Estado queda con la obligación de reintegrar los impuestos pagados. Desde el momento en que un fabricante o productor ocurre a sufragar el impuesto, lo hace bajo su responsabilidad. El Estado no puede garantizar que los productos van a ser efectivamente consumidos. Si por circunstancias especiales, como las anotadas, los artículos no hallan aceptación en los mercados, culpa es del fabricante o productor que se aventuró a pagar un impuesto sin estudiar y analizar previamente las proyecciones del negocio. El Estado no garantiza al contribuyente utilidades, no tiene en mira el éxito de las transacciones. Mas si en un caso dado, sin culpa grave del fabricante o productor y de buena fe, se sufraga un impuesto de consumo por razón de artículos que carecen de virtualidad intrínseca para las transacciones, y que, por consiguiente, no podrán consumirse, queda sin base, sin apoyo científico el pago del impuesto, y procede su devolución por falta de causa para retenerlo. No deben perderse de vista los principios de justicia y equidad. El Estado no sufre perjuicio grave por la devolución del impuesto. El consumo de ciertos artículos, como los fósforos, es casi matemático en una época dada, y si un fabricante o productor no da al mercado sus artículos, los habrán dado otros fabricantes o productores que sufragaron el impuesto. Entró, por tanto, a las arcas nacionales la misma cantidad de dinero por razón de ese determinado impuesto, que es lo esencial. El único perjuicio que sufre el Estado es el del costo de fabricación de las estampillas que sirven para comprobar el pago del impuesto, costo que es insignificante, y bien puede despreciarse. En cambio, el perjuicio del productor o fabricante reviste caracteres de gravedad, porque, a más de la utilidad que dejó de hacer en su negocio, de los gastos para la producción del artículo que resultó inapto para el consumo, viene a agravarse su situación económica con el pago de un impuesto carente de causa. Para situaciones así, se ha aceptado por los tratadistas y por la jurisprudencia la **actio in rem verso**, que salva la justicia y restablece el equilibrio entre dos patrimonios enfrentados en litigio. (Sentencia de 13 de julio de 1939).....

↳ **Impuestos nacionales (depreciación por desgaste).**—Tanto el numeral 7° del artículo 2° de la Ley 78 de 1935 como los artículos 57 y siguientes del Decreto 818 de 1936, se refieren a la depreciación por desgaste o rotura en la propiedad usada en el comercio o negocio "siempre que la renta producida por dicha propiedad deba incluirse en la renta bruta". No importa el negocio primordial de una sociedad contribuyente, acordado en sus estatutos, si ese negocio no se realizó o no pudo realizarse, y si la renta bruta denunciada por la misma sociedad proviene de otro negocio que en realidad nada tiene que ver con el primero. Mal podría pretenderse que de la renta bruta producida por determinadas actividades, se dedujera la depreciación ocasionada por el desuso de una propiedad que en nada ha influido en el éxito económico de esas actividades. La deducción por depreciación sólo es admisible respecto de la propiedad que produzca renta gravable. (Sentencia de 27 de septiembre de 1939)

623

↳ **Impuestos nacionales (su revisión).**—El argumento de ilegalidad contra una resolución de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, dictada con posterioridad al 1° de septiembre del año inmediatamente siguiente a aquel en que se hizo la declaración de renta, sería valedero si la Jefatura hubiera proferido esa providencia oficiosamente y en uso de una facultad cuyo ejercicio, después de la fecha indicada, le vedaba el numeral 1° del artículo 15 de la Ley 81 de 1931, aplicable al caso por tratarse de un impuesto exigible cuando aún no regían las disposiciones de la Ley 78 de 1935 y decretos que la reglamentan. En tal hipótesis sí tendría mérito jurídico la alegación de que, no existiendo facultad para dictarla, tal resolución es nula. Pero la Jefatura no dictó esa providencia oficiosamente, en ejercicio extemporáneo de la facultad de revisión, sino en cumplimiento del deber de resolver sobre el recurso de reposición legalmente intentado por el contribuyente contra una providencia anterior haciendo uso del derecho que consagra el artículo 115 del Decreto 818 de 1936. Precisamente fue el conocimiento y decisión de este recurso, oportuna y legalmente interpuesto por un contribuyente, el que dio competencia a la Jefatura para dictar la providencia posterior, que por este aspecto no viola la norma del numeral 1° del artículo 15 de la Ley 81 de 1931. (Sentencia de 13 de septiembre de 1939)

608

↳ **Inspección ocular (su alcance probatorio).**—Algunos han sostenido que ciertas pruebas, como la de inspección ocular, por ser de la experiencia personal, y la de los hechos permanentes, tienen fuerza erga omnes. Cuando la prueba versa sobre la

existencia de hechos permanentes, perceptibles por los sentidos —una cordillera, un río, un camino abierto—, que el Juez ha apreciado **de visu**, tiene una fuerza de convicción incontrastable; pero cuando se trata de meras apreciaciones, que requieren la presencia de otras pruebas para llegar por inducción al hecho desconocido, la prueba pierde sensiblemente su mérito intrínseco. La existencia de un terreno en determinadas condiciones se palpa, se aprecia por los sentidos externos; pero para saber quién es su propietario es preciso acudir al examen de las pruebas del dominio. (Sentencia de 31 de agosto de 1939)

508

J

Jubilaciones (Magistrados de los Tribunales).—Sostiene el demandante que existen tres categorías de pensiones de jubilación: la primera, para los empleados públicos que hayan prestado sus servicios por más de treinta años, según la Ley 29 de 1905; la segunda, para los empleados del Poder Judicial y del Ministerio Público, que hayan servido por veinte años, de acuerdo con la Ley 116 de 1928, y la tercera, **especialísima**, para los Magistrados de la Corte y de los Tribunales Superiores, que hayan servido por más de quince años y alcanzado una edad de sesenta y cinco, conforme a la Ley 115 de 1937, en armonía con la Ley 12 de 1907. No está conforme el Consejo de Estado con esta división. Aparte de la gracia de que trata la Ley 29 de 1905 para los empleados que hayan desempeñado destinos públicos por treinta años, no existe sino una sola clase de pensión para los miembros del Poder Judicial, comprendiéndose entre éstos los cargos servidos en el Ministerio Público y en lo Contencioso Administrativo. En efecto, la Ley 29 de 1905 estableció por primera vez una pensión de jubilación a favor de los Magistrados de la Corte Suprema que cumplieran determinados requisitos. La Ley 12 de 1907 hizo extensiva la gracia a los Magistrados de los Tribunales Superiores y a los Jueces Superiores y de Circuito, exigiendo como condiciones las de alcanzar una edad de sesenta y cinco años y haber desempeñado el puesto por quince. Pero vino luego el artículo 5° de la Ley 116 de 1928 y, **para gozar de la jubilación de que trata el artículo 3° de la Ley 12 de 1907**, estableció, entre otras condiciones, la de haber llegado a la edad de sesenta años y haber prestado el servicio durante veinte años por lo menos. El artículo 5° de la Ley 116 de 1928 no constituye, pues, una gracia distinta de la que concede la Ley 12 de 1907, ni esta última es una gracia **especialísima**, en el sentido de que para

tener derecho a ella sólo se requiere haber servido quince años. La disposición de 1928 modificó por completo el artículo 3° de la Ley 12 de 1907, en el sentido de fijar las condiciones requeridas para gozar de la jubilación de que trata esta última. La Ley 115 de 1937 se remite a la 12 de 1907, para el efecto de señalar la cuantía de las pensiones; pero esa simple referencia no tendría la virtud de revivirla en su integridad, o sea sin las modificaciones que posteriormente ha sufrido, entre las cuales está la que aumenta el tiempo de servicios de quince a veinte años. (Sentencia de 29 de septiembre de 1939)

501

Jubilaciones (de profesores).—El objetivo de la Ley 42 de 1933, que señala una pensión mensual de jubilación a los profesores en establecimientos públicos o privados, que hubieren desempeñado durante más de quince años puestos en el magisterio y tuvieren más de setenta de edad, es el de dar a los hombres incapacitados para trabajar, y que dedicaron su vida a las labores de la segunda enseñanza, un recurso económico. La ley no distingue entre profesores de las diferentes asignaturas, ya que no se trata de premiar la preparación, sino de reparar la injusticia social de que quien dedicó sus energías al desarrollo de la cultura del país no reciba protección del Estado, cuando le fallen esas energías. Este espíritu determinó la expresión legislativa, que es general y no distingue, pues no se trata de premiar las facultades sino de corregir la miseria. La educación y la instrucción pública constituyen un fin eminentemente social que debe ser realizado por el Estado; constituyen una de sus obligaciones. Si no la puede cumplir por sí mismo, debe propugnar el desarrollo de las actividades educativas por parte de los particulares. El Estado colombiano había puesto límite a esa obligación, encerrándola exclusivamente en el ciclo de la enseñanza primaria, dejando la secundaria, en la teoría y en la práctica, a la iniciativa privada. En los momentos actuales, por lo menos teóricamente, el Estado, en función de cultura, va desde la escuela primaria hasta la secundaria y profesional. El legislador de 1933 tuvo en cuenta que anteriormente el Estado había tenido sólo una actividad negativa, al abandonar la enseñanza secundaria a la iniciativa individual. El mandato dictado por el legislador de 1933, que tiene un contenido eminentemente social, no podía distinguir materias, ni la bondad de las mismas. (Sentencia de 1° de julio de 1939)

527

Jueces (de rentas departamentales).—El artículo 192 de la Constitución señala, entre las facultades de los Gobernadores, la de dirigir la acción adminis-

trativa en el Departamento, nombrando y separando libremente sus agentes y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración. Esta misma facultad la establece el artículo 127, ordinal 2º, del Código Político y Municipal. Para definir si un Juez de Rentas Departamentales debe considerarse como agente del Gobernador, caso en el cual le corresponde al Ejecutivo Seccional su nombramiento, es preciso tener en cuenta que por lo general todos aquellos empleados que, en una u otra forma, están vinculados a las labores que la Constitución y las leyes encomiendan al Gobernador, deben depender directamente de él, que tiene para el mejor éxito de su obra la facultad de nombrarlos y removerlos libremente. Si las ordenanzas que crean el cargo de Juez de Rentas, aunque sin determinar expresamente a quién corresponde su nombramiento, le señalan facultades de funcionario instructor en los negocios que se originen en fraudes a las rentas y las correspondientes para conocer de dichos asuntos como Juez de primera instancia, debiendo surtirse la segunda ante el Gobernador, y estableciéndose al propio tiempo que los autos de enjuiciamiento y las sentencias definitivas, cuando no fueren apeladas, deben consultarse con el Gobernador, quien conserva frente a tales decisiones la facultad de confirmarlas o revocarlas, ello indica que el Gobernador en dichas investigaciones y juicios actúa como superior jerárquico del Juez de Rentas y procede como suprema autoridad en los juicios por fraude a las rentas, cuidando de que sean recaudadas con acuciosidad y esmero como lo preceptúa el artículo 127 del Código Político y Municipal. La creación de los Juzgados de Rentas obedece generalmente al anhelo de combatir el contrabando y castigar debidamente a los culpables, finalidad estrechamente relacionada con el éxito de la política fiscal de los Departamentos. Una rápida y eficaz aplicación de las medidas que tiendan a restringir los fraudes, es factor preponderante para su aumento, máxime si se tiene en cuenta que los licores y el tabaco constituyen la fuente principal de los Tesoros seccionales. Considerado desde este punto de vista, aparece más claro y manifiesto el vínculo que existe entre el Juez de Rentas y el Gobernador, pues si éste nombra un individuo inepto, débil o complaciente, será directamente responsable de tal designación y de los perjuicios que ella acarree a la sección puesta bajo su cuidado. Pero si es otro el encargado de proveer el cargo, la Asamblea, por ejemplo, no podría deducirsele tal responsabilidad. El carácter de agentes del Gobernador que tienen los Jueces de Rentas lo

reconoció el Consejo de Estado en sentencia de 22 de agosto de 1933. De acuerdo con el numeral 5º del artículo 186 de la Constitución corresponde a las Asambleas fijar el número de empleados, sus atribuciones y sueldos, y no puede argüirse que a ellas también les está atribuida la provisión de determinados cargos, pues el numeral 3º del mismo artículo hace referencia solamente al nombramiento de los Contadores o Magistrados de las Contadurías o Tribunales de Cuentas, y los Jueces de Rentas no pertenecen a tal organización. Además, la Ley 84 de 1915 facultó a las Asambleas para nombrar aquellos empleados que no tengan la calidad de agentes del Gobernador. No existiendo norma alguna que autorice expresamente a las Asambleas para hacer los nombramientos de Jueces de Rentas, y teniendo ellos el carácter de agentes del Gobernador, se impone la conclusión de que es nula la disposición de una ordenanza que reserva a la Asamblea el nombramiento de dichos Jueces. (Sentencia de 10 de agosto de 1939)

604

M

× **Maestros (inamovilidad).**—Apareciendo comprobada la posesión de la demandante, del cargo de Subdirectora de una escuela urbana para el periodo de 1937 a 1938, el decreto de la Gobernación que nombra nueva Subdirectora de la misma escuela para el periodo escolar de 1938 a 1939, significa un acto de omisión y constituye una destitución de la antes nombrada. Para que una maestra, que figura en el Escalafón, pueda ser destituida de su cargo, es preciso llenar los requisitos que señalan las Leyes 12 de 1934 y 37 de 1935 y el Decreto 1602 de 1936. Cuando no aparece que una maestra haya cometido actos de los que permiten su destitución, es el caso de declarar nulo el decreto que la decide y ordenar el pago de los sueldos correspondientes al periodo comprendido entre la destitución y la restitución en el cargo que ocupaba, o su nombramiento en otro de igual categoría, cuando la interesada así lo solicita. (Sentencia de 15 de julio de 1939)

535

△ **Maestros (inamovilidad).**—La inclusión y exclusión de un maestro en el Escalafón, el retiro o destitución del mismo del cargo que desempeña, sólo pueden hacerse por las causas determinadas en los artículos 8º y 9º del Decreto ejecutivo número 1602 de 1936, 1º del Decreto 1829 y 2º del Decreto 2255 de 1938, y el traslado de una escuela a otra, cuando el Director de Educación y el Inspector de la Zona respectiva, cumplidos todos los requisitos legales, de común acuerdo y de

manera fundada, estimaren conveniente esa medida para mejorar la marcha de la educación pública. Cuando los motivos que sirvieron de base a un Gobernador para decretar la destitución de una maestra escalafonada, no son de los que pueden tenerse en cuenta para adoptar esa medida, sino a lo sumo la de traslación, si es que ello se considera conveniente para mejorar la educación pública, es el caso de concluir que el decreto de la Gobernación no se ajusta a las prescripciones legales y debe anularse. (Sentencia de 6 de septiembre de 1939)

628

Maestros (promociones).—Corresponde a los Gobernadores nombrar y remover libremente a los maestros de escuela, en armonía con la organización y reglamentación que determine el Ministerio de Educación acerca de cambios, remociones o suspensión en el ejercicio de sus funciones, sobre la base de capacidad técnica, estado de salud, conducta moral, condiciones de localidad y recompensa o ascenso por méritos, de acuerdo con las facultades dadas al Ejecutivo por la Ley 12 de 1934. En el Decreto 1602 de 1936, el Gobierno creó el Escalafón Nacional del Magisterio y estableció que para **cambios**, remociones o suspensión, es preciso encontrarse en alguno de los casos previstos en el artículo 8º, o ser incompetente, circunstancias que los Gobernadores deben tener en cuenta y comprobar previamente. El Decreto 537 de 1937 dispuso que un maestro no podía ser trasladado de una escuela a otra sino: a) Por incapacidad física para vivir en el clima para donde ha sido nombrado; b) Por acuerdo mutuo entre los maestros, aprobado por la respectiva Dirección de Educación, y c) Cuando la Dirección de Educación, previo el estudio del expediente del caso levantado por el Inspector Escolar, estime el traslado de imprescindible necesidad para la buena marcha de la Escuela. Actualmente rige, por lo que hace a traslados, el artículo 1º del Decreto 2255 de 1938, que los permite a juicio del Director de Educación y del Inspector de Zona, siempre que la medida sea conveniente para la mejor marcha de la educación. Cuando contra el decreto de un Gobernador, que ha dispuesto la promoción de un maestro, no se ha formulado cargo alguno del que pueda deducirse que la Gobernación no procedió de conformidad con las normas pertinentes y vigentes al tiempo de dictarlo, ese acto debe presumirse ajustado a tales normas. (Sentencia de 5 de septiembre de 1939).....

494

Militares (calificación de servicios).—Cuando un Oficial es retirado del Ejército en forma absoluta, por razón de edad, y con base en el artículo 6º de la Ley 88 de 1935, no es forzoso para el Gobierno

darlo de alta por sesenta días para los efectos de la calificación de servicios. Cuando se retira temporalmente del Ejército a un Oficial, el Gobierno debe llamarlo a **calificar servicios**, y se entiende por tál la comprobación del tiempo del servicio militar del Oficial, sus campañas, acciones de guerra, etc., o sea la formación de la **hoja de servicios** (artículo 6° de la Ley 71 de 1915). Sólo pueden ser retirados **temporalmente** del servicio activo del Ejército, aquellos Oficiales que hubieren cumplido quince años de servicio, siendo previa la calificación de servicios (artículo 4° de la Ley 15 de 1929). Habiendo sido retirado un Oficial en forma absoluta y por edad, con prescindencia de su tiempo de servicios, no le es aplicable ninguna de las disposiciones últimamente citadas. (Sentencia de 14 de julio de 1939)

533

Militares (primas de alojamiento).—La Ley 23 de 1916 regula lo concerniente a nombramientos y ascensos de determinados miembros de la institución armada. Tanto en el artículo 1º como en otros preceptos de la misma Ley, se menciona por separado a los Oficiales de Guerra y a los Oficiales de Sanidad, en forma que establece clara diferencia entre unos y otros, y se reglamenta, también por separado, lo relativo a ingreso y ascenso en el Ejército, de los individuos pertenecientes a una y otra categoría. Dicha Ley consagra para los de Sanidad normas que no podrían aplicarse a los de Guerra, y contiene algunas, entre ellas el artículo 3º, que no pueden aplicarse a los de Sanidad, lo cual no se opone a que aquéllos y éstos, para efectos expresamente definidos, participen de las mismas prerrogativas y obligaciones. Con apoyo en tal Ley, en otras posteriores, especialmente en el artículo 15 de la 26 de 1916, y en varios decretos, el Ejecutivo dictó el Decreto número 996, de 12 de mayo de 1934, que asimila los Oficiales de Sanidad a Oficiales de Guerra por lo que respecta a ascensos, aunque no siempre de manera igual, y en cuanto a derecho a sueldo de retiro y pensiones, de acuerdo con la Ley 75 de 1925 y en las condiciones que señala el Decreto 1386 de 1932. Pero ocurre que cuando se dictó el Decreto 996 de 1934 no existía la llamada "prima de alojamiento", que para que fuera exigible, se necesitó que el Congreso expidiera una disposición especial, cual es la del artículo 4º de la Ley 55 de 1938. Aun en el supuesto de que el Decreto 996 de 1934 hubiera atribuido a los Oficiales de Sanidad todos los beneficios entonces posibles a favor de los Oficiales de Guerra, mal podría incluir el de las primas de alojamiento. Aunque el Gobierno hubiera querido que en la denomi-

nación de "Oficiales de Guerra" cupieran los de Sanidad, subsistirían, como subsisten, con aplicación preferente, las normas que designan por separado a los de Guerra, puesto que actualmente no rige ninguna precedente del Congreso que haya suprimido las diferencias consignadas en la Ley 23 de 1916. Si en el artículo 4º de la Ley 55 de 1938 se restringió el goce de la prima de alojamiento en favor de los Oficiales y Suboficiales de Guerra, no cabe sino la interpretación que corresponde a las disposiciones de carácter excepcional. (Sentencia de 16 de agosto de 1939)

489

(**Militares (primas de alojamiento).**—La prima de alojamiento, como asignación que adopta el carácter de sobresueldo por las circunstancias especiales en que se encuentran algunos miembros de la institución armada, la señaló el Congreso —artículo 4º de la Ley 55 de 1938— en ejercicio de la facultad que le corresponde de fijar las dotaciones de los empleados creados o autorizados por él. Subsistiendo, como subsiste, en la ley la diferencia entre los Oficiales de Guerra y los Oficiales de Sanidad, ni una interpretación extensiva del Decreto 996 de 1934, hecha con criterio de máxima amplitud, permitiría entender incluida tal prima de alojamiento en las previsiones de éste. No podría el Gobierno, dados los términos del artículo 4º de la Ley 55 de 1938, reconocer el derecho a ella a empleados distintos de los Oficiales de Guerra. (Sentencia de 16 de agosto de 1939)

489

(**Municipios (aclaración de límites).**—La ordenanza departamental que fija algunos puntos de la línea divisoria entre dos Municipios, **aclara** y **determina** con mayor precisión esa línea. Para poder hacer uso de tal facultad, que la tienen las Asambleas, es preciso llenar, por imperativo legal, determinadas formalidades, so pena de nulidad, puesto que el artículo 7º de la Ley 71 de 1916 dice que para **agregar, segregar y aclarar** líneas dudosas limitrofes de los Municipios, deben cumplirse previamente las condiciones que el legislador señala. No es lo mismo ordenar simplemente que se fije materialmente la línea dudosa limitrofe, que mandar que ella sea fijada teniendo en cuenta determinados puntos que debe tocar y que se encuentran enumerados en la disposición ordenanzal. (Sentencia de 31 de julio de 1939)

548

(**Municipios (creación de).**—Los actos de las corporaciones públicas están amparados por una presunción de legalidad, y sólo procede su suspensión provisional cuando manifiestamente aparecen en contradicción con la norma superior a la cual

debió ajustarse su pronunciamiento. Las Asambleas tienen por mandato legal la competencia necesaria para crear y suprimir Municipios dentro del territorio de su Departamento, cifiéndose a las reglas establecidas en la misma ley. La decisión sobre si se han cumplido o nó por parte de la Asamblea los presupuestos legales obligatorios, es materia que corresponde al fondo del negocio, una vez que se hayan hecho valer los elementos de prueba necesarios para destruir la presunción impuesta por la ley en favor de la juridicidad del acto. (Auto de 20 de septiembre de 1939)

577

N

Nacionalización (de institutos autónomos de enseñanza).—De las disposiciones de la Ley de 28 de julio de 1821, expedida por el Congreso de Cúcuta, que suprimió los conventos menores, cuyos bienes adscribió a la instrucción pública; y de las del Decreto de 5 de septiembre de 1839, dictado, en ejecución de esta Ley y de la de 18 de mayo de 1826, por el Presidente de la Nueva Granada, doctor José Ignacio de Márquez, que organizó un Colegio Nacional en la ciudad de Cartago, destinándole el edificio, bienes y rentas del suprimido Convento de Regulares de la Orden de San Francisco, que existía en dicha ciudad, además de las donaciones temporales y perpetuas que quisieran hacerle los amigos de la ilustración y de otras entradas, se desprende que el Colegio Académico de Cartago no es un colegio departamental, sino un establecimiento de instrucción pública que goza de personería jurídica propia, conforme al artículo 80 de la Ley 153 de 1887. El artículo 6° del Decreto que estableció y reglamentó el Colegio, le dio a éste autonomía para recaudar, manejar e invertir sus rentas y defender y sostener en todo caso sus intereses, de manera que al Colegio le es aplicable lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 39 de 1903, sobre autonomía de los establecimientos de instrucción pública que tengan bienes o rentas propias. Ya en sentencia del Consejo de Estado, de fecha 13 de septiembre de 1915, se dijo que para que una Asamblea pudiera legislar sobre colegios era menester que ellos fueran costeados exclusivamente con fondos del Departamento, condición esencial prescrita por el numeral 1° del artículo 54 del Acto legislativo número 3 de 1910, para que las Asambleas puedan reglamentar por medio de ordenanzas la instrucción primaria y la secundaria, pues en caso contrario esta es atribución privativa del Gobierno Nacional, conforme al Decreto ejecutivo número 491 de 1904, reglamentario de la Ley 39 de 1903,

sobre instrucción pública. Si la Asamblea Departamental del Valle del Cauca carecía de facultad legal para autorizar a la Gobernación para celebrar, en representación del Departamento el contrato de nacionalización del Colegio Académico de Cartago, aparece claro que ese contrato, para que fuera legalmente válido, por lo que toca a la personería de la parte que contrató a nombre del Colegio, necesitaba ser celebrado con intervención de quienes tienen la representación legal y el ejercicio de la personería jurídica del establecimiento, en este caso con la del Consejo Directivo del Colegio, caso previsto en el artículo 1º de la Ley 91 de 1938. (Dictamen de 26 de septiembre de 1939)

496

△ **Nulidad virtual (de los reglamentos).**—No considera el Consejo de Estado que un Tribunal Administrativo haya fallado **ultra petita**, en la parte de la sentencia que declara virtualmente nulos los decretos dictados en desarrollo de los artículos anulados de una ordenanza, puesto que si esta declaración no era necesario hacerla a solicitud de parte por ir implícita en la declaración principal, no se agrega con ello nada al fallo, ya que el artículo 3º de la Ley 80 de 1935 dispone que, cuando se anule una ordenanza, o un acuerdo municipal, en todo o en parte, quedan virtualmente nulos, en lo pertinente, los decretos o reglamentos respectivos. (Sentencia de 25 de agosto de 1939)

459

✓ **Nulidad (reproducción de actos anulados).**—Cuando a la simple vista aparece que hay similitud entre un acuerdo anulado anteriormente por el Consejo de Estado y un artículo de acuerdo posterior, expedidos ambos por el mismo Concejo Municipal, debe aplicarse la Ley 45 de 1931, cuyo artículo 1º dispone que las ordenanzas u otros actos anulados de las Asambleas Departamentales, no podrán ser reproducidos si conservan la esencia de las disposiciones anuladas, a menos que una disposición legal posterior a la sentencia autorice expresamente a aquellas corporaciones para ocuparse en tales asuntos, y cuyo artículo 5º manda que esta disposición se aplique por analogía a los acuerdos y demás actos de los Concejos. Y no es posible que un Tribunal Administrativo se excuse de aplicar esta ley, fundándose en que la sentencia que anuló el acuerdo primeramente expedido no estaba agregada al expediente. (Auto de 5 de septiembre de 1939)

555

P

✓ **Pago (de lo no debido).**—Si respecto de uno de los fiadores de un empleado de manejo el Juzgado de Ejecuciones Fiscales, no obstante la revocatoria del alcan-

oe primitivamente deducido al principal obligado, no ordenó la devolución del dinero efectivo consignado para el pago, en atención a que el mismo Juzgado había dispuesto pasar ese dinero a rentas definitivas, lo que imposibilitaba el reintegro por parte de dicha oficina, es obvio que el fiador interesado quedó en situación de acreedor de la Nación para recabar de ella lo que sostiene que ha pagado indebidamente. Conforme a la legislación vigente, esta acción no puede intentarse ante el Ministerio de Hacienda, sino ante la justicia ordinaria, ya que es ante ésta y con la plenitud de las formas y recursos que le son propios, donde deben dilucidarse esas cuestiones. Lo contrario equivaldría a que el Ministerio de Hacienda revisara las providencias del Juez de Ejecuciones Fiscales, y a la misma arbitraria conclusión llegaría el Consejo de Estado si anulara la resolución ministerial originada en sentencia del Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, por la que el Ministerio se abstuvo de ordenar el reintegro de una suma consignada con destino al cumplimiento de una obligación existente cuando se libró el mandamiento ejecutivo. (Sentencia de 8 de septiembre de 1939)

601

Pensiones (pruebas de la enfermedad o incapacidad).—El decreto acusado se dictó para reglamentar los requisitos que deben llenar los certificados médicos que se presenten como pruebas en las solicitudes de gracias a que las ordenanzas vigentes dan derecho a los empleados u obreros del Departamento. Partiendo de una base técnica, que es la de estimar al médico como factor indispensable para acreditar el hecho que puede dar nacimiento al derecho que consagran las ordenanzas, el artículo único del decreto da dos normas: **Primera.** Los certificados que expidan médicos no titulados no serán considerados como documentos probatorios. La ley tiene reglamentada la profesión de médico y, según ella, solamente los médicos graduados pueden ser peritos cuando se trata de acreditar enfermedad o imposibilidad. **Segunda.** No se considerarán como documentos probatorios los certificados expedidos por médicos diplomados con posterioridad mayor de seis meses a la época en que tuvo lugar la enfermedad que quiere comprobarse: es decir, cuando el empleado u obrero deje correr seis meses sin hacerse examinar, no vale el certificado médico. Habiendo una ordenanza dispuesto que los derechos a favor de los empleados y obreros "pueden reclamarse y hacerse efectivos en cualquier tiempo, sin perjuicio de la prescripción que establece la ley civil", puede deducirse que esta segunda norma del decreto

no se dictó para señalar un tiempo dentro del cual deba hacerse uso del derecho, es decir, que el derecho está aún vivo después de pasado dicho término de seis meses, y que la Gobernación solamente exige otras pruebas para aceptar el hecho enfermedad o imposibilidad que sirva de base a la solicitud del empleado u obrero. Antes de la existencia del decreto, con la sola presentación del certificado médico y con la constancia o comprobación de haber servido determinado número de años como empleado u obrero, se decretaba el derecho a recompensa, jubilación o pensión. El derecho a probar con el simple certificado no lo tiene legalmente el empleado u obrero, pues las disposiciones del Código Judicial sobre peritos no lo consagran. El artículo 795 de esa obra dice que para la comprobación de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales, intervienen peritos, y los artículos 715 y siguientes establecen que los peritos, antes de emitir su opinión, prometan ante el Juez y bajo juramento desempeñar el cargo. En este sentido el decreto, antes que violando disposiciones legales, está dando cumplimiento a los citados artículos que establecen reglas generales. (Sentencia de 14 de julio de 1939)

530

✓ **Pensiones (servicios en el régimen federal).—**Demostrados plenamente los hechos básicos de la demanda, es decir, que la peticionaria es hija legítima de un colombiano que desempeñó el cargo de Presidente de Estado Soberano, y que prestó servicios militares a las instituciones legítimas de la República en la guerra civil de 1885, como estos dos son los requisitos que conjuntamente exige el artículo 4° de la Ley 220 de 1938 para decretar la pensión, fuerza es concluir que la solicitante es acreedora a ella. Se argumenta que, recurriendo a la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 220 de 1938, las instituciones legítimas de la República no estaban encarnadas en el Gobierno de la Unión, sino en el bando contrario, que sostuvo la guerra de 1885. Estima el Consejo de Estado que en este caso no procede recurrir a la historia fidedigna del establecimiento de la ley a efecto de buscar la intención del legislador, porque, conforme al artículo 27 del Código Civil, "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu". La ley se interpreta cuando es oscura; cuando es clara, se aplica. Por eso el inciso 2° del citado artículo 27 establece: "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." El tenor literal del

artículo 4° de la Ley 220 de 1938, no se presta a interpretaciones; la disposición es clara y redundante ocurrir a sus antecedentes. Se pregunta: ¿el Gobierno de la Unión, en el año de 1885, era una institución legítima de la República? La respuesta afirmativa a esta pregunta se impone. (Sentencia de 10 de agosto de 1939)

506

Plena jurisdicción (alcance del recurso).—Ni en la Ley 130 de 1913, orgánica de lo contencioso-administrativo, ni en las que la adicionan y reforman, se encuentra disposición alguna que atribuya a los Tribunales Administrativos la facultad para conocer de litigios por perjuicios deducidos de actos que a su debido tiempo fueron anulados y respecto de los cuales, en esa oportunidad, nada se dijo tendiente a restablecer el derecho violado. El recurso que crea y reconoce el artículo 4° de la Ley 80 de 1935, conocido con el nombre de "recurso de plena jurisdicción" por la analogía que guarda con el francés del mismo nombre, no procede sino respecto de actos administrativos que ocasionan en su ejecución el daño efectivo que se les atribuye y cuya reparación solicita el demandante, y no cuando sólo se trata de actos ilegales, violatorios en sí de derechos civiles y como tales anulables, pero que por no haber tenido cumplida ejecución ni han ocasionado el daño determinado que se les asigna ni han violado en concreto el derecho cuyo restablecimiento se pide; tampoco procede cuando el perjuicio cuya reparación se solicita no emana del acto cuya anulación persigue el actor, o, mejor dicho, no es ni puede considerarse como consecuencia lógica y natural de tal acto, sino que se deduce de una nulidad decretada anteriormente. (Sentencia de 21 de septiembre de 1939)

633

Presunciones legales (su irretroactividad).—Antes del 1° de mayo de 1936, fecha en que empezó a regir la Ley 63 de ese año, los impuestos sobre enajenaciones a título gratuito u oneroso se cobraban en vista de las declaraciones que hacían los otorgantes de la respectiva escritura, sin tener en cuenta para nada los vínculos de afinidad o consanguinidad que pudieran existir entre ellos. Conforme a las disposiciones entonces vigentes, un contrato de compraventa, por ejemplo, se reputaba real para todos los efectos civiles, fiscales y de cualquier otro orden, mientras una sentencia ejecutoriada dictada por el Juez en juicio ordinario no lo hubiera declarado simulado. La Ley 63 de 1936 cambió el sistema: la presunción legal no fue ya la de ser real el contrato o su causa, sino la de ser simulada la causa de la compraventa cuando ésta es celebrada entre pa-

rientes en ciertas condiciones, presumiéndose en este caso, legalmente, que la venta es donación, para los efectos fiscales, mas nó para los demás efectos. El legislador, con esta presunción, se propuso, por encima de todo, "poner cortapisa al procedimiento muy socorrido que con anterioridad a la Ley 63 se adoptaba por las personas que queriendo eludir el impuesto de sucesiones, optaban por hacer escrituras de venta de todos sus bienes a sus presuntos herederos". Pero los artículos 66 y 67 de la Ley 63 de 1936 no pueden tener efecto retroactivo respecto de los contratos en que las partes pagaron los derechos fiscales conforme a los sistemas de recaudo vigentes al tiempo de su celebración. Si no pueden las presunciones simples, llamadas también presunciones de hombre, confundirse con las presunciones legales, las cuales no son medios probatorios, a que quepa aplicar las teorías de la retroactividad de las leyes que ampliam los medios de prueba, sino una dispensación de la prueba, que tiene como resultado invertir los papeles, descargando la obligación de producir la prueba sobre la parte a la cual no incumbe según las reglas generales del derecho, hay que concluir que las leyes que establecen presunciones legales, no pueden tener efectos retroactivos, porque vendrían a vulnerar situaciones jurídicas subjetivas, individuales y concretas, legitimamente adquiridas conforme a la ley vigente al tiempo de la celebración del acto a que pretende aplicarse la presunción. De aplicarse la tesis de que una presunción legal puede venir con efecto retroactivo a declarar simulada la causa de un contrato, para determinados efectos, no habría seguridad para el derecho de propiedad, puesto que con la misma razón con que el legislador pudiera establecer la presunción para los efectos fiscales, podría establecerla para los demás efectos, hiriendo a la vez diversos intereses privados y causando en las relaciones sociales una perturbación profunda. (Sentencia de 12 de septiembre de 1939).....

464

- ✓ **Presunciones legales (su irretroactividad).—**No pueden tener efecto retroactivo las leyes que establecen la presunción legal de que una operación comercial envuelve un fraude a la ley de impuestos sobre sucesiones y donaciones —artículos 66 y 67 de la Ley 63 de 1936—, porque conforme al artículo 1516 del Código Civil, el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley, y en los demás debe probarse. Ninguna ley que establezca la presunción de dolo puede tener efecto retroactivo, porque conforme al artículo 24 de la Constitución, nadie puede ser penado *ex post facto* —y esta pena se refiere tanto a la sanción civil como a la criminal—,

sino con arreglo a ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente. (Sentencia de 12 de septiembre de 1939)..... 464

✓ **Pruebas (del acto acusado).**—El ejemplar autenticado del número del periódico oficial en que se publicó el acto acusado, aunque no acompañado a la demanda, fue presentado por parte legítima dentro del respectivo término probatorio del juicio, hecho suficiente en concepto del Consejo de Estado para que sea apreciado en la sentencia definitiva. Tal documento fue aceptado de manera expresa, como prueba, en auto que sin reclamo alguno causó ejecutoria, y que es, por consiguiente, ley del proceso. Sería exagerado e injustificado rigorismo rechazar la acción y negar lo pedido en la demanda, obrando en los autos el documento acusado, traído en el término probatorio, por el solo hecho de no haberse acompañado a la demanda y no haberse dejado en esta la constancia de que habla el artículo 55 de la Ley 130 de 1913, como si este precepto legal constituyera una limitación al principio probatorio consignado en el artículo 597 del Código Judicial y no obedeciera primordialmente a la necesidad de que sea tenido en cuenta tal documento al fallarse la suspensión provisional del acto acusado. (Sentencia de 29 de septiembre de 1939) 640

✓ **Pruebas (trasladadas).**—Los expositores, al hablar de la prueba trasladada, sostienen que la prueba producida en un juicio es aceptable en otro, pero sólo en el caso de que en ambos juicios militen las mismas partes. “Los resultados de las pruebas, ha dicho Ricci, no tienen carácter de verdaderos porque se hayan practicado en tal juicio y no en otro, sino en virtud del debate y oposición de las partes y de la observancia de las formalidades establecidas por la ley para producirlas.” Cuando en ambos juicios no militan las mismas partes, conforme a este principio la prueba producida en el primer juicio no liga al fallador en el segundo. (Sentencia de 31 de agosto de 1939) 508

R

✓ **Recursos (reposición en materia de impuestos).**—No es necesario profundizar en el carácter tan diverso de los recursos de reposición y de apelación, para concluir que es inaceptable la opinión de que el recurso de reposición “es una especie de apelación interpuesta ante el mismo autor de la resolución”. Surge con mayor fuerza esta diferencia tratándose de un recurso administrativo como el que consagra el artículo 115 del Decre-

to 818 de 1936, ya que la providencia del Jefe de Rentas que lo decide, deja a los contribuyentes expedita la vía para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa en amplio debate, en el que deberán examinarse y decidirse todas las cuestiones con el único criterio aceptable en estas materias: el de la realidad y la conformidad con la ley. Es exótico hablar de situaciones definitivas, de "derechos adquiridos", refiriéndose a las decisiones de las autoridades administrativas en el proceso sobre imposición de impuestos. En ninguna parte ha definido la ley el alcance y los efectos del recurso de reposición ante el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, pero es indicativo del espíritu que informa nuestra legislación el precepto del artículo 40 de la Ley 63 de 1936. Relacionando esta disposición con la del artículo 115 del Decreto 818 de 1936, sí cabe hablar de analogía, pues ambas versan sobre materias similares. (Sentencia de 13 de septiembre de 1939)

608

6 **Resoluciones ministeriales (demandables).**—Se observa que no hay constancia de que la resolución ministerial acusada hubiera sido notificada ni de que se hubiera interpuesto en tiempo contra ella el recurso de reposición, lo que puede dar lugar a que se considere que no se trata de una providencia que haya puesto fin a la actuación administrativa y que, por este aspecto, no puede prosperar la demanda. En cuanto al requisito de la notificación, figura en el expediente una nota oficial, en la cual se le comunica al demandante que, junto con ella, se le remite copia de la providencia demandada. No hay duda, pues, de que de ésta tuvo conocimiento oportuno el interesado, en forma que suple la notificación para los efectos legales. Por lo que toca al hecho de no haber solicitado reposición el interesado, resulta indudable que tal recurso no es obligatorio, y que basta, para que tenga cabida el contencioso-administrativo, que la actuación correspondiente termine con una decisión del funcionario competente: el Ministro en este caso. Así se desprende de la jurisprudencia constante del Consejo de Estado. (Sentencia de 13 de julio de 1939)

485

↳ **Resoluciones ministeriales (obligatoriedad).**—Las providencias dictadas por los funcionarios o empleados del orden administrativo producen todos sus efectos, hasta tanto no se declare por la autoridad competente que son ilegales o inconstitucionales, ya porque pugnan con normas superiores o porque se fundan en hechos que resultan desvirtuados dentro del proceso de acusación. Tratándose de resoluciones del Ministerio de Correos y Telégrafos, no habiéndose demostrado

la inexactitud de las afirmaciones contenidas en las actas de visita en que se fundan tales resoluciones, éstas no pueden anularse si por otra parte tienen como base disposiciones legales. (Sentencia de 6 de septiembre de 1939) 592

✓ **Resoluciones ministeriales (su firmeza).**—Las disposiciones de carácter general expedidas por los Ministros son susceptibles de revocación, modificación o reforma, en cualquier tiempo, no importa las situaciones jurídicas que hubieren creado durante su vigencia, ya se trate de situaciones objetivas o subjetivas. La revocación o reforma puede hacerse por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o de simple conveniencia del servicio público. Pero no ocurre lo mismo en tratándose de actos que hubieren creado una situación jurídica, individual y concreta, o de actos bilaterales de la Administración. El derecho reconocido a favor de una persona por medio de un acto administrativo no es susceptible de revocación o reforma una vez en firme la providencia correspondiente, aunque adolezca de un vicio cualquiera que la afecte en su fondo, pues en este evento, ya no puede actuarse por la vía administrativa que, agotada, da paso a la vía jurisdiccional, que compete tanto a los particulares como a la Administración, y es la única eficaz para anular o revisar los actos de los funcionarios en los casos previstos por la ley. (Sentencia de 27 de julio de 1939) 566

S

✓ **Sentencias (su alcance).**—Si la acción intentada se encamina solamente a obtener la nulidad parcial del acto acusado, por ejemplo, la del artículo de un acuerdo municipal en la parte referente a determinado impuesto, y el Tribunal Administrativo declara la nulidad de todo el artículo, sin advertir que tal disposición contiene otros gravámenes distintos del que ha dado lugar a la actuación, falla **ultra petita**, con prescindencia de las normas procesales, según las cuales las sentencias deben proferirse en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes, conforme lo establece el artículo 471 del Código Judicial. (Sentencia de 22 de septiembre de 1939) 522

✓ **Servicio postal (sanciones).**—La Ley 76 de 1914, por medio de su artículo 17, dispuso que el servicio de correos y telégrafos corresponde prestarlo exclusivamente al Gobierno. Esta Ley fue reglamentada por el Decreto 192 de 1926, que definió lo que debía entenderse por correspondencia, y facultó al Ministerio del ramo para conceder permiso a ciertas empresas, corporaciones o indivi-

duos para transportarla, y autorizó al Ministro, en el artículo 7º, para sancionar con multas a aquellas personas que contravinieren las disposiciones legales sobre la materia. No es posible desconocer el fundamento legal de este artículo, porque de otra manera el Gobierno carecería de los medios necesarios para hacer eficaz el cumplimiento de las medidas que toma, máxime cuando se trata de la reglamentación de un servicio público, que corresponde prestar al Estado por voluntad del legislador. (Sentencia de 6 de septiembre de 1939)

592

↳ **Servidumbres (de tránsito en terrenos baldíos).**—La disposición aplicable a las servidumbres de tránsito que se reconocen a cargo de predios baldíos ya adjudicados y a favor de terrenos adyacentes, es el artículo 54 del Código Fiscal, por ser especial para el caso, y no el 905 del Código Civil, que tiene un carácter general. La palabra “necesarias”, que emplea el artículo 54 refiriéndose a las servidumbres, debe tomarse en el tercer sentido que le da el Diccionario de la Lengua, es decir, como contrario a superfluo, o sea “que es menester indispensablemente, o hace falta para un fin”. Consta de autos que la servidumbre materia de la controversia, por donde la estableció el Ministerio, no causa ningún perjuicio al predio sirviente, y además, es el camino más corto y mejor por la solidez del terreno. No puede pretenderse obligar al poseedor del predio con esa servidumbre favorecido a transitar por un camino antiguo que destruyen frecuentemente las inundaciones, o a construir uno nuevo más largo y sobre terrenos inapropiados. Aun si hubiera de aplicarse al caso el artículo 905 del Código Civil, la frase “destituido de toda comunicación con el camino público”, no debe entenderse en un sentido absoluto de imposibilidad física. Tanto nuestros expositores como los expositores y la jurisprudencia francesa han atemperado el rigor de esa frase. Cuando un predio no tiene comunicación **suficiente** con el camino público, procede la imposición de la servidumbre. No se puede obligar al tránsito por caminos que ofrezcan peligros para los transeúntes o cuya apertura o conservación sea en extremo costosa, si con la imposición de una simple servidumbre y luégo de indemnizar plenamente al dueño del predio sirviente, se solucionan todos los problemas. (Sentencia de 31 de agosto de 1939)

508

↳ **Suspensión provisional (procedencia).**—Para decretar la suspensión provisional cuando se invoca el perjuicio que ocasiona el acto demandado, es necesario acreditar los hechos constitutivos de ese perjuicio, no con respecto a uno solo de los in-

dividuos a los cuales pueda comprender eventualmente la medida que se acusa, sino a todos aquellos en cuyo favor se invoca la suspensión. Además, no es suficiente que el acto ocasione cualquier daño, sino un daño grave que, de otra parte, no proceda de una actividad legal, pues cuando la medida tiene asidero en la ley no puede jurídicamente invocarse el perjuicio. Objeta el actor que el acuerdo municipal demandado contiene disposiciones sustantivas de policía, que sólo corresponde dictar a las Asambleas Departamentales, conforme al artículo 186 de la Carta Fundamental; el Tribunal a quo llama la atención hacia las atribuciones de los Concejos, relacionadas con la policía local, según las cuales sí pueden tomarse medidas de la índole de las comprendidas en el acuerdo en referencia. La sola manera como se ha planteado la controversia, así como el alcance de las normas contrapuestas, indican al juzgador que no es el caso de pronunciarse por el decreto de suspensión, que sólo procede cuando se trata de actos administrativos en que la violación de la Constitución o de la ley sea ostensible o manifiesta, o lo que es lo mismo, que no pueda remitirse a duda. (Auto de 24 de agosto de 1939).....

589

↳ **Suspensión provisional (su procedencia).**—Habiéndose hecho uso de la acción pública, única que compete, dada la índole del acto acusado —creación de un Municipio con territorio segregado de otro Distrito— el perjuicio notoriamente grave que el acto puede acarrear no puede ser otro distinto que el de una perturbación del orden jurídico objetivo. La invocación del daño que pudiera sufrir el Municipio cuyo territorio se segrega no es procedente, tanto por razón de ser la acción pública la escogida, cuanto porque quien la ejercita no tiene la representación legal del Distrito que se dice perjudicado. La orden de suspensión no puede jurídicamente dictarse, tratándose del ejercicio de una acción pública, sino cuando del acto que se acusa resulta una violación clara de un precepto superior. (Auto de 20 de septiembre de 1939).....

577

V

↳ **Vacaciones remuneradas (continuidad del servicio).**—El derecho a las vacaciones remuneradas no admite compensaciones ni sustituciones arbitrarias, como las originadas en que el empleado dejara de asistir a la oficina en determinadas horas, con la venia del superior, para asistir a clases universitarias. La continuidad exigida por la ley no se rompe sino por interrupciones apreciablemente largas, o que pasen de quince días, o que no tengan una justificación posible a la luz de

- las normas pertinentes. (Sentencia de 8 de septiembre de 1939) 596
- (**Vacaciones remuneradas (su acumulación).**—Si es verdad que la ley no lo dijo expresamente, tampoco prohibió que se ejercitara en forma acumulativa el derecho de vacaciones anuales remuneradas. El mismo Gobierno, en el Decreto número 1054 de 1938, reglamentario de la Ley 72 de 1931, permite la acumulación en determinadas circunstancias. Y aunque este Decreto no cobija los casos anteriores a su vigencia, es obvio que si la ley no diera margen para la acumulación, el Gobierno no la hubiera reconocido al dictar la reglamentación. (Sentencia de 8 de septiembre de 1939) 596
- (**Vacaciones remuneradas (sujeto del derecho).**—El derecho a las vacaciones remuneradas está condicionado a un hecho: el de haber trabajado durante un año continuo. Cuando se cumple esta circunstancia nace el derecho y se radica en cabeza del empleado. Basta haber servido el tiempo requerido en las condiciones prescritas, para que el respectivo interesado pueda reclamar el derecho que le concede el artículo 2° de la Ley 72 de 1931. Si fuera necesario el carácter de empleado en quien solicita las vacaciones, condición no contemplada en la ley y por ello no incluida en el decreto reglamentario, el derecho en referencia podría resultar ilusorio en la práctica, ya que bastaría despedir al trabajador antes de que intentara su reclamo para hacerlo impropcedente. (Sentencia de 8 de septiembre de 1939) 596
- **Vacaciones remuneradas (su finalidad).**—El artículo 2° de la Ley 72 de 1931, que concede vacaciones remuneradas a los empleados oficiales, es norma de carácter social, dictada en beneficio de los empleados y trabajadores, y debe interpretarse con el espíritu que la informa, y con el fin que se propuso el legislador al aprobarla. En ella se consagra un derecho que favorece a las personas que trabajan por cuenta de otras, procurándoles después de un año continuo de labores un merecido descanso. La tesis que tienda a restringir en alguna forma este derecho, desconociendo la amplitud del texto legal o tratando de limitarlo por interpretaciones que lo menoscaben, no correspondería a la finalidad de aquella medida legislativa. Las leyes de contenido social, que propugnan medidas en favor de las clases más necesitadas, deben aplicarse con un criterio de equidad que armonice con la necesidad que se busca satisfacer y con las injusticias que se quieren corregir. (Sentencia de 8 de septiembre de 1939) 596

SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO

